HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL

(1927 - 1937 - 1961 - 1969)

Tomo I

PRESENTACIÓN

La convocatoria al V Congreso Nacional de Derecho Civil, a realizarse en la ciudad de Córdoba, Argentina, en el mes de septiembre de 2009, motivó a la Academia Nacional de Derecho Civil a invitar a juristas nacionales y extranjeros a participar en una obra colectiva en homenaje a los cuatro Congresos Nacionales anteriores, realizados en esta misma ciudad en los años 1927, 1937, 1961 y 1969.

La propuesta fue la presentación de trabajos que estudiaran los diversos temas tratados en los congresos, desde la perspectiva de las influencias que las discusiones habidas y conclusiones arribadas tuvieron el desarrollo de la doctrina y la legislación posteriores.

El convite se fundó en la firme certeza de que los Congresos Nacionales de Derecho Civil fueron foros de discusión del más alto nivel académico, de los cuales salieron a luz propuestas que tuvieron significativa importancia en el desarrollo posterior de las instituciones civilísticas argentinas. Basta repasar la jerarquía de los participantes, el listado de los temarios tratados y el elevado nivel de las discusiones en cada una de las reuniones, para corroborar la convicción que motivó la propuesta. El repaso de la reforma al Código Civil por la ley 17.711 es una muestra cabal de la irradiación de las ideas generadas en los congresos sobre la más importante intervención legislativa sobre la obra de Vélez.

Un motivo más persiguió la convocatoria. Se consideró necesario y justo incluir en el homenaje a los juristas que presidieron cada uno de los congresos: Enrique Martínez Paz (Primer Congreso, 1927), Henoch D. Aguiar (Segundo Congreso, 1937), Pedro León (Tercer Congreso, 1961) y José A. Buteler (Cuarto Congreso, 1968); su trabajo por la concreción de las reuniones y sus trayectorias universitarias ameritaban su consideración.

Con este objetivo se llamó a colaborar a los profesores de derecho civil de universidades argentinas y a juristas que, por su trayectoria o relaciones con la Academia, se consideró aportarían sus ideas para cumplir con el fin que la obra persiguió.

Para que la comunidad jurídica pudiese consultar la tarea desplegada en los congresos, se digitalizaron "Actas" de esos cuatro encuentros, en las cuales están reflejadas las actividades, ponencias y conclusiones de cada uno de los eventos. El libre acceso a esas Actas en la página web de la Academia cordobesa constituye un importante aporte para el estudio de aquellas reuniones y es, también, un homenaje a los congresos.

El llamado fue generosamente respondido por juristas de todo el país y del extranjero, quienes aportaron los trabajos de alta valía que hoy se ponen a la consideración de la comunidad jurídica.

Los trabajos son presentados divididos por materias, a los fines de facilitar su acceso a los lectores. Constituyen, no lo dudamos, ensayos que perdurarán como inestimable aporte de la doctrina al conocimiento del desarrollo de las principales instituciones que articulan el derecho privado argentino. El conocimiento de esa evolución nos permitirá proyectar un mejor derecho para las generaciones futuras; en palabras de Heidegger *"sólo cuando nos volvemos con el pensar hacia lo ya pensado, estamos al servicio de lo por pensar"*.

La tarea de coordinación de autores y temas, comunicaciones, recolección de trabajos y edición fue realizada por un grupo de trabajo presidido por el presidente de la Academia, profesor Luis Moisset de Espanés y compuesto por los abogados Alejandro Federico Ossola, Christian Sommer y quien suscribe esta palabras, por honorífica delegación por ellos realizada.

En la firme esperanza de que el lector pueda disfrutar la lectura de los trabajos y obtener de ellos las mayores enseñanzas y utilidades, presentamos este homenaje de la Academia Nacional de Derecho Civil a los Cuatro Congresos de Derecho Civil, como aporte y participación en el Quinto Congreso Nacional y con el augurio de que esta reunión sea tan fructífera como las que por este libro se recuerdan.

Dr. José Fernando Márquez

TEMAS GENERALES

LÍNEA DE SENTIDO Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONGRESOS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

AUGUSTO M. MORELLO (†)

SUMARIO: I. Aproximaciones. II. Las columnas mayores o arbotantes. III. Verificación. IV. Los congresos en referencia. V. Conclusiones.

I. Aproximaciones

Un dato que suele pasar inadvertido en sociedad del riesgo es el que el vértigo de inmediata y transformada verdad tiene que ir dando tumbos, adecuando sucesiones técnicas y transformaciones, nuevas creencias y valores proceden de un contexto en arrolladores cambios que impactan en experiencias establecidas a las que alteran en su base de sustanciación. Esa impronta hace simultáneo lo "viejo" y lo "nuevo" en una original síntesis, que imagina lo nuevo *de otro modo* (Lain Entralgo) y precipita en simultáneo, con diferente diseño, fundamentos y estructura normativa, finalmente más flexible y adecuado a la actual realidad de los negocios y de la cultura jurídica lo que ha venido sucediendo en este tiempo de evolución e innovaciones. De esta manera se hace visible la cualidad acumulativa del avance y metamorfosis de los programas o de las instituciones jurídicas y usos sociales que incesantemente las prácticas del comercio impusieron sin contemplaciones y en forma imperativa [1].

No podría ser de otra manera. Si el torso vital es indetenible y desplaza fronteras anteriores (la vejez comienza a los ochenta años), no cabría conformarlos con la parálisis y el inmovilismo del derecho apretujado por las novedades formidables que acaecen, por caso en la negociación. Claro es que los instrumentos claves, nacidos en el derecho romano -contrato, precontrato, voluntad privada, fuerza de los actos vinculatorios, seña, pacto comisorio, vicios de la voluntad y del propio acuerdo, lesión jurídica, *casus*, teoría de la imprevisión, resolución y frustración de los negocios, revisión de sus contenidos, colchón de la buena fe, la equidad, el sacrificio compartido, el enriquecimiento sin causa, la cooperación, el deber manifiesto de lealtad, la resolución por incumplimiento, el reconocimiento de daños, la relación de seguridad, daños masivos y protecciones transnacionales, daño moral, impactos en cadena o anillados, variaciones, matices pluri subjetivos, procesos colectivos, nuevos espacios de la congruencia y del sentido común, etc., etc.-, no pueden sustraerse a la vorágine de sus nuevas *dimensiones sociales, constitucionales y transnacionales.* Y ello desemboca en un horizonte diferente y en la profundidad de los negocios y sus proyecciones en áreas ensambladas y en territorios aledaños. Como en las etapas de la vida de cada cual y de las generaciones todo cambia, y se hace hacia delante.

B) *El factor tiempo es pues, determinante*, en la totalidad de la dinámica y correcto funcionamiento de las instituciones del derecho privado, de su maduración y de que se malogren. El proceso de crecimiento y calidad competitiva de la producción, comercialización y exportación, *de haber servicios del nuevo tiempo* que con vastísimo panorama de técnicas y regulación (acortamiento de los plazos en la separación de hecho, en la concepción social de la usucapión, en el período genético y aun dinámico de la negociación, en el régimen de "las" familias, la extensión indebida del "matrimonio" a relaciones entre personas del mismo género, la exploración de los procesos colectivos (cuenca de los ríos Matanza-Riachuelo y de los derechos de incidencia colectiva), el uso preferente de garantías fuertes (amparo) para la tutela de la intangibilidad de la moneda (pesificación), las particularidades de especiales contratos de riesgo (cajas de seguridad bancaria) de la responsabilidad del derecho de las sociedades comerciales, de los consejeros bancarios, del uso y abuso de fideicomisos, del crédito información reservada, de mala praxis, de las urgencias médicas, de los nuevos derechos reales y de los negocios inmobiliarios que desbordan a la esfera del boleto privado de compraventa (Salerno) las variaciones de los negocios usureros, viciados, inoponibles, la fuga del concubino reemplazado por la "pareja", la responsabilidad del maestro y la actuación de dependientes o el

dolo y culpa de los representantes y, auxiliares, las nuevas garantías y el régimen de inscripción registral, la forma digital y el contrato y las formas que contiene la cultura informática, las limitaciones de la responsabilidad, los abusos y desvirtuaciones de la voluntad querida y expresada, con las "burbujas" de los mercados y sus quiebras éticas. Es infinito el campo de las innovaciones que apretujan desde el fondo y desde las formas, la plasticidad del derecho en sus vivencias de cada día y que impulsan el paso de marcha con su potencial de ingeniero y escudero de las necesidades de cada comunidad, a la altura de las ideas y creencias *del presente*, no del pasado.

A la vista de ese vertiginoso contexto los congresos superiores orientan las interpretaciones *teleológicas o finalistas* que el cambio de las circunstancias determinan observar a fin de que el derecho provea de las soluciones más adecuadas, respetando siempre su *lógica interior* ***y los valores***. No es otro el eterno *compromiso* del derecho, con la justicia y la paz social.

C) Los días de cada contrato son los de nuestra propia vida. Se va haciendo con ello, y el tiempo de transición (Ortega y Gasset); una briosa sacudida de sorpresas e innovaciones lo envuelven y van dibujando la ruta hasta el desenlace (tal vez judicial o arbitral) con las aleas y opciones que las circunstancias fueron modelando las primeras alegaciones y el objeto pretendido de la acción o acciones en controversia. El retrato quedó con sus rasgos acabados al tiempo de la sentencia en el mérito y tendrá que satisfacerse durante la complicada etapa de ejecución en donde sin sosiego acabará el reclamo por encontrar su lugar y expresión crematística.

De allí que intentar develar las nuevas calles que recorre el contrato y despejar una malla de incógnitas es tarea por demás atrapante y necesaria que acaso ayude a los operadores jurídicos a hacer más familiar las mesas dominantes de los negocios -al menos en un vuelo de pájaro compendiado pero suficientemente abarcador y útil-; infinitos velos de esa inédita realidad a la que las vivencias de los cambios ha llevado e instalado "el nuevo" contrato. Que es el que demanda frente a las vicisitudes de su desarrollo, incumplimiento, frustración o adaptación y arte en ser pretensión correspectiva que obliga a imaginar nuevos enfoques, estrategias o técnicas y gestiones en la compañía de sus derechos; también realista, sensible y funcional, las maravillas de las técnicas digitales, las respuestas que debe suministrar una tutela diferenciada y valiosa (que lo será si respeta al factor tiempo y el factor costo), con resguardo en eficaces medidas cautelares. Pero los caminos de los negocios y eventualmente de la litigación son encontrados e interesados y nuevas habilidades y destrezas (de fondo e instrumentales), llevan al letrado al inteligente armado de una estructura de la defensa de contrapunto, una red coherente, lógica, accesible y adecuada que en el marco del proceso justo (arts. 18 C.N.; 15 Const. Pcia. de Buenos Aires y normas similares en las demás provincias) posibilitan atender en plenitud a las pretensiones en réplica. Faena desafiante y enriquecedora de la vocación y que reta a la voluntad y entusiasmo del letrado y defensor cabal en litigios. Los cambios en el ser y destino del contrato, también tienen en jaque a los abogados y jueces amadrigados en las confortables explicaciones de nuestra primera formación y nos disparan a renovados desafíos *poniéndolos al día*, de modo que en esos enriquecidos contenidos se sientan más cerca de lo que deben hacer a fin de servir a la tutela efectiva de los derechos que le han sido confiados. O (juez o árbitro), que deberá precisar mediante una decisión racionalmente fundada y que, en concreto, asegure paz social y justicia.

Así, la piel del nuevo contrato estará protegida por la piel del nuevo y creativo derecho procesal. Cada época busca diferentes respuestas a los problemas a los que debe responder (Ortega y Gasset).

Armados negocios complejos, anillados, yuxtapuestos o combinados, exigen ligero ensamble integrador para dar respuesta a urgencias imprescindibles, explicar los desarrollos arduos que requiere una situación compuesta de varias expresiones interconectadas y en vista al comercio exterior.

II. Las columnas mayores o arbotantes

Sentado lo anterior, qué síntesis abarcativa puede intentarse respecto de su línea de sentido y de los criterios que postula y predica para el conjunto del derecho privado (y no sólo del derecho civil).

Para abordar tan significativa cuestión conviene partir de algunas premisas que actúan como coordenadas mayores de sostén del íntegro edificio jurídico y que son igualmente orientadores del ámbito en convocatoria. Nos animamos a hacer esta lectura al respecto, que será contribución propedéutica para, con ajuste a una confiable metodología, avancemos en la respuesta.

1°) Desde el Movimiento de Acceso a la Justicia (Florencia, Stanford, Fundación Ford , Mauro Cappelletti) en los años del segundo lustro de los años setenta de la centuria anterior, se ha creado una formidable revolución consistente en: a) rotar el eje central del derecho, desde el productor de las normas (legisladores, jueces, doctrinarios) al *consumidor de la Justicia* (el contratante, la persona y su dignidad -todas ellas- fueron reconocidos como legitimados para obtener el reconocimiento de sus derechos lesionados o amenazados). Para ello tuvieron específica competencia para acudir a los tribunales (o a los árbitros) ejerciendo su prerrogativa a un proceso justo, es decir arreglado a las exigencias constitucionales y a los tratados transnacionales al igual que a la jurisprudencia operativa y vinculante de las Cortes Interamericana del Pacto de San José de Costa Rica, Luxemburgo y Estrasburgo, de modo que en lo que atañe a los derechos humanos fundamentales, los jueces de cada nación parte sean manos largas de los referidos tribunales superiores transnacionales; b) consecuentemente, los derechos importaban menos que las garantías que los protegían. *Sin garantías no hay derechos*. Este magnífico movimiento se difundió por todo el mundo, desde Alaska a Japón y desde Buenos Aires a Estocolmo. Hizo conciencia y es la conquista destacada del horrible siglo XX.

2°) Pocos años después -1983- en la Universidad de San Luis, Bélgica, el pensamiento jurídico más vanguardista, consagrará el Modelo de Justicia de Protección o Acompañamiento que preveía tutela especial, rápida, económica y efectiva (ver el art. 15 de la Const. bonaerense citada) a las personas más vulnerables, menores, mujeres, incapaces, reclamos de la justicia social, coberturas médicas, divorcio, tenencia, jubilaciones, derechos del consumidor, defensa del medio ambiente, lucha contra la corrupción, derecho laboral, etc.). El juez -independiente e imparcial- se encuentra, sin embargo, *comprometido* con la buena prestación y resultados de la jurisdicción. Están en juego derechos de naturaleza urgentes e irrevocables, *que cuentan con especial tutela constitucional* [2].

De estas coordenadas se desprenden varios importantes consectarios que portan fundamentales implicaciones para el conjunto del mapa jurídico (todas las materias y especializaciones que fueron objeto a debatir y declaraciones concretas en los cuatro congresos nacionales de derecho civil).

III. Verificación

Desde la Parte General del Derecho Internacional Privado, las áreas imbricadas recibieron el impacto de esas novedades que repercutieron con sensibilidad y de modo adecuado y arrollador a estos dos convergentes *replanteos* y a una visión y lectura *diferente* de los fenómenos *jurídicos*.

A) La perspectiva (Ortega y Gasset) del espectador cambió de posición. Del fabricante del derecho (incluimos a jueces y abogados) se ubicó en el consumidor de la justicia (lo que atañe a todas las personas, consumidores, niños, parejas, contratantes, habitantes (arts. 41 a 43 C.N.), usuarios, ciudadanos, legisladores, extranjeros, inmigrantes, etc.) (arts. 14, 18, 20, 27, 75 inc. 23 C.N., reformada en 1994).

B) Que en supuestos dudosos, el criterio interpretativo más aconsejable es el que se guía por los *criterios* valiosos que han de seguir de la tarea hermenéutica (C.S., caso “Sigra”, 25/9/97; D.J., 1998-2-812, consid. 6°) . Así la conservación del -en la medida que mediante reequilibrio de sus prestaciones, razones de equidad, ingreso de las teorías del acto propio o del beneficio compartido, ello sea posible sin malograrlo.

C) Que es de vigencia obligatoria -preservando el piso moral o ético- de las relaciones jurídicas, cualesquiera fueran ellas -el principio de buena fe (arts. 1198 C.C.; 218 inc. 4 C.Com.)- y la confianza en la *conducta* de las partes.

D) Que en lo posible los jueces -todos- deber procurar preservar la seguridad jurídica que es un principio equiparado al derecho de propiedad y que los jueces han de preservar (C.S., Fallos 242:501, entre otros).

E) Que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (o del absurdo y exceso ritual manifiesto) continúa prestando sus buenos servicios a fin de que la decisión definitiva o equiparable a ella por sus efectos, sea la lógica y fundada manifestación jurisdiccional que supone el test de constitucionalidad.

F) Que el ensamble sustancial se ha hecho una trama también *procesal* al tener en claro el segundo que su función axial es *facilitar* (y no complicar) la realización del derecho material de manera que está obligado a adaptar y flexibilizar sus técnicas y herramientas de suerte que acompañe -inteligente y de modo funcional- al logro de esa finalidad. Y todos los oficiantes en la controversia: partes, jueces, abogados, terceros, funcionarios, auxiliares, testigos, peritos, consultores, informantes, colaboradores especiales, tienen el *deber* (Constitución de Colombia de 1991) de prestar activa colaboración al *buen resultado de la jurisdicción*.

IV. Los congresos en referencia

Si nos tomamos el trabajo de hilvanar los logros de los sucesivos congresos nacionales de derecho civil, nos sorprenderá gratamente que con una persistente pátina de modernización y continuidad todos y cada uno de los temas abordados, las ideas y fundamentos expuestos en apoyo de cada propuesta o iniciativa, y el *espíritu* que garantizó esas notas permanentes (modernización y continuidad) *responden a los marcos condicionantes del trámite descripto en el último cuarto del siglo XX*. La *demostración* de ello (Taruffo) emana, por caso, por las acertadas implicaciones que se recogen (síntesis de los congresos) en ese meritorio documento de modernización del derecho privado. Pero, además, esa fuerza de ascenso circula por la metodología, la unificación, las adaptaciones de las figuras transnacionales, la búsqueda continua de un nuevo equilibrio y la visión solidaria y *humanista* (desde el tratamiento de los niños, en la incapacidad, y los derechos personalísimos) [3]. Consecuentemente, la adaptabilidad de la mora del derecho de daños, la unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, otro plafón para los derechos reales, adquisición transitoria, publicidad y oponibilidad; y aceptación de la prueba científica en los procesos de filiación, recogiendo -interdisciplinariamente- las conclusiones de la biología. El reconocimiento del derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros y la conveniencia de la Unificación de las Bases de Derecho Internacional para una ley de introducción al Código privado.

Se confirma que los congresos han tenido oídos abiertos para escuchar las movidas y enroques de la sociedad y procuraron, sin sacrificar inútilmente lo *clásico* (lo bueno que perdura, Unamuno) no demorarse en el ayer, estorbando a las nuevas creencias que anidan en la comunidad y las transformaciones que demanda el acelerado acontecer.

Mas el centro solar de ese universo, *siempre será la* ***persona*** *y sus derechos fundamentales*.

V. Conclusiones

Sin ofuscación ni quiebres en el respeto personal de cada tesis y posición, el acceso positivo que en la cultura jurídica han aportado los cuatro congresos que hemos recorrido tan raudamente, es formidable y de obligada consulta. En paralelo, viene *desplegando similar*

propósito el derecho procesal. Ambos buscan: sensibilidad, realismo, flexibilización, *racionalidad y seguridad en lo justo*. *Según valores de esta hora* (Recasens Siches).

Todo esto muestra, palpitante, un paisaje colorido y matizado, que busca, mirando hacia delante, construir un derecho privado más justo y solidario. Enhorabuena.

NOTAS:

[1] Ver desde parecida perspectiva literaria de las inaplicaciones que se darían del gusto de leer, Antonio MUÑOZ MOLINA, *Días de Saúl Bellow (1915-2005)*, Babelia, "El País", Madrid, 16/8/08, pág. 9.

[2] La Corte Suprema les reconoce esa jerarquía y prioridad y fuerza de protección.

[3] Augusto M. MORELLO, *Lo procesal en el Proyecto Unificado de Derecho Civil y Comercial de 1998*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 25/11/99 (*Anales*, vol. 37).

EL DIÁLOGO DE LAS FUENTES EN TORNO A LA DOCTRINA: LOS CONGRESOS NACIONALES DE DERECHO CIVIL DE CÓRDOBA

por NOEMÍ LIDIA NICOLAU

SUMARIO: 1. Las fuentes del derecho, la doctrina y los congresos de Córdoba. 2. El imprescindible diálogo de la doctrina con las otras fuentes del derecho. 3. Las reuniones científicas como expresiones de la doctrina jurídica argentina. 4. El desafío actual de la doctrina y de los encuentros científicos.

1. Las fuentes del derecho, la doctrina y los congresos de Córdoba

Tradicionalmente se han señalado como fuentes del derecho a la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. Su importancia e influencia en la construcción del orden jurídico social han variado según los lugares y los tiempos. Cada una de ellas puede verse como la expresión de la fuerza de un grupo: es la política expresada en las leyes del Estado, o el pensamiento de los jueces en la jurisprudencia, o el grupo social que mediante el modelo-seguimiento hace prevalecer su ejemplaridad. Es, también, la ciencia que reflexiona, es *docta*, enseña y, como consecuencia, influye.

Si, finalmente, más allá de las creencias del positivismo y de la rigidez del derecho estatal, hemos comprendido en la actualidad que para cada problema planteado por la sociedad, pueden darse múltiples respuestas, resulta, entonces, más fecundo propiciar soluciones de complementación y cohabitación entre las diversas fuentes, un verdadero y eficaz "diálogo de las fuentes" [1]. Es que, observada la organización jurídica de la sociedad con detenimiento, exhibe una dialéctica permanente entre los justiciables, entre los miembros de la doctrina, entre los juristas y los jueces, entre los mismos jueces [2], y entre todos ellos con los legisladores.

Respecto a las fuentes del derecho puede decirse, quizás, que es la doctrina más elaborada, en tanto es el resultado de un trabajo individual creativo y complejo, que lentamente se torna colectivo. Su propio nombre es significativo. La palabra doctrina viene del latín *doctrina*, de doctor, vinculado también al griego *Doxa*, opinión y fama. Se ha dicho que la expresión "doctrina" *"ayuda a comprender que se trata de una ciencia que 'penetra' con destacada intensidad en el objeto de estudio, no sólo porque lo integra, incorporándole sentidos en los juicios con los que lo describe, sino porque es parte del desenvolvimiento de ese objeto. Como la etimología de las palabras lo indica, la 'doctrina' es docente y enseña, procura conducir"* [3].

Entre nosotros, el rol de la doctrina civilista en la construcción inicial del sistema iusprivatista fue destacado por el mismo Codificador, Dalmacio Vélez Sársfield al elevar el Proyecto de Código Civil [4], cuando afirmó que, además de todos los antecedentes legislativos que había tenido en cuenta, *"se proponía que apareciera en él el derecho científico, como llaman los alemanes al derecho que la ciencia establece; las doctrinas de los más acreditados jurisconsultos; que en él se viese, si era posible, el estado actual de la ciencia; si yo alcanzase a tanto; y por esto justifico las resoluciones del código con los escritores más conocidos de todas las naciones"* [5].

Habiendo transcurrido medio siglo desde la vigencia de nuestro Código Civil, comenzó a concretarse, el movimiento que proponía su reforma. En 1925, la doctrina argentina decidió, por iniciativa de uno de sus principales centros jurídicos, convocar al Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido luego en Córdoba en 1927, para estudiar y debatir las reformas que se consideraba necesario introducir al Código, y en 1926, el Poder Ejecutivo designó una comisión encargada de elaborar una propuesta de reforma. Desde entonces, los congresos de derecho civil de Córdoba aunque no tuvieron periodicidad, adquirieron prestigio. Esta iniciativa de realizar reuniones científicas a nivel nacional, seguida luego en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ha acrecentado el rol de la doctrina civil en su diálogo con las otras fuentes.

2. El imprescindible diálogo de la doctrina con las otras fuentes del derecho

La doctrina y la ley deben mantener un diálogo permanente y fecundo, pues la doctrina debe ser la fuente de inspiración del legislador. Sabido es que, por lo general, las normas legales, debido a su modo de producción, receptan y resuelven con retraso los problemas que plantea la vida social. La doctrina tiene, en cambio, la posibilidad de abordarlos con inmediatez y resolverlos en su complejidad.

Asimismo, la doctrina influye de manera mediata en la legislación cuando ésta se interesa por la corrección del funcionamiento real de las normas y examina la realidad social y la labor de los jueces. En ambos casos, la doctrina jurídica ha estado presente, porque trabaja sobre la realidad social y porque, además, influye en la labor de los jueces, que es en gran medida orientada y controlada por ella, para justificarla o no [6].

Es probable que la crisis de las "leyes", cuya razón fuerte ha entrado en decadencia en la posmodernidad, porque sus contenidos son con frecuencia indeterminados, marcos a resolver por otras fuentes [7], sea un tanto la crisis de la doctrina, que no es capaz de brindarle los instrumentos para hacerle superar sus fallas.

Por otra parte, el diálogo de la doctrina con la jurisprudencia, como se dijo, es fluido, es una dialéctica permanente que entre nosotros, se evidencia, inclusive, en la misma estructura de las sentencias. Nuestro sistema se diferencia de otros, porque las sentencias tienen una extensa fundamentación construida, sobre todo, en las elaboraciones doctrinarias. La doctrina "influye", es decir, hace penetrar una idea, no la impone por la "brutalidad" de una lección magistral, se expresa sobre todo como una verdadera "delicadeza doctrinal" [8].

El derecho puede también tener su origen en la costumbre. En ella, la doctrina se refleja, hay una presencia de la "doctrina" en el objeto jurídico, es decir, en la realidad social [9]. La doctrina observa, para receptar la costumbre o intentar disuadir paulatinamente al grupo social, cuando la costumbre no merece ser reconocida.

Este "diálogo de las fuentes" debe, reflejarse en las reuniones científicas. No sólo porque en ellas participan los doctrinarios y también los jueces, e inclusive, en algunos casos, los legisladores, sino porque el objeto de estudio de esas reuniones, proviene de las diversas fuentes y se manifiesta, al final, como expresión de una de ellas, la doctrina. En consecuencia, para conjeturar hacia dónde puede orientarse el derecho de un país, es posible recurrir a sus reuniones científicas, tema del que nos ocupamos a continuación de manera sintética.

3. Las reuniones científicas como expresiones de la doctrina jurídica argentina

En una mirada retrospectiva de los congresos y jornadas argentinos de derecho civil, debe prestarse atención al momento histórico en que comenzaron a reunirse. Era el tiempo en el que convivía la doctrina del magistral Savigny, que promovió la liberación del derecho de la sujeción exegética a la ley, el positivismo jurídico y la apertura tridimensional de Gény [10].

Para el positivismo jurídico, una reunión de juristas tiene como finalidad esencial la interpretación del sistema, en cambio, para las otras corrientes, puede ser también la ocasión de trabajar instrumentos para la construcción del sistema. Los congresos de Córdoba cumplieron ambos roles.

Con motivo del Convegno "La formazione del sistema giuridico latinoamericano: codici e giuristi" [11], analizamos el rol de la doctrina en la construcción del sistema obligacional argentino y consideramos la especial influencia de esos congresos durante el período comprendido entre 1920 y 1970. Reproducimos aquí algunos párrafos de ese estudio [12] con miras a fundamentar nuestro planteo actual:

Apenas comenzado el siglo XX, se inició un movimiento reformador del Código de 1871, que, a lo largo de casi un siglo, no logró plasmar definitivamente sus propósitos de adecuarlo a

las nuevas realidades, en su espíritu y en sus normas. No obstante, la idea de la reforma integral de los códigos de derecho privado continúa vigente y avanza sin pausa aunque sin prisa.

Al impulso de esa idea se sucedieron, sin éxito, el Anteproyecto de Código Civil redactado por el Dr. Juan A. Bibiloni en 1929; el Proyecto de 1936 elaborado por la Comisión integrada por los doctores Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz y Gastón Federico Tobal y el Anteproyecto de reformas de 1954 encargado a Jorge Joaquín Llambías, hasta llegar a la denominada Reforma de 1968, concretada en la Ley Nº 17.711, y debida, en gran medida, al jurista Guillermo A. Borda que, sin proponerse una reforma integral del Código Civil de Vélez Sársfield, logró al menos un verdadero *aggiornamento* de su espíritu.

Estos intentos fallidos fueron acompañados de un proceso claro de descodificación del derecho privado que no se detiene hasta el presente, por lo que los códigos de derecho privado del siglo XIX aunque vigentes no exhiben el sistema de derecho privado argentino, que es otro y distinto en gran medida construido por la doctrina nacional del siglo XX.

Precisamente la manifestación más importante de la doctrina nacional en el período 1920-1970 fueron los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil realizados durante ese período, y lo fueron porque congregaron a la mayoría de los más prestigiosos juristas, en torno a los grandes problemas de su tiempo. Como es sabido, esas reuniones científicas fueron convocadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en los años 1927, 1937, 1961 y 1969.

El ***Primer Congreso Nacional de Derecho Civil***, celebrado en Córdoba del 21 al 26 de mayo de 1927, fue convocado a propuesta del jurista cordobés Dr. Arturo Orgaz, quien señaló en los fundamentos de su proyecto: *"la fundamental importancia que para la paz jurídica y social de los pueblos tienen las instituciones civiles, bastando recordar que ellas tratan de organizar sobre la base de la justicia y la común utilidad, el complejo mecanismo de la familia y la propiedad"*. Inmediatamente destacó que *"No es una novedad para nadie el hecho de la insuficiencia o el retraso de ciertas instituciones de nuestra legislación civil que, por admirables que pudieran reputarse hace algo más de cincuenta años, han debido fatalmente sufrir el influjo de las nuevas condiciones sociales, y resultar en algunos respectos inadecuadas como expresión de las nuevas necesidades jurídicas"* [13].

El autor de la convocatoria vislumbró cuáles serían los temas fundamentales de discusión jurídica que marcarían el advenimiento del nuevo derecho civil del siglo XX, tales como la indisolubilidad o no del vínculo matrimonial, la situación de los hijos adulterinos o incestuosos, la capacidad civil de la mujer, *"el régimen del contrato para incorporar las nuevas figuras no abarcadas por el tipo individualista", "una nueva característica del régimen de la propiedad, a la manera que lo ha entendido la Constitución alemana de 1919"* [14].

En el acto de apertura, el eminente jurista Héctor Lafaille señaló la concepción iusfilosófica del derecho privado que tenía al menos una parte de la doctrina nacional, al decir: *"nos congregamos para levantar inventario del derecho privado argentino, señalar sus errores y colmar sus vacíos. Magna empresa jurídica; pero, desde luego, tarea de sociólogos, porque no puede plantearse, ni menos resolverse, ninguno de los problemas que nos preocupan, con abstracción del ambiente y de las costumbres nacionales. De ahí la extraordinaria precaución con que debemos compulsar la ajena experiencia, a menudo adoptada sin mayor examen"* [15]. Finalmente agregó: *"el credo del Código, netamente individualista, desentona ya con las ideas de nuestra época, en que el derecho no es amparado en interés del sujeto, sino ante todo, por su finalidad colectiva y humanitaria"*.

Resulta de sumo interés la lectura del debate serio y profundo de los temas discutidos en comisión. Por ejemplo, la reforma a la regulación del daño moral, respecto del cual se concluyó que *"En los actos ilícitos, la indemnización debe comprender no solamente los daños y perjuicios patrimoniales sino también la reparación del agravio moral"*. Precisamente en este tema puede apreciarse la importancia de la jurística, que avanzaba, renovada, frente a la jurisprudencia que restringía la interpretación de las normas del Código [16]. Se dijo al respecto que era menester reaccionar y hacer reaccionar a la jurisprudencia, citándose para ello a los doctrinarios de la época: Rébora, Salvat, Colmo, Lafaille, León, Galli [17]. En el debate, Pedro León y Héctor Lafaille cuestionaron tal situación diciendo: *"La doctrina ha penetrado hasta el*

fondo del problema, preconizando la necesidad de acordar la reparación del agravio moral producido hasta por el incumplimiento de un contrato"; "Este punto de vista que la doctrina admite, no es el que prevalece dentro del país, donde por la aplicación restrictiva del art. 1078 la jurisprudencia ha reducido su esfera a los casos previstos dentro del Código penal..." [18].

Otra materia del derecho de las obligaciones que fue largamente debatida es la que permitió declarar que *"La legislación de los actos ilícitos debe comprenderlos en una sola unidad, sin establecer distingos entre delitos y cuasidelitos"*. También en ese tema se evidenció el esfuerzo de la doctrina para revertir la situación de la jurisprudencia, manifestándose, por ejemplo, que *"nuestros tribunales han demostrado siempre su incapacidad para hacer otra cosa que una interpretación rígida y casi muerta de la ley, se explica, con mayor motivo la necesidad impostergable de la reforma a que aludo"* [19].

En el debate acerca de la concepción del derecho de dominio, nuevamente se destacó la labor doctrinaria, al decir de Orgaz que *"Los tribunales en unos casos por vía de interpretación; por la vía administrativa el poder público, en otros; y, doctrinariamente los tratadistas, han venido a coincidir en una nueva concepción, superadora del espíritu clásico del individualismo"* [20]. Finalmente, después de ciertas discusiones y aclaraciones, se aprobó el siguiente despacho *"El concepto individualista absoluto bajo el cual está organizada la institución del dominio en nuestro Código Civil, debe ser substituido por otro más amplio, garantizando el uso y goce de la propiedad, mientras se mantenga en acción, conforme a su destino. El Estado debe intervenir para que la propiedad cumpla la función social que le es propia"* [21].

En este histórico primer Congreso, a propuesta de Henoch Aguiar, se recomendó también la inclusión en el Código Civil de una norma que previera que *"El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto, salvo que el derecho se ejercitase sin necesidad o beneficio para el titular y en perjuicio de alguien"*. En materia de actos involuntarios, se declaró que la solución más justa debía ser que *"Cuando un daño se ha causado por un acto involuntario formalmente ilícito, los daños y perjuicios deben repartirse entre el que los causa y el que los sufre, en proporción a sus patrimonios respectivos"* [22]. En el debate de esta última propuesta Lafaille, haciendo gala de sus actualizados conocimientos jurídicos, señaló entusiasmado la relevancia de la teoría del estado de necesidad, *"cuestión tan interesante, que recién ahora se comienza a estudiar en materia civil, después de aceptarse en materia penal en Francia y también, por ejemplo, por los penalistas alemanes"* [23].

En síntesis, este primer Congreso de 1927 nos muestra que los temas debatidos y las reformas propuestas por la doctrina civilista argentina, en su mayoría, fueron receptados sólo cuarenta años después, en la ley de reformas al Código Civil, de 1968. Nos muestra, además, una sutil pero reiterada comparación entre los roles de la doctrina y la jurisprudencia, como fuentes del derecho.

El ***Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*** se reunió también en la Universidad Nacional de Córdoba, del 1 al 7 de noviembre de 1937, y fue convocado expresamente para examinar el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión designada al efecto en 1926. En el acto de inauguración, el rector de la Universidad destacó la importancia de la jurística nacional, al precisar que habían sido convocados los juristas de la República especializados en el derecho civil, a fin de someter a su examen el proyecto elaborado por otro grupo de juristas de indudable prestigio.

La cuestión de la nueva codificación tuvo, obviamente, una fuerte presencia en este Congreso, y con relación a ella y al sistema del derecho civil, el rector resaltó la sobrevivencia del derecho romano, su enorme poder de expansión temporal y espacial, y el atributo universalista del derecho civil, que permite a naciones de origen étnico muy diferente conservar en sus códigos la casi totalidad de sus instituciones [24]. El Dr. Jesús Paz, representante de los delegados, planteó indirectamente una interesante comparación entre el rol de la doctrina y el de la jurisprudencia, al criticar la enseñanza universitaria basada sustancialmente en la doctrina, método que, al no propiciar el estudio crítico de las sentencias judiciales, había impedido conocer la vigencia real del Código de Vélez Sársfield [25].

En el acto de apertura también se destacó la relevancia de la doctrina de ese tiempo, frente a las carencias de la jurisprudencia al decirse, por ejemplo, que era importante *"la formación de una literatura jurídica que adquiere día a día mayor significado y entidad, y una jurisprudencia, sistematizada por los compiladores, la que poco a poco penetra en el alma de las instituciones reglamentadas por el Código Civil"* y que era notable *"la falta de una jurisprudencia que diera unidad a la interpretación del derecho común"* [26].

El maestro Lafaille, miembro de la comisión redactora del Proyecto de Código Civil, exaltó en su primera intervención la labor de la doctrina en los años precedentes, diciendo *"Durante este lapso de tiempo se han apartado, cada vez más, las ideas y los hombres: aparecen tendidas las líneas, y mientras el incendio de la guerra cunde en Europa y en Asia, los juristas, -pacientes hormigas- prosiguen su labor ciclópea, como un perenne acto de fe en la justicia y en la paz. Han surgido, de este modo, los códigos de Italia, de Polonia y del Perú. Y cuanta razón tuvieron los hombres de ley, al no abdicar su apostolado histórico: son los continuadores auténticos de aquellos varones que extrajeron del corpus iuris la soberanía de los reyes, para extirpar los abusos feudales, y que, más tarde -cuando la monarquía absoluta suprimió las libertades- encontraron el eficaz antídoto en los principios del derecho natural"* [27].

Entre los temas debatidos en este Congreso figura el abuso de derecho, cuya incorporación al Código Civil no estaba incluida expresamente en el Proyecto de reformas que se estaba analizando. No obstante, se lo debatió, por considerarse que implícitamente el Proyecto permitía reconocerlo, en razón de haber suprimido el art. 1071 del Código de Vélez Sarsfield, que constituía el obstáculo para su admisibilidad. Con algunas excepciones importantes, como la de Bibiloni, la doctrina de ese tiempo era proclive a admitirlo. En el debate de este tema, Lafaille comentó que, a pesar de ser un entusiasta defensor de la doctrina del abuso del derecho, no logró incorporarla al Proyecto porque *"en ocasiones ese idealismo no es posible traducirlo en fórmulas, realizarlo desde ahora en las leyes positivas"* [28], evidenciando de ese modo el problema que suele planteársele frecuentemente al jurista, como constructor del sistema, cuando, al asumir el rol de legislador, debe resignar sus propios criterios teóricos.

Se consideró asimismo la cuestión de la indemnización del daño involuntario ya tratada en el anterior Congreso, reafirmándose el mismo criterio. También se propuso la solidaridad de los copartícipes en los cuasidelitos, y la consecuente reforma del Código, que sólo la preveía para los delitos. Con relación a los contratos, el Proyecto, que teniendo en cuenta la evolución de la doctrina y los códigos modernos en materia de consentimiento había incluido nuevos modos de formación del contrato, asignando fuerza obligatoria a la oferta y mejorado la técnica del Código, obtuvo un apoyo decidido del Congreso. En el curso del debate se destacó el rol de la doctrina al mencionarse *"el largo y brillante movimiento de la doctrina, que ha dado por resultado la transformación del contrato, bajo otra concepción de los elementos que integran el consentimiento y otro modo de formación"* [29]. Y también que *"La reforma, junto con las características de nuestro tiempo y del país, ha encontrado aquella valiosa elaboración de la doctrina completada por la experiencia y las opiniones de los jueces, de los profesores y tratadistas y del foro argentinos"* [30].

Hubo asimismo despachos que propusieron la admisión del error de derecho en algunos supuestos excepcionales y de la teoría de la imprevisión, pero no fueron considerados, por decisión de las autoridades de la respectiva comisión.

Este segundo Congreso constituyó un verdadero "certamen", en el que abundaron arduas discusiones doctrinarias que marcaron el estilo de las reuniones científicas de las décadas siguientes, caracterizadas por la participación de verdaderos contendientes que resultaban "vencedores" o "vencidos".

Si se repasa lo acontecido en este Segundo Congreso se advierte un continuo reconocimiento a la labor de la doctrina en la construcción del sistema de derecho civil, la preeminencia de una doctrina avanzada que acompaña, aunque no en su totalidad, los lineamientos modernizadores del Proyecto de Código Civil de 1936, finalmente receptados en su mayoría en el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 [31].

El ***Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*** fue también convocado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y se reunió del 9 al 14 de

octubre de 1961. En esa época continuaba latente el espíritu de la reforma del Código Civil, por lo cual es interesante, en ese contexto, la caracterización que hizo de los juristas el Dr. Eduardo Busso, al decir en el acto de apertura que *"... los juristas no en vano han aprendido el arte de la prudencia y no se dejarían seducir fácilmente por el espejismo o por las ilusiones inalcanzables. Ellos tienen el sentimiento de la estabilidad del derecho, indispensable para mantener los caracteres de nuestra civilización..."*.

Entre los numerosos temas tratados, una parte importante estuvo relacionada con el derecho de las obligaciones. Se debatió, por ejemplo, la unificación del régimen de las obligaciones y los contratos civiles y comerciales en un libro del Código Civil. Se trabajó sobre las cláusulas de estabilización y depreciación monetaria, acerca de las cuales, el Congreso declaró que la correcta interpretación del sistema general de la ley autoriza e impone el reajuste de las deudas de valor, y que ningún principio constitucional o legal es obstáculo para admitir la misma solución en las deudas de cantidad cuando la actualización haya sido convenida, sin que ello obste la aplicación de los principios y normas generales de nuestra legislación.

En el debate de este tema se señaló, una vez más, la adaptabilidad de la doctrina argentina frente a la realidad y a las necesidades de la sociedad, marcándose así la diferencia con el conservadurismo de la jurisprudencia, que estaba sujeta al principio nominalista [32]. También hubo quien, muy rápidamente y como al pasar, planteó una cuestión troncal del derecho monetario vinculada a la economía política, en los siguientes términos: *"¿se reconoce que la generalización de las cláusulas de garantía, cuando se refieren a la moneda extranjera, puede determinar el desplazamiento del signo monetario argentino, dada la frecuencia con que se establecen las mismas en los contratos?* [33], cuestión que fue respondida con bastante realismo y conciencia de los límites del quehacer jurídico, con estas palabras: *"Es un riesgo que no podemos evitar los juristas, y con el que han de manejarse quienes tienen precisamente en sus manos proporcionar a la comunidad moneda sana... Pero es obvio que la solución sobre este punto no puede darla la comisión ni este Congreso"* [34].

Otro tema propuesto, que contaba con abundante doctrina y jurisprudencia favorables, y resultó aprobado, fue la posibilidad de incorporar la lesión al Código Civil. En otra comisión se estudió la teoría de la imprevisión que, según Mosset Iturraspe, tenía por entonces muy reducida acogida en la jurisprudencia [35], pese a contar con amplio apoyo en la doctrina, aconsejándose, en definitiva, incorporarla al art. 1198 C.C. También se debatió la indemnización del daño moral en la órbita contractual y extracontractual, materia en la cual obtuvo dictamen favorable un texto normativo que facultaba al juez para indemnizarlo en cualquiera de los dos regímenes.

Este Congreso constituye un verdadero hito en la doctrina civilista argentina porque, por un lado, la mayoría de sus recomendaciones, especialmente las más innovadoras, se concretaron en la Reforma del Código Civil de 1968 (ley 17.711), y, por otro, sirvieron para poner de manifiesto el contraste entre una doctrina de avanzada, proclive a acoger los nuevos institutos solidaristas que adecuaran el antiguo Código liberal, y una jurisprudencia notoriamente conservadora.

Desde otro punto de vista, el incremento del número de participantes y de temas para debatir, suscitó, según las actas, un cierto malestar por la escasez del tiempo disponible para el acostumbrado y minucioso debate de las cuestiones [36]. En ese sentido fue el punto de partida de una tendencia muy pronunciada en los encuentros jurídicos cada vez más numerosos de los años posteriores, y de un nuevo modo de expresión de la doctrina, menos dogmático, menos debatido, más fragmentado, sugerente y veloz, que luego siguió profundizándose, no sólo en los eventos científicos, sino también en los libros y las publicaciones periódicas.

También se advierte en los trabajos presentados a este Congreso, una mayor compenetración entre doctrina y jurisprudencia [37], avance sustancial que se mantiene y acrecienta en lo referente a fuentes del derecho privado contemporáneo.

El último de estos eventos científicos ha sido el ***Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil,*** reunido en Córdoba del 22 al 27 de setiembre de 1969.

Con relación al régimen de las obligaciones, los temas tratados y las recomendaciones aprobadas en comisión, estuvieron vinculados a las reformas introducidas por la citada ley 17.711, entre ellos, el enriquecimiento sin causa, el régimen de la mora, la reparación de los

daños y perjuicios, la responsabilidad sin culpa. En general, se propusieron pautas interpretativas y, en algunos casos, se postularon modificaciones a la reciente reforma. En este Congreso, celebrado a sólo un año de vigencia de la única reforma del Código Civil concretada en el siglo XX, la labor de la doctrina, como era lógico, se dirigió más a la interpretación que a la construcción del sistema.

En este breve recorrido por los cuatro congresos celebrados en Córdoba, puede concluirse que han sido significativos exponentes de la doctrina de su tiempo. Su eficacia quedó patentizada en la reforma del Código Civil de 1968 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores. Las Jornadas Nacionales, sucesoras de esos encuentros científicos, han logrado también, desde una perspectiva distinta, ser una expresión prestigiosa e influyente de la doctrina nacional, aun cuando, desde hace un tiempo, se ha puesto en evidencia cierta tendencia a la transformación de esta fuente del derecho, como se explica a continuación.

4. El desafío actual de la doctrina y de los encuentros científicos

Se ha dicho, con razón, que los juristas fueron una de las fuerzas motrices y los artesanos de las ideas nuevas en el nacimiento de los Estados nacionales, quienes lograron el pasaje de la soberanía del rey a la soberanía nacional, y que son ellos quienes, en la actualidad, deben contribuir al establecimiento de un orden jurídico comunitario, como signo y expresión de una nueva solidaridad histórica, complementaria de la solidaridad nacional [38].

El trabajo que esta hora requiere es más profundo y complejo. El siglo XXI, que pronto habrá transcurrido su primera década, presenta una sociedad diferente, signada por los rasgos predominantes de la globalización, que muestra un sujeto débil, disuelto en la masividad; una razón débil, influida por los instrumentos de comunicación masiva [39]; un discurso global confuso, y la globalidad dirigida por la economía. Es ésta una evidencia que no puede ser obviada frente a la realidad actual: el mundo ha estallado en una crisis económica internacional que, como es sabido, tuvo su origen en operaciones financieras localizadas en un país determinado y que, en otros tiempos, con seguridad, hubiera afectado sólo a un mercado local o, quizás, nacional.

En este contexto, las fuentes del derecho tratan de buscar su cauce con dificultades. La legislación local se disuelve en normas difusas, siguiendo modelos jurídicos que circulan por el mundo; las costumbres suelen ser impuestas desde centros difusos de poder económico; la jurisprudencia es convocada con frecuencia a decidir cuestiones urgentes no resueltas por quienes las tienen a su cargo, y la doctrina se expresa con la razón débil y el discurso fragmentado.

En consecuencia, el desafío actual que enfrenta la doctrina y, por tanto, los encuentros científicos, consiste en descubrir la mejor técnica para construir, artesanalmente, los nuevos carriles de un derecho solidario y humanista, que vaya fluyendo hacia la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. Para ello, la doctrina civilista debe, a nuestro entender, centrar sus esfuerzos en torno al rescate y protección de la persona, para brindarle un marco de justicia y utilidad elaborado con paciencia artesanal, mediante un discurso meditado y sólido, coherente, claro y flexible.

NOTAS:

[1] P.v. "Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del derecho civil actual", en *Libro de Homenaje al Dr. Benjamin Piñón*, Facultad de Derecho Universidad Nacional del Litoral, 2004, pág. 207 y ss..

[2] Pierre-Yves GAUTIER, "L'influence de la doctrine sur la jurisprudente", en *Colloques et activités de formation. Cour de Cassation*, Francia, 2003,

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2003_2035/acceder_texte_conference_8323.html?idprec=8322#hautart.

[3] Miguel Angel CIURO CALDANI, "La doctrina jurídica en la postmodernidad", J.A. 1999-III-938.

[4] Así lo expresamos en "El rol de los juristas en la formación del subsistema obligacional argentino", en Roma e America, Diritto romano comune, Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina, Roma, t. 12, pág. 101.

[5] Enrique MARTÍNEZ PAZ, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino*, Córdoba, 1914, pág. 215 (hay reimpresión facsimilar publicada por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba en el 2000).

[6] Miguel Angel CIURO CALDANI, op. cit..

[7] Miguel Angel CIURO CALDANI, "Las fuentes de las normas en el tiempo actual", J.A. 80° Aniversario 1998-141.

[8] Pierre-Yves GAUTIER, op. cit..

[9] Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Buenos Ares, Depalma, 1980, pág. 220.

[10] Miguel Angel CIURO CALDANI, "La doctrina jurídica en..." cit..

[11] Celebrado en Amalfi, Italia, del 19 al 21 de abril de 2001, organizado por la Universidad de Roma, II, Tor Vergata.

[12] Noemí L. NICOLAU, "El rol de los juristas en la formación del subsistema obligacional argentino".

[13] Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1928, pág. 6.

[14] *Idem*., pág. 7.

[15] *Ibidem*., pág. 19.

[16] El trabajo presentado por los Dres. Campi y Ojea dice que "... los artículos 1067, 1069, 1075, 1077, 1082 y 1083, en la interpretación que con rara uniformidad les ha dado la jurisprudencia de nuestros tribunales, llegan a atenuar tanto el alcance de..." .

[17] Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, op. cit., págs. 61 y 63.

[18] *Idem*., págs. 68 y 69.

[19] *Ibidem*, pág. 149.

[20] *Idem*., pág. 171.

[21] *Idem*., págs. 176 a 178.

[22] *Idem*., pág.185.

[23] *Ibidem*, pág. 192.

[24] Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil, imprenta de la Universidad, 1939, Actas I, pág. 16.

[25] *Idem*., pág. 28.

[26] *Ibidem*, pág. 36.

[27] *Idem*., pág. 44.

[28] *Idem*., pág. 175.

[29] *Idem*., pág. 226.

[30] *Idem*., pág. 232.

[31] Ver *infra* parágrafo 4.

[32] Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1962, t. 1, pág. 208.

[33] *Idem*., pág. 217.

[34] *Idem*., pág. 218, palabras del Dr. Marco Aurelio Risolía.

[35] Idem., pág. 575.

[36] Ver, por ejemplo, lo expresado por el Dr. Héctor Masnatta a fs. 188 de las actas del Congreso: *"en el seno de la comisión no fue posible realizar un debate exhaustivo del problema y se prefirió, en cambio, establecer simplemente la necesidad de unificar las obligaciones y contratos..."; "se trata de un problema harto espinoso para poder estudiarlo y dilucidarlo en forma apresurada..."; "hay que pasar del ámbito de las declaraciones al orden de las realizaciones concretas,..."*.

[37] P.v. las ponencias del Dr. Marco Aurelio Risolía, Actas, pág. 209; del Dr. Alberto Spota, Actas, págs. 544 y 545; del Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Actas, pág. 575 y del Dr. Roberto H. Brebbia, Actas, pág. 654.

[38] Josse MERTENS DE WILMARS, "La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire, en *Cahiers de droit européen*, 1976, N° 1, págs. 135-148.

[39] Miguel Angel CIURO CALDANI, "La doctrina jurídica en..." cit..

EL MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

por AGUSTÍN ALVAREZ

SUMARIO: 1. Importancia del método en la codificación. 2. El método que eligió Vélez. 3. Las notas. 4. El plan del Código. 5. Una injusta crítica. 6. Otros códigos. 7. El método en los Congresos Nacionales de Derecho Civil. 8. El método en los proyectos de reforma. 9. Proposición. 10. Palabras finales.

Si bien las propuestas de un congreso jurídico no son vinculantes, hay que reconocer que *influyen* en las opiniones de los autores, en las decisiones de los jueces y en el pensamiento del legislador [1].

Dentro de estos eventos, los "Congresos Nacionales de Derecho Civil" [2] fueron, sin duda, los que mayor *influencia* ejercieron.

El Primero (Córdoba, 1927), fue convocado para encarar una reforma global que modernice nuestra legislación civil. El Segundo (Córdoba, 1937) reunió a los especialistas con el propósito de analizar el llamado proyecto de 1936, que había dejado de lado al anteproyecto de Juan Bibiloni. Las recomendaciones del Tercer Congreso (Córdoba, 1961), fueron la columna de las reformas de la ley 17.711. Y en el Cuarto, se estudiaron, criticaron e interpretaron las reformas introducidas por dicha ley.

Sólo en el primero de los congresos se previó en el temario el tratamiento del método del Código Civil [3], pero eso no significa que haya consenso en la doctrina en considerarlo acertado. Más aún, en las actas del Segundo Congreso consta una breve pero dura alusión de Héctor Lafaille en su discurso: *"[...] el método no es, por cierto, lo mejor que ofrece el Código actual"* [4].

1. Importancia del método en la codificación

Un código no es una simple recopilación desordenada de leyes, sino que es un sistema orgánico y único que pretende regir determinadas relaciones humanas.

Al respecto dice Martínez Paz, que el método *es la expresión de la idea jurídica fundamental del código* [5].

COLMO, nos enseña que: *"... la metodología es una exigencia del buen sentido, que además entraña virtualidades de orden práctico [...] establece un orden, resalta cuáles son los géneros y cuáles las especies, da sentido orgánico e integral al conjunto de todas las instituciones..."* [6].

Si bien el codificador tuvo acceso a los principales códigos, proyectos y autores de su época, no le fue sencillo escoger el método, que consideraba de vital importancia. En el oficio de remisión de su primer libro dice: *"El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios"* [7].

¡Tamaña repercusión tuvo su comentario sobre lo que le había costado el método! Machado considera que el método es indiferente tratándose de un cuerpo de leyes, cuyo único objeto es imponer normas de convivencia social [8], y Chaneton agrega que las aberraciones metodológicas del Código napoleónico, no le han quitado eficacia. Aplaude el esfuerzo y realza la importancia del método Buteler Cáceres, quien afirma: "*Un código es ante todas las cosas la distribución sistemática de las materias que abraza"* [9].

Independientemente del resultado -que analizaremos más adelante- son plausibles la voluntad y el esfuerzo del legislador que persiguió la idoneidad del método.

2. El método que eligió Vélez

En contra de las tendencias de su época, en la que el *Código de moda* era el francés, y en la que todavía se tenía una *misteriosa veneración* por las instituciones del derecho romano, nuestro codificador sigue el método que el excelente jurista Freitas escoge en su *Esboço de un Código Civil para Brasil* [10].

El principio clasificador sobre el que descansa la construcción de Freitas, es la distinción entre derechos absolutos -cuyo reconocimiento y respeto obligan a todos los hombres- [11] y relativos -creados por la relación entre determinados individuos y que sólo obliga a éstos- que atrajo a Vélez porque solucionó el inconveniente de encontrar una clasificación de los derechos patrimoniales adecuada para encarar su obra.

Tal clasificación, que en el ámbito civil corresponde a los derechos reales y a los derechos personales, permite superar las teorías monistas extremas: 1) personalista, que sostiene que las relaciones sólo pueden darse entre personas, y nunca con relación a las cosas, y 2) realista, que considera que el derecho de crédito es una relación entre patrimonios, despersonalizando absolutamente el vínculo obligacional.

Aquella antítesis queda plasmada en el art. 497 C.C. que dice: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales".

El codificador define los derechos reales y personales en la nota al Título 4º, Libro III:

"[...] diremos con Demolombe, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto.

Se llama, al contrario, derecho personal, aquel que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentren tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor) y la cosa o el hecho que es el objeto".

Y en la nota al art. 497 C.C., cita a Ortolan que dice: *"Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor".*

3. Las notas

Cuando el ministro de Justicia, Eduardo Costa, encargó a Dalmacio Vélez Sársfield la redacción del Código Civil, le sugirió que anotase las correspondencias y discrepancias de los artículos con las leyes vigentes de ese momento y con las de las principales naciones del mundo [12].

Es por ello que su gran trabajo presenta esta singular característica que son las notas.

Ellas lo convirtieron en un *verdadero tratado de derecho civil comparado* [13], ya que contienen las fuentes, los problemas, las síntesis de los argumentos y las soluciones. Sí, las soluciones, eso es lo que más apreciamos de las notas: Vélez toma posición en todos los temas que estudia, e incluso la mayoría de las veces de forma acertada.

Algunos de los proyectos [14] de reforma han mantenido este recurso, que a todas luces simplifica la interpretación, y hace las veces de *exposición de motivos* del articulado.

Varela, quien cree que el Código de Vélez es un Código comentado dice: *"Felizmente para los argentinos [...] el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, tan previsor como ilustrado, [...] ha salvado las dificultades interpretativas con las concordancias y comentarios"* [15].

Sin embargo, por más que su valor doctrinario sea importantísimo, no hay que olvidar que las notas no tienen fuerza de ley, sino que facilitan la interpretación y muestran el sentido propuesto por el legislador [16].

4. El plan del Código

El contraste entre los derechos reales y personales se va a plasmar en la llamada *metodología externa* o *plan de materias*.

Es importantísimo no confundir método con plan. La generalidad de las críticas de la doctrina -especialmente, las referidas a la ausencia de una parte general- se dirigen al plan, aunque los que las formulan hablen del método.

Vélez Sársfield, según lo expresa en el Oficio de remisión [17], en lo que al plan concierne, se aparta en alguna medida de Freitas [18], mientras que en el método, lo sigue.

4.1. ¿Parte general?

El eximio jurisconsulto brasileño incluía en el primer libro titulado "Parte General", todos los elementos de la relación jurídica: sujeto, objeto y causa generadora. Es el mismo plan de materias que se encuentra actualmente en el BGB alemán, entre otros. El redactor de nuestro Código, no incluye un libro dedicado a la parte general, sino que relaciona cada elemento con la institución jurídica que le es más afín [19]:

- El sujeto de derecho (las personas) está regulado antes de las relaciones de Familia;
- Al objeto de los derechos (cosas o bienes) lo coloca como portada al Libro III, destinado a los derechos reales;
- Y a la causa generadora la coloca en el Libro II, destinado a los contratos (acto jurídico más importante) y las obligaciones (consecuencia de la causa generadora).

Sin embargo, en la enseñanza del derecho, se utiliza una estructura que sí contiene una parte general, en la que se proporciona al estudiante el conocimiento básico de cualquier relación jurídica: sujeto, objeto y causa o hecho del que deriva la relación [20].

4.2. Títulos preliminares

Nuestro Código comienza con dos títulos preliminares, que tratan cuestiones relativas a la obligatoriedad de las leyes, su ámbito de aplicación y al modo de contar los intervalos en el derecho.

4.3 Libro primero: de las personas

En palabras de su propio autor: *"El primer libro que presento a V.E. tiene dos secciones. La primera comprende las personas en general. La segunda, los derechos personales en las relaciones de familia, acabando con la institución supletoria de los tutores y curadores"* [21].

4.4. Libro segundo: de los derechos personales en las relaciones civiles

Está dividido en tres secciones: 1) Obligaciones; 2) Hechos y actos jurídicos, y 3) Contratos.

En esta sección nuestro Código ha superado ampliamente al francés, ya que diferencia claramente las obligaciones de sus fuentes (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y ley).

4.5. Libro tercero: de los derechos reales

Este libro comienza con algunas definiciones de carácter general (cosas, bienes y patrimonio), y desarrolla cada uno de los derechos reales - que solo se pueden crear por ley. y la forma de adquirirlos [22]. También incluye las acciones posesorias y reales.

4.6. Libro cuarto: de los derechos reales y personales. Disposiciones comunes

Este último libro también es producto de una reflexión tardía de Freitas, quien se dio cuenta de que temas tales como la prescripción y la herencia, se refieren tanto a derechos reales como personales.

4.7. Título complementario: de la aplicación de las leyes civiles

La mayoría de los artículos que lo integran fueron derogados, o no se utilizan en la actualidad. Con ellos Vélez terminó la redacción del Código, con algunas aclaraciones sobre el uso y la aplicación de las leyes en la práctica.

5. Una injusta crítica

Alberdi, que injustamente dedicó uno de sus folletos a fulminar las ideas de Vélez, criticando el método, reprochando las fuentes elegidas, afirmando que la redacción de un Código Civil único para todo el país, acaba con la soberanía interior de cada provincia y acusándolo de escribir un Código para el imperio de Brasil [23].

Vale decir que nuestro legislador, no vaciló en responder con extrema dureza estas críticas que encontraba infundadas. Vélez Sársfield, al final de la nota de remisión, somete su obra al análisis y opinión de los juristas de su época, y se decepciona profundamente al leer el folleto: *"[...] no ha tenido la deferencia de leer una sola página de mi obra. No conoce mi trabajo. Por esa sola comunicación (por el Oficio de remisión), juzga de toda la obra que no había leído"* [24].

En la contestación, atribuye a Alberdi desconocer que las Institutas no fueron un cuerpo orgánico de leyes, sino que fueron sólo una recopilación hecha con fines didácticos. Y remarca la excelente calidad de Augusto Texeira de Freitas, cuyos escritos Alberdi había admitido no conocer.

El resto de las respuestas van más allá del método del Código, pero sin duda buscan dejar al autor de las *Bases* en ridículo. Esto muestra la desilusión que se había llevado Vélez, ya que había enviado todos sus trabajos a su antiguo amigo, quien no había estado a la altura de las circunstancias [25].

En el discurso de apertura del II Congreso Nacional de Derecho Civil, el sanjuanino Henoch D. Aguiar, con la perspectiva que da el tiempo transcurrido dijo con mucha razón: *"Los contemporáneos, llamados a juzgar el Código, sólo pudieron haberlo hecho imparcialmente si les fuera posible desvincularlo del artífice, porque éste había combatido a la par o en frente de ellos, en los campos de política de aquellos tiempos"* [26].

La prueba de que Alberdi se equivocó al pronosticar corta vida al trabajo velezano, es que el Código fue un motor de desarrollo de la Nación durante sus primeros años de vigencia [27], y ha contribuido hasta la fecha a forjar la cultura jurídica de nuestro país.

6. Otros códigos

6.1. Las Institutas

La idea central está en la división de tres masas jurídicas: personas, bienes y acciones. La cuestión, según Freitas, pasa por lo que se entienda de cada una de ellas.

Si entendemos por acciones, algo con connotaciones únicamente procesales, el derecho de fondo quedaría debilitado, ya que pasaría a ser bipartito. López de Zavalía propone incluir en "acciones" a todo *actuar*: a las obligaciones y a la teoría de los actos jurídicos [28].

6.2. El Código francés

Con todo lo que significó en su época el Código de Napoleón, hay que decir que su método, no es su mayor virtud [29]. Incluso Vélez llegó a decir que en el Código galo y en aquellos que lo tomaron como modelo *no hay ni podría haber método*.

Cuando introduce la novedad de que la propiedad de los inmuebles puede ser transmitida por el simple acuerdo de voluntades, sin la formalidad de la tradición, confunde los derechos reales con los personales.

La falta de método también se observa en la hipertrofia que sufre el libro tercero, llamado "De las diferentes maneras por las cuales se adquiere la propiedad", que incluye varios supuestos (locación, por ejemplo), que no son modos de adquirir la propiedad. Trata a todos los contratos como si fueran traslativos de la propiedad.

Probablemente, uno de los más gráficos en su crítica haya sido Colmo, quien dijo: *"[...] el libro III es un perfecto mosaico de las cosas más disparatadas, que resultan caracterizadas con los sentidos más incorrectos en más de una situación*" [30].

Además, regula conjuntamente obligaciones y contratos, lo que lleva a confundir una de las causas generadores (los contratos) con sus consecuencias (las obligaciones).

6.3. El Código alemán de 1900

El *Bügerliches Gesetzbuch,* conocido como BGB, fue comenzado en 1873, sancionado en 1896 y puesto en vigencia en 1900. Consta de cinco libros: Parte General, Obligaciones, Derechos Reales, Familia y Sucesiones.

La similitud con nuestro código, está dada por la inclusión de algunos principios comprendidos en los libros que conforman la Parte Especial (los últimos cuatro): dentro de cada uno de éstos, se diferencia lo que tiene carácter general, no para todas las instituciones, sino sólo para algunas.

6.4. El Código suizo

El autor, Eugen Huber, le dio una estructura similar a la nuestra, colocando los conceptos generales de cada materia, al comienzo del libro respectivo [31].

Consta de cinco libros, y el último -llamado *Código de las obligaciones*- se aplica al mismo tiempo a la legislación civil y comercial, y constituye uno de los bastiones de la tendencia unificadora.

6.5. El Código italiano

Sancionado en 1942, es uno de los modelos de su género. Tiene seis libros, en los que además de la materia civil, regula la comercial y la laboral.

Como en el derecho italiano tiene una concepción amplia de contrato; éstos se encuentran regulados junto con las obligaciones.

6.6. Los códigos de Brasil (1917 y 2003)

Están separados en dos partes: 1) general, que abarca las personas los bienes y los hechos, y 2) especial que trata las relaciones de familia, los derechos reales, las obligaciones y las sucesiones.

Esta división proviene de la sugerencia formulada por Freitas en su *Consolidación de las leyes civiles del Brasil* [32].

6.7. El Código de Chile

Probablemente el Código redactado por el venezolano Andrés Bello para Chile, sea el primero que se apartó del modelo francés y redistribuyó las materias del Libro III.

Distingue claramente los derechos reales de los personales, y por ello ha sido seguido por la mayoría de los países latinoamericanos (Colombia, Ecuador, Honduras, Uruguay, por mencionar algunos) [33].

7. El método en los Congresos Nacionales de Derecho Civil

Como anticipáramos con anterioridad, el único Congreso que trató el tema, fue el Primero.

Además del comentario ya reproducido de Lafaille, en el Segundo Congreso, en el discurso de Henoch D. Aguiar, encontramos algunas palabras en defensa de mantener el Código: *"no pudo afirmarse del Código de Vélez, lo que no puede afirmarse de obra humana alguna [...] un código se transforma con la sociedad a que rige"*.

También encontramos otras palabras, en las cuales le quita importancia a la distribución de materias: *"Arriba de la forma, por encima de la técnica, que no es más que un modo cómo, está el alma de la obra: el vino que los años han hecho cada vez más excelente no adquirirá cualidades nuevas por el vaso que lo contenga"* [34].

7.1. Ponencias del Primer Congreso

La primera ponencia que encontramos en las actas del Congreso, es la del cordobés Enrique Martínez Paz, cuya proposición es clarísima: *en caso de revisión, debe mantenerse la estructura actual del Código* [35].

A continuación, Pasquini López insiste sobre la necesidad de mantener el Código original, eligiendo lo inmodificable, y centrando la revisión en el resto.

El tercer trabajo en orden de aparición es el de Cirilo Pavón, que propone una metodología similar a la del Código de Brasil, y busca -según sus propias palabras- tomar *como punto de partida la persona, a la cual se dirige toda la legislación, para llevarla sucesivamente a sus diversas situaciones jurídicas, desde la más simple, hasta las más complejas* [36].

7.2. El despacho

Luego de una discusión en la que Lafaille tuvo una participación muy activa (es más, se termina aprobando su moción) se vota y se resuelve que: *"El método o estructura del Código, en la revisión a practicarse, no debe ser modificado sino en cuanto así lo exijan la claridad de los preceptos y la recta aplicación de los mismos"*.

Además se resuelve la creación de comisiones que estudien y redacten esas tareas de revisión.

8. El método en los proyectos de reforma

El meollo de la cuestión de las reformas [37], siempre pasó por la conveniencia de sustituir totalmente el Código Civil (esto proponían el anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936, el anteproyecto de 1954 y el anteproyecto de 1998), o reformarlo parcialmente para actualizarlo a los cambios sociales (la efectiva reforma de la ley 17.711, el proyecto de 1987 y el proyecto de 1993).

Sobre el tema de la sustitución o el *mero remiendo* (así se refiere Rivera a la reforma parcial), hacemos nuestras las palabras de Palmero: *"¿Cuáles son los grandes impedimentos de técnica legislativa que nos ubiquen frente al trauma de tener que truncar esa formidable obra cultural colectiva que se infiere detrás de una legislación que ha vivido y servido a la evolución de nuestro país durante más de cien años?"* [38].

Cabe sin embargo destacar, que tanto las reformas como los proyectos, han sido una oportunidad más para elogiar el Código de Vélez y reconocer el excepcional valor de su método [39].

8.1. El anteproyecto de Bibiloni

La comisión designada en 1926 por el presidente Alvear, nombró a uno de sus integrantes, Juan Antonio Bibiloni [40], para que redactara el proyecto. Trabajo que le demandó seis años.

Bibiloni, que era de los más implacables críticos del Código, a la hora de ponerse el traje de legislador, se dio cuenta que las objeciones que había formulado desde su cátedra, eran injustas. El proyecto se hizo sobre el mismo método, pero con otro plan: se siguió a los códigos alemán y brasileño en la división entre parte general y parte especial.

Como nota característica, la redacción incluyó notas explicativas similares a las del Código de Vélez. Se le criticó el haber dado demasiada importancia a la doctrina (principalmente alemana) y no haber aprovechado la jurisprudencia sentada en los sesenta años recorridos por el Código Civil.

8.2. El proyecto de 1936

La comisión que había sido designada en 1926, designó dos nuevos redactores dejando de lado lo realizado por Bibiloni [41]. Todo lo discutido por esa comisión se encuentra en las "Actas y observaciones". Aunque el proyecto no tiene notas, esas *actas* son de gran utilidad.

Con relación al plan de materias, el proyecto comienza con una Parte General, y sigue con otros cuatro libros más, para finalizar con una ley de registros.

Este proyecto fue recibido fríamente por la doctrina, y aunque provocó negativos comentarios, cayó en el olvido por mucho tiempo [42], pero ha tenido gran influencia en el nuevo Código Civil paraguayo de 1987.

8.3. El anteproyecto de 1954

Este proyecto fue redactado bajo la dirección de Llambías.

El plan sea probablemente lo más destacable del trabajo, ya que sigue la metodología didáctica que se enseñaba en las universidades. También se advierte cierta influencia *iusprivatista* del Código italiano de 1942, que camina hacia la unificación de los derechos civil y comercial [43].

La técnica legislativa es excelente. Nos sumamos a los elogios en cuanto a la claridad, concisión y brevedad de los preceptos. Además, el proyecto está acompañado por un volumen de notas y concordancias, y otro sobre las fuentes utilizadas.

8.4. El intento de unificación de 1987

Este proyecto fue sancionado por ambas cámaras, e incluso se registró como ley número 24.032, pero el Poder Ejecutivo lo vetó íntegramente.

La ley de *unificación de la legislación civil y comercial* importaba a grandes rasgos la derogación total del Código de Comercio, y la inclusión de las normas en él contenidas en el Código Civil.

8.5. Intentos a principios de la década de 1990

Se designaron dos comisiones que buscaban continuar con la tarea de unificación en 1990 y 1991. No fueron publicados los resultados de ninguna de las dos.

También se designaron en 1993 las comisiones llamadas “federal” y “del Poder Ejecutivo”, que buscaron -sin éxito- un código único civil y comercial, cada una a su manera.

8.6. El proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio de 1998

Sin dudas, el más *discutido* de los intentos de reformar el Código de Vélez, gran divisor de la doctrina nacional.

La comisión redactora propuso una sustitución de los códigos Civil y Comercial, pero mantuvo el método de codificación velezano [44]. Por esto mismo creemos que excede los límites de este trabajo cualquier otra discusión al respecto.

9. Proposición [45]

El método del Código de Vélez debe mantenerse, por lo que no consideramos necesario su tratamiento en los próximos congresos.

10. Palabras finales

Creemos que el método es el *alma mater* de toda obra codificadora [46], y que Vélez hizo muy bien en esforzarse por su elección.

La última prueba que el método ha superado es la de la unificación: todos las propuestas tendientes a unificar los derechos civil y comercial, han respetado el método de Vélez.

Mientras estudiábamos para este trabajo, hemos descubierto en Freitas a un jurista sublime de una capacidad sobresaliente. No en vano nuestro querido maestro Luis Moisset de Espanés lo califica de *anacrónico*, pero... ¡era un desubicado en el tiempo por adelantarse! El mundo no estaba listo para sus ideas, que florecieron de la mano del BGB alemán, cuarenta años después. ¡Brillante!

Con respecto a las numerosas críticas que recibió el método velezano a lo largo de la vigencia del Código, es necesario aclarar que la mayoría de ellas, se dirigen en realidad al plan (o distribución de materias). El método, que fue tomado de Freitas, consiste en la separación de derechos reales y personales, mientras que el plan -que es lo que en realidad la doctrina encuentra criticable- consiste en la metodología externa, o reparto de materias.

Para terminar, destacando también la mente de nuestro codificador local, parafraseamos a Enrique Martínez Paz: *"¡Alabemos la fuerza del ingenio de Vélez que supo alzarse sobre los prejuicios científicos de su tiempo, para dar al país una obra maestra de arte y sabiduría!"*[47].

NOTAS:

[1] *"Las recomendaciones de un congreso científico no tienen fuerza imperativa, pero constituyen una valiosa expresión de la doctrina y en tal carácter influyen muchas veces de manera decisiva en la evolución de la jurisprudencia, primero, y en las reformas legislativas, luego"* (según Luis Moisset de Espanés, *Los últimos 50 años del derecho civil argentino* (1941 - 1991), en www.acaderc.org.ar.

[2] Las actas de los cuatro congresos, pueden encontrarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales: www.acaderc.org.ar

[3] Actas del Primer Congreso, pág. 9.

[4] Actas del Segundo Congreso, pág. 45.

[5] Enrique Martínez Paz, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino*, edición facsimilar, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pág. 204.

[6] Alfredo Colmo, *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, Buenos Aires, MA Rosas casa editora, 1917, pág. 136.

[7] Dalmacio Vélez Sársfield, *Oficio de remisión, 1865*, en www.acaderc.org.ar.

[8] José Olegario Machado, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1928, t. 1, pág. XIV.

[9] José A. Buteler Cáceres, *Método del Código Civil*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1970, pág. 9.

[10] En contra de las propias palabras de Vélez, Colmo dice: *"la verdad es que el plan de Freitas, no sólo que no se ha seguido, sino que casi siempre ha resultado desmejorado"* (Alfredo Colmo, op. cit., pág. 140).

[11] Enrique Martínez Paz, op. cit., pág. 194.

[12] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 12ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, t. I, pág. 135.

[13] *Ibidem* Nº 13.

[14] El Proyecto de 1998, no las incluye por dos motivos: 1) no las trae ninguno de los códigos civiles del mundo que conocemos, y 2) el caso de discordancia [...] genera graves e inútiles discusiones doctrinarias. Según nota de elevación del 18 de diciembre de 1998, dirigida al ministro de Justicia. Nosotros las hubiéramos incluido.

[15] Luis V. Varela, *Concordancias y fundamentos del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1873, pág. 9.

[16] *"Debemos señalar, sin embargo, que las notas no tienen fuerza de ley, y solamente persiguen como propósito ilustrar al estudioso sobre la génesis del pensamiento del codificador, indicándole cuáles son las obras que ha consultado, aunque con frecuencia los autores y códigos mencionados, consagran soluciones distintas a las adoptadas en el cuerpo de nuestra ley positiva"* (Luis Moisset de Espanés, "Las notas del Código Civil argentino, y la publicidad registral", J.A. 1977-II-755).

[17] *"[...] separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos [...]"* (Dalmacio Vélez Sársfield, *Oficio de remisión, 1865*), en www.acaderc.org.ar.

[18] Lo que le valió numerosas críticas. Por ejemplo, *"La distribución de materias del Proyecto alemán es muy superior a la de nuestro Código"* (Lisandro Segovia, *El Código Civil argentino anotado*, Buenos Aires, Lajouane, 1894, pág. 5). *"No obstante su preocupación, flaqueó al planear su obra". "Freitas y Savigny, pudieron haber sido seguidos con más acierto y mayor ciencia"* (Alfredo Colmo, op. cit., pág. 142; Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, t. I, Parte general, 4ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 2003, pág. 57).

[19] Conf. Luis Moisset de Espanés, "La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield", en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. 1, pág. 171.

[20] Conf. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 21ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, t. I, pág. 212. Bibiloni fue el ideólogo de este método de enseñanza, que importa apartarse *"del orden del Código para efectuar una enseñanza no del Código Civil, sino de las instituciones del derecho civil"* (según palabras de Llambías).

[21] Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *Oficio de remisión, 1865*, en www.acaderc.org.ar.

[22] Con excepción de la prescripción adquisitiva, que se encuentra en el libro siguiente.

[23] El "folleto de Alberdi" sobre el Código de Vélez, puede consultarse en Juan Bautista ALBERDI, *Obras completas*, t. VII, pág. 90.

[24] Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *El folleto del Dr. Alberdi*, en www.acaderc.org.ar.

[25] Por ejemplo dice: "*nos demuestra que el doctor Alberdi nunca se ha ocupado de trabajos legislativos*" (Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *El folleto del...* cit., *Dr. Alberdi*, en www.acaderc.org.ar.)

[26] Henoch D. AGUIAR, *Discurso de apertura en el II Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1937, Actas, pág. 33.

[27] De acuerdo, Julio CÉSAR RIVERA, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007, t. I, pág. 275.

[28] Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., pág. 50.

[29] *"[...] un verdadero monumento legislativo en muchos aspectos, salvo en el del método*" (Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., pág. 51.

[30] Alfredo COLMO, op. cit., pág. 141.

[31] Luis MOISSET DE ESPANÉS, *El método del Código Civil (y una búsqueda de antecedentes en la Biblioteca Mayor),* publicado en Cuadernos de Historia, Nº 13.

[32] La traducción del portugués se puede consultar en Enrique MARTÍNEZ PAZ, *Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1927.

[33] Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Codificación civil y derecho comparado,* Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 128.

[34] Actas del II Congreso, pág. 40.

[35] Actas I Congreso, pág. 39

[36] Ver Actas del I Congreso, pág. 48. Luego del Congreso, materializó sus ideas en un libro: Cirilo PAVÓN, *Método del Código Civil argentino y de las obligaciones*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo, 1927.

[37] Para ahondar en el estudio de las reformas, aconsejamos la lectura de la colección dirigida por los Dres. Atilio Aníbal ALTERINI y Roberto Manuel LÓPEZ CABANA titulada *Reformas al Código Civil*, editada por Abeledo-Perrot, que consiste en 20 volúmenes tamaño bolsillo en donde los juristas más destacados de cada área analizan las reformas y los proyectos. Como la obra no alcanza al Proyecto de 1998, recomendamos ver la obra colectiva dirigida por Roberto H. BREBBIA, *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*, editado conjuntamente por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y la editorial Zavalía en el 2001.

[38] Juan CARLOS PALMERO, "La reforma de los códigos históricos", en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, t. 1, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pág. 534.

[39] Conf. Néstor P. CAZEAUX, "Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil", en Augusto M. MORELLO y Néstor L. PORTAS (coord.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, 1ª ed., Platense, La Plata, 1971, t. I, pág. 17.

[40] BIBILONI -profesor en Buenos Aires- era conocido por la dureza de sus críticas al Código vigente.

[41] Para un análisis comparativo entre el anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936 ver José A. BUTELER, *El Código Civil y el anteproyecto y proyecto de reformas*, 2 tomos, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1941.

[42] Guillermo A. BORDA, op. cit., pág. 144.

[43] Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Los últimos 50 años del derecho civil argentino* (1941 - 1991), en www.acaderc.org.ar.

[44] Uno de los integrantes de esa comisión expresa que *mantener el método era lo más lógico* (Julio César RIVERA, op. cit., pág. 297.

[45] El título es Proposición, y se formula a modo de ponencia, en homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil.

[46] Conf. Juan Carlos PALMERO, "Vélez Sársfield y el derecho latinoamericano", en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, t. 1, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pág. 220.

[47] Enrique MARTÍNEZ PAZ, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino*, edición facsimilar, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pág. 209 (los signos de exclamación son nuestros).

LA REGLA "*NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS*" EN EL PROYECTO DE REFORMA

por Pedro León

I. Es indudable que la máxima según la cual no se debe oír a quien invoca su propia torpeza, ha alcanzado un reconocimiento explícito y ha obtenido una generosa aplicación en el Código Civil vigente. Muchos de sus preceptos consagran ese principio y permiten, así, establecer la firmeza, la solidez de la posición adoptada por el codificador. Por ejemplo:

a) No procede la repetición del pago hecho en cumplimiento de un contrato, que debía procurar a cada una de las partes una ventaja ilícita (art. 794).

b) No es admisible la repetición del pago efectuado en virtud de una causa contraria a las buenas costumbres, cuando hay torpeza en quien recibe el pago y en quien lo efectúa (art. 795).

c) El que se propone obtener la anulación de un contrato, fundado en el dolo de la otra parte, está privado de acción si él, a su vez, incurrió también en dolo (art. 932 inc. 4).

d) Cuando la simulación es ilícita, carece de toda acción uno de los simuladores en contra del otro (art. 959).

e) Está impedido de alegar la nulidad absoluta el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1047).

f) Si uno de los que intervinieron en el delito como autores, consejeros o cómplices, indemniza la totalidad de lo daños y perjuicios causados a la víctima, está privado de acción para exigir de los demás el reembolso de lo que les correspondiere, según su participación en el acto ilícito (art. 1082).

g) El copermutante que hubiere enajenado la cosa que se le dio en cambio, sabiendo que ella no pertenecía a la parte de quien la recibió, no podrá alegar la nulidad del contrato (art. 1488).

h) Cuando la locación tiene por objeto la prestación de servicios ilícitos o inmorales, el que pagó tales servicios carece de derecho para repetir lo pagado (art. 1626).

i) El socio que lleva a la masa común beneficios adquiridos por medios dolosos o prohibidos, no puede obligar a sus coasociados a que le restituyan lo recibido (art. 1658).

j) Los socios que forman sociedades ilícitas no tienen acción entre ellos para pedir la división de las ganancias o pérdidas, o la devolución de los capitales o cosas que aportaron a la sociedad (art. 1659).

k) El mandato de acto ilícito o inmoral no confiere acción alguna entre mandante y mandatario, salvo el caso de buena fe de este último (art. 1891).

l) Si del mandato ilícito resultan ganancias ilícitas, el mandante carece de acción para que el mandatario se las entregue (art. 1912).

m) Si uno de los que intervienen en una partida de juego, presta dinero a uno de sus compañeros para que continúe jugando, carece de acción para exigir la devolución de lo prestado (art. 2060, parte final).

n) El que aceptó el mandato de jugar en nombre del mandante o en sociedad con éste, no puede exigir el reembolso de lo que haya anticipado para cumplir el mandato (art. 2061).

II. Un rápido análisis de las catorce situaciones exhibidas en el párrafo que antecede, nos llevará a la conclusión de que, a no ser por el sistema adoptado por la ley, habría acción en todos los casos, de conformidad con lo establecido por otras normas legales.

Al ser nulo todo acto jurídico que tenga alguno de los objetos comprendidos en la prohibición del art. 953 C.C.; y al preexistir al pago una obligación privada de eficacia por el art. 502, el que realizó la prestación podría exigir el cumplimiento de lo dispuesto por los arts.

1050 y 1052, vale decir, la restitución de lo entregado por él. Pero los arts. 794, 795, 1047, 1488, 1626, 1658, 1659 y 1891, mencionados en los puntos *a), b), e), g), h), i), j)* y *k)* del párrafo anterior, rehúsan la acción que en los supuestos normales u ordinarios se concede.

En los casos *c), d), m)* y *n)* habría procedido la acción de nulidad del respectivo acto jurídico, ante la existencia de vicios como el dolo (art. 954), o la simulación (arts. 954, 1044 y 1045), o el objeto ilícito (art. 953). Pero los arts. 932 inc. 4, 959, 2060 y 2061 niegan la acción a que, en tesis general, se tendría derecho.

En el caso *f)*, el que pagó, en su totalidad, la obligación solidaria, tendría a su alcance las acciones recursorias acordadas por los arts. 716 y 717. El art. 1082, sin embargo, no permite, en la hipótesis que comentamos, el ejercicio de tales acciones.

Y en lo que respecta al caso *l)*, el mandatario está siempre obligado a dar cuenta de sus operaciones, y a entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiese al mandante (art. 1909); y no obstante ese deber legal, en la hipótesis del art. 1912, el representado no puede constreñir al representante a que le entregue las ganancias obtenidas con la representación.

La enunciación de todas esas situaciones nos hace recordar, de inmediato, que hay otras similares en que funcionan principios análogos, como vamos a demostrarlo.

Concordando con el precepto del art. 1047, citado en el párrafo I letra e), sucede que aunque haya tenido lugar una nulidad absoluta, la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto, fundándose en la incapacidad de la otra parte (art. 1049). El incapaz de derecho, cuya incapacidad origina también una nulidad absoluta, está impedido, asimismo, de solicitar la invalidación de la operación jurídica en que intervino (art. 1326).

La mala fe modifica sustancialmente la situación jurídica de las personas. La inferioridad de condición de quienes obran de esa manera no puede ser de una mayor evidencia. Ya se trate de la mala fe, como signo característico de una conducta dolosa o fraudulenta, o como una expresión que equivale al conocimiento de algún vicio o defecto, influye en la posesión, en la prescripción adquisitiva, en el dominio de las cosas muebles, en la preferencia reconocida a algunos acreedores en ciertas obligaciones de dar, en el éxito de la acción revocatoria seguida contra un adquirente a título oneroso, para citar algunos ejemplos, así como en un sinnúmero de instituciones jurídicas.

En las obligaciones recíprocas, uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva (art. 510). En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haber ella cumplido u ofreciese cumplirlo (art. 1201). La ley tiende a que quien se presente como titular de una acción *se encuentre en las condiciones debidas*. Una de estas condiciones impone una verdadera valoración de la conducta.

III. En las circunstancias antes expuestas, la ley rehúsa las acciones que en la generalidad de los casos concede, porque no se debe amparar al que invoca su propia torpeza: *"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* [1]. *"El demandante no será escuchado por el juez, porque no es digno de ser oído''*, manifiesta Rippert [2].

Principio fundamental en verdad, y de una trascendencia innegable. Hay, por lo pronto, un hecho que, analizado en sí mismo y con prescindencia de toda otra consideración, conmueve profundamente la conciencia moral.

Quien atentó contra las normas reguladoras de la conducta humana, se presenta a solicitar la protección del ordenamiento jurídico, y quiere hacer surgir una pretensión legítima del fondo mismo de su inconducta. Se ha dicho muchas veces, y nunca será ocioso el repetirlo, que el hecho ilícito hace nacer solamente una obligación a cargo de su autor: la de reparar las consecuencias perjudiciales de ese hecho; pero que jamás hará surgir un derecho y, por lo tanto, una acción, de que pueda ser sujeto el autor mismo de la contravención.

Existen otras razones que no debemos omitir. ¿Se justifica que el derecho -precisamente el derecho- aprecie de manera igual situaciones desiguales? El ordenamiento jurídico no dispensa

ni puede dispensar el mismo tratamiento al contratante de mala fe y al de buena fe. Un factor indiscutible de desmoralización, y antijurídico a todas luces, sería el hecho de que el contratante que obró de un modo irreprochable llegue a convencerse de que su lealtad, su rectitud de miras, su respeto a la palabra empeñada, su fidelidad a las normas preestablecidas, le hacen merecer igual acogida que la brindada al que entabla una acción invocando su propia torpeza.

Influye otro fundamento, relacionado con la majestad misma de la justicia. Aparecerá ésta prestándose a turbias aparcerías, complicándose en manejos desdorosos, cuando descienda de su sitial para servir los designios del que intenta la consumación de su plan ilícito, utilizando como instrumentos a los jueces.

Que no se hable de que alguna vez el demandante será un arrepentido. El que aparece arrepintiéndose siempre intenta recobrar aquello de lo que se desprendió. Proclamará, hasta con una sinceridad convincente, que se propone deshacer lo que hizo y revocar su mala acción. Pero obrará siempre dentro de su presuposición inicial. Si fracasa mi negocio ilícito -pensaba al planearlo- recuperaré lo que entregué. O algo peor todavía: cuando desaparezca la situación que me forzó a transferir simuladamente mis bienes, me presentaré a rescatarlos. ¡Qué lucrativo resulta así el mea culpa, que hasta se puede acompañar con auténticas lágrimas de arrepentimiento!

Tres años después de la vigencia de nuestro Código, la Corte de Apelación de Caen declaró, de un modo indeleble, estos principios. Estableció que los que habían obrado con torpeza eran indignos de ser escuchados por la justicia, *"sea que ellos se presenten para obtener la ejecución o la realización, sea que reclamen restituciones o repeticiones de sumas entregadas o de objetos mobiliarios". "Sería, en efecto, tan contrario a la moral como a la dignidad de la magistratura, que ésta permitiera, en materia civil, discutir en su pretorio sobre el sentido, el alcance y los efectos de pactos vergonzosos que la conciencia pública repudia, y que intervenga así entre dos individuos a quienes la justicia no debe ninguna protección. Al contrario, al rehusar a cada uno de los que han participado en convenciones semejantes, todo acceso ante los tribunales, con el fin de obtener, sea lo que sea, ejecución, anulación, o repetición, se les entrega a la discreción del uno o del otro; se les abandona, sin recurso alguno, a las consecuencias de su deslealtad recíproca; se les priva de toda seguridad; y se detiene así, por temor a las pérdidas pecuniarias, a la mayor parte de aquellos que estuvieren inclinados a la formación de contratos semejantes"* [3].

IV. Se verá en seguida que son varias las hipótesis en que hace su aparición la máxima de que nos ocupamos. Pero el más ilustre de los impugnadores de ella, Demolombe, cuyas ideas han ejercido tanta influencia sobre Bibiloni, se ha particularizado con el problema de la repetición tan solo, y ha consagrado todos sus esfuerzos a desentrañar si la regla "*nemo auditur...*" está expresamente sancionada en el Código Napoleón -problema que lógicamente no nos interesa- y a poner de relieve lo injusto del enriquecimiento del *accipiens* de mala fe [4]. Porque, en efecto, se le niega toda acción al *solvens*, pero el que recibe la prestación de éste (generalmente coautor o cómplice en la torpeza) goza, con la mayor de las impunidades, del fruto de la inmoralidad o de la ilicitud.

Las pretensiones del que, a ciencia y conciencia, intervino en una operación ilícita o inmoral, se orientarán en alguna de las cuatro direcciones siguientes:

1°) El cumplimiento de la convención reprobada. Es evidente que una vez establecido el verdadero carácter del negocio, se desestimará la demanda de cumplimiento, por aplicación del art. 953 C.C., complementado por los arts. 1044, 1045 y 1047.

2°.) La rescisión del contrato, a mérito del incumplimiento de la otra parte, y a fin de hacer a ésta pasible de la indemnización de daños y perjuicios. Determinada que sea la naturaleza ilícita o inmoral del contrato, el juez no podría declarar la rescisión sino la nulidad, en virtud de lo expuesto en cuanto a la primera hipótesis.

3°) La nulidad del contrato. Aquí se fundaría el actor, precisamente, en las normas legales citadas en el punto 1°) y por aplicación del efecto retroactivo de la declaración de nulidad (arts.

1050 y 1052), se propondría conseguir la devolución de lo que hubiese entregado al otro contratante.

4º) La repetición de lo entregado, lisa y llanamente, por aplicación directa de las normas que rigen la repetición del pago indebido (arts. 792 y ss.).

De lo que se acaba de exponer, resulta que no serían viables las acciones encaminadas hacia el cumplimiento o la rescisión del contrato. Todo se reduciría, en el fondo, a obtener la repetición de lo pagado: inmediatamente, por obra de la *condictio* a que da lugar la causa torpe (art. 792); o mediatamente, por imperio de la declaración de nulidad (arts. 1050 y 1052).

Pero si profundizamos aún más el análisis, llegaremos a la conclusión de que no queda en pie otra situación que no sea la contemplada por el art. 792 y sus correlativos, ya que los jueces se verían impedidos de aplicar, de un modo mecánico, el art. 1052, al encontrarse en presencia de casos de tanta gravedad, como son los pagos producidos en razón de una causa contraria a la ley o a la moral y buenas costumbres.

Pese a la literalidad de la expresión usada en la máxima que nos ocupa, es muy difícil que alguien se presente *invocando* su propia torpeza. Por razones de propia conservación, el demandante no alegará el hecho sino que lo ocultará. El suceso torpe saldrá a la luz, en la controversia con la parte contraria, y según las pruebas que se produjeren. Por eso es que hemos aludido recién, no al que invoca, sino tan sólo a quien intervino, a ciencia y conciencia, en una operación ilícita o inmoral.

V. Ahora bien, la comisión encargada de proyectar la reforma del Código vigente, ha pasado una esponja sobre la casi totalidad de las disposiciones de éste, relacionadas en el párrafo I de estas anotaciones. Se ha propuesto la comisión, sin duda, la refundición de todos los supuestos en el 4° del párrafo que antecede, estimando, así, que todas las hipótesis se identifican con la de la repetición del pago efectuado en razón de una causa contraria a las buenas costumbres, o en virtud de una obligación cuya causa estuviere en pugna con las leyes o el orden público.

En efecto, dispone el Proyecto, siguiendo un precedente sentado por el Código Civil de Portugal: "Siempre que al dictar sentencia en cualquier pleito, el juez estimare que hubo causa torpe por ambas partes, deberá ordenar que los beneficios así obtenidos, se transfieran al Tesoro de las escuelas primarias de la nación o de las provincias, según correspondiere'' (art. 853, parte final).

En el informe presentado por la comisión se expresa: "Consideramos las utilidades de este género como bienes vacantes, que deben beneficiar a la nación o a las provincias". Vale decir que, en caso de ser aceptada la reforma, el Código Civil habría consagrado, ni más ni menos, que una verdadera pena de confiscación. No otra cosa significaría la declaración de vacancia de que se habla.

Anotemos, además, que el concepto de las utilidades o de los beneficios, alcanzados por la declaración de vacancia, sólo tiene sentido en una que otra hipótesis. Por ejemplo, los beneficios que consigue para la entidad social un socio, por medios dolosos o prohibidos; o las ganancias obtenidas por sociedades ilícitas, o en virtud de mandatos ilícitos.

Pero ocurre que quien obró, con pleno conocimiento de causa, en un negocio ilícito o inmoral, puede proponerse otras finalidades e intentará recorrer vías muy diferentes.

Nos concretaremos a analizar el caso de: la simulación ilícita, ya que el espacio de que disponemos, no nos permitirá el estudio de las demás situaciones. El enajenante simulado que intenta recuperar lo que transfirió, no demanda ni podría demandar nunca una repetición, desde el momento que, en realidad, él no pagó nada. El persigue, precisamente, la exhibición de la verdad, desnuda de todo ropaje de mentira o de ficción. Pretenderá, por lo tanto, el cumplimiento de lo que realmente se pactó, sobre la base del contradocumento respectivo. Sostenemos que la acción entablada no es de repetición, es de cumplimiento de contrato. Tanto en la simulación lícita como en la ilícita, cuando el actor se propone conseguir lo que realmente se convino, demanda a la otra parte para que ésta dé cumplimiento a la cláusula final que

consuma el contrato, que última el acuerdo lícito o ilícito de voluntades, producido entre los dos protagonistas del hecho.

Estimamos que ha constituido un factor de perturbación en la solución de los problemas planteados por la simulación ilícita, la escisión que hace la doctrina corriente en dos actos distintos o contrapuestos, de lo que forma un conjunto integral, un todo indivisible. Cabe leer, así, en las obras más reputadas, que hay simulación cuando se otorga un acto jurídico, cuya naturaleza o cuyos efectos son suprimidos o modificados por otro acto, contemporáneo del anterior, y destinado a permanecer oculto. Una vez colocados en esa corriente, los autores se preguntan: En presencia de estos dos actos contradictorios, el acto ostensible y el acto oculto, cuya coexistencia es de una manifiesta imposibilidad, ¿cuál de los dos es el que debe prevalecer?

Nosotros nos permitimos entender que hay un acto único, que hay un solo contrato, en que el acuerdo común de voluntades, en que el consentimiento de los simuladores ha dispuesto, para lograr una finalidad única, lícita o ilícita, la realización de algo ficticio, como una etapa, como una cláusula de ese contrato único, integrado por una trabazón de partes inseparables.

Cuando el demandante, como sucede en los supuestos comunes de la simulación efectuada en fraude de acreedores, pretende recuperar lo que entregó a su cómplice, quiere decir que luchará por la consumación del plan ilícito, y que la justicia no puede oírlo.

En cambio, en ciertas hipótesis de simulación también ilícita, como el de la adquisición que hace un incapaz de derecho, valiéndose de una persona interpuesta; o como el de las transferencias simuladas que se hacen a una persona de confianza, para que ésta escriture después los bienes transferidos a un heredero del enajenante, en perjuicio de los demás, salta a la vista que la demanda puede ser escuchada, puesto que ella no persigue la consumación, el cumplimiento de la cláusula final del contrato ilícito, sino todo lo contrario, la revocación o la invalidación de ese contrato.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que la fórmula propuesta por la comisión encargada de proyectar la reforma, está inspirada por el propósito encomiable de evitar, como decía uno de sus miembros, que el demandado realice dos acciones repudiables: 1º. La de haber colaborado en el contrato ilícito o inmoral, y 2°. La de retener en su poder lo que adquirió de esa manera; pero es impotente para poner remedio, mediante la declaración de vacancia de utilidades o beneficios, todas las hipótesis de simulación ilícita.

Menos aún se prevé la posibilidad de funcionamiento de esta medida confiscatoria, que introduce en el derecho civil, por más laudables que sean los fines, la técnica del decomiso de los contrabandos usual en las legislaciones aduaneras, cuando haya que extraer una utilidad o beneficio en los contratos bilaterales, en que se consumaron las prestaciones y contraprestaciones respectivas.

¿Habrá que escuchar y prestar amparo, en tales casos, a quien invoca su propia torpeza y demanda la nulidad o la rescisión? Es de desear que no se deje así la puerta abierta en la reforma, para que el contratante que obró con dolo demande la nulidad del contrato, fundándose en el dolo de la otra parte, cuando las prestaciones son más o menos equivalentes; o para que el copermutante que enajenó la cosa recibida en cambio, conociendo que ella no pertenecía a la parte de quien la recibió, pueda alegar la nulidad del contrato; o para que en el caso de un mandato ilícito o inmoral, el mandatario, aunque sea de tan manifiesta mala fe como su mandante, esté habilitado para demandar el reembolso de lo que haya gastado por cuenta de éste; o para que se obre, como consecuencia de actividades relacionadas con el juego, demandando la protección de la justicia, en las hipótesis que el Código vigente no permite.

Es también de desear que no se abra puerta para que los socios que formaron sociedades ilícitas retiren sus aportes, por medio de los tribunales; y que hasta consigan, siempre por medio de los jueces, el reembolso recíproco de las pérdidas sufridas. Si en una sociedad lícita, un socio lleva a la masa común beneficios adquiridos por medios dolosos y prohibidos, sin que se les pueda imputar mala fe a los coasociados ¿contaría con otra puerta, habilitada por la reforma, para que la justicia lo escuche al demandar la devolución?

¿Será posible que, por obra de la misma reforma, un delincuente que pagó la totalidad de los daños y perjuicios, con motivo de un delito cometido por varios, disponga de otra puerta, abierta de par en par, para presentarse ante los tribunales, y para que los jueces, benigna y paternalmente, dividan la participación que todos tenían en el delito, y concedan la acción recursoria que Vélez Sársfield no había previsto sino para los negocios lícitos y honestos?

Ha habido, pues, cierta exageración en las exposiciones hechas por algunos de los distinguidos juristas que integraron la comisión, al manifestar que la reforma proporcionaba un mayor contenido ético a nuestra legislación civil.

Cabría, en cambio, lamentar que el proyecto de reforma hubiera descuidado, en algunos aspectos, el valor preponderante que ha requerido la moral con respecto al derecho en estos últimos tiempos.

En su difundidísima obra ha dicho Rippert que cuando se afirma la plenitud del orden jurídico positivo, identificándoselo con la justicia, *"es preciso abstenerse de pensar que ese orden sea apto para bastarse a sí mismo, y que las leyes civiles puedan encontrar su fundamento en la autoridad pública, y su fin en el reinado de la paz social: una visión superficial de las cosas es la que nos hace creer en la plenitud del orden jurídico positivo, aun cuando no se proporcionen otras razones de su valor que su existencia misma. Si el derecho no es otra cosa que una colección de reglas de conducta, aparece como la obra arbitraria de los gobernantes, o como el producto natural del estado social existente. A quien reflexione sobre las relaciones entre el derecho y la moral, se le plantea de nuevo y con más fuerza, después de la separación necesaria, la cuestión de si el derecho puede, separado de su raíz, vivir por la sola fuerza de su técnica, o si, por el contrario, él no puede desenvolverse sino por el ascenso continuo de la savia moral"* [5].

***

Nota editorial: Al confeccionarse la lista de temas tratados en los cuatro Congresos de Derecho Civil para solicitar a los juristas invitados una colaboración que versase sobre alguno de ellos se omitió mencionar la regla *"nemo auditur"*, que había sido incluida en el temario del Segundo Congreso, y tratada en plenario, en vinculación con las previsiones que sobre la aplicación de dicha regla tenía el Proyecto de 1936.

Sin duda que ese error entrañaba cierta culpa con la que debemos cargar los organizadores de este Libro Homenaje, pero conviene destacar que culpa y error no son sinónimos de la *"turpitudinem"* o torpeza a que hace referencia la regla *"nemo auditur"*.

Es frecuente que en escritos forenses se procure descalificar conductas erróneas o culposas del adversario invocado -sin razón alguna- la regla *"nemo auditur"*; pero no solamente cometen este desliz abogados litigantes, sino que incurren también en él, a veces, los magistrados en sus sentencias y, lo que es peor, también hemos leído páginas escritas por "juristas" en las que se afirma, con manifiesta improcedencia, que la regla *"nemo auditur"* veda escuchar a quien ha incurrido en culpa o error.

Muy por el contrario; con frecuencia el derecho acude en auxilio de quien se ha equivocado o actuado con culpa, si considera que ese error o culpa son excusables. Para ilustrar esta afirmación basta recordar que prácticamente todos los códigos civiles vigentes conceden acción de repetición, bajo ciertas condiciones, a quien "ha efectuado un pago por error".

Esta insistencia nuestra se funda en las enseñanzas que recibimos de uno de nuestros maestros de derecho civil, el Dr. Pedro León, que insistía con firmeza en enseñarnos: la "*turpitudinem*", es decir, la torpeza a que hace referencia la máxima en estudio, es un actuar contrario a la moral o prohibiciones expresas de la ley. Una y otra vez en las conversaciones mantenidas en el viejo Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, grabaron a fuego estas enseñanzas.

Es cierto que los tribunales no deben malgastar su tiempo atendiendo a quien procura obtener la protección de su conducta "torpe", pero esa conducta "torpe", no es la meramente

equivocada, sino aquella que de manera positiva ha vulnerado valores superiores y ha actuado de manera dolosa o inmoral.

Pues bien, nuestro error que, insistimos, no fue torpeza, nos ha impedido contar con una colaboración sobre la regla "*nemo auditur*", y para suplir esa falta nos ha parecido oportuno reproducir un trabajo del maestro Pedro León, uno de los grandes juristas de la Escuela de Derecho Civil de Córdoba, que no solamente presidió el Tercer Congreso Nacional en 1961, sino que por una rara casualidad es el único civilista que participó en los cuatro congresos nacionales.

Al incorporar ese trabajo de León, recordamos con admiración y respeto sus calidades especiales de maestro, y le rendimos un merecido homenaje.

Pero, antes de concluir esta nota editorial creemos conveniente hacer una breve referencia al tratamiento del tema en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. El Proyecto de 1936 hacía desaparecer del Código la aplicación de la regla *"nemo auditur"* y optaba, en cambio por establecer en los casos de repetición del pago, cuando había mediado una causa torpe, al disponer en el art. 853 que el Estado debía incautarse del importe de ese enriquecimiento y destinarlo a fines de bien público y de beneficencia, tomando como modelo códigos que consagran esa solución.

Participaron en el debate Alsina Atienza, como informante; Lafaille, en su carácter de miembro de la Comisión Reformadora, y otros como Moyano López, que sostuvo la necesidad de mantener el régimen del Código Se agregaron a ellos, intervenciones como la de José Manuel Saravia quien, ante algunas observaciones formuladas, manifestó su conformidad en que la "confiscación" no se redujera a los "beneficios" obtenidos por quien obró con torpeza, sino que se extendiese a lo que se le había entregado (ver pág. 386 de las Actas del Segundo Congreso).

Alfredo Orgaz, por su parte, frente a la afirmación de que estábamos ante una "solución típicamente argentina", dejó constancia de que no le parecía conveniente "adoptar soluciones excesivamente originales", sobre las que no se tenía ninguna experiencia y que podían traer serias dificultades en su aplicación práctica (ver "Actas...", pág. 387), a lo que agregaba que el art. 853 del Proyecto "deja el vacío de la simulación ilícita en todos los casos en que no haya beneficios, y sí simplemente aportes", por lo que estimaba que debía mantenerse la regla *"nemo auditur"* (ver "Actas...", pág. 386).

La penúltima exposición, y quizás la más extensa, fue precisamente la de Pedro León y de ella deseamos rescatar una hipótesis de simulación ilícita, en la que -a su criterio- es admisible se escuche en justicia el pedido del simulador que pretende dejar sin efecto el acto, porque de esa manera en realidad se desbarata el plan ilícito. Ilustró su afirmación con un ejemplo que le suministraba la práctica profesional y que, por desgracia suele ser frecuente, diciendo textualmente: *"personas originarias de cierta región de Europa se proponen siempre desheredar a las hijas y deciden que todos los bienes pasen a los hijos varones. Ellos, en vida, traspasan los bienes, en forma de una especie de dominio fiduciario, para que los adquirentes los escrituren a los varones. Si aquí el enajenante simulado demanda, ya no obra él para que se ejecute el plan ilícito, para que se cumpla el contrato ilícito, sino al contrario, para que se revoque"* (ver "Actas...", pág. 388)

El debate se cerró con unas palabras de Lafaille, proponiendo se formulase un nuevo despacho (ver "Actas...", pág. 390), que luce a fs. 392 de las Actas del Segundo Congreso, y fue aprobado.

L.M.E.

NOTAS:

[1] Se suele hacer uso de otras máximas semejantes, para negar la repetición al que pagó en virtud de una causa torpe: *"In pari turpitudinis causa cessat repetitio"*; o *"in pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis"*.

[2] RIPPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, Libr. Gén. de Droit et de Jurispr., 1925, Nº 105.

[3] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleón*, t. XXXI (Traité des Engagements qui se forment sans Convention), París, A. Lahme, 1882, Nº 433. Hemos tomado la cita de Demolombe, pero éste fue un decidido adversario de la máxima.

[4] DEMOLOMBE, ob. y t. cits., Nros 434 a 440.

[5] RIPPERT, ob. cit., pág. 11.

UNIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

por ATILIO ANÍBAL ALTERINI

1. EI Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961, en la 2ª Sesión del 10 de octubre -presidida por los doctores Alfredo Orgaz y Guillermo A. Borda-, trató el tema *Unificación de las obligaciones civiles y comerciales* y aprobó por unanimidad esta Recomendación Nº 4: *"Que se unifique el régimen de las obligaciones civiles y comerciales elaborando un cuerpo único de reglas sobre obligaciones y contratos como libro del Código Civil"*.

Produjeron dictámenes preliminares los doctores Héctor Cámara, Horacio S. Cáceres, Héctor Masnatta, Angel B. Chávarri y César Augusto Abelenda. La doctora María A. Leonfanti, en nombre del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de Rosario de la Universidad Católica Argentina, formuló observaciones a los dictámenes preliminares. El dictamen definitivo fue firmado por los doctores Masnatta, Cámara, Cáceres, Abelenda, Acdeel E. Salas y Rubén Antonio Simonet. Además, participaron en el debate, los doctores Masnatta, Aquiles Horacio Guaglianone, Enrique Díaz de Guijarro, Arturo Barcia López y Alberto G. Spota.

2. La cuestión había sido detonada académicamente el 14 enero de 1888 por Cesare Vivante en la clase inaugural del Curso de Derecho Comercial de la Universidad de Bologna, titulada *Per un codice unico delle obbligazioni*.

Comenzó su clase diciendo: *"Una duda persistente domina desde hace mucho tiempo mis estudios: ¿por qué el derecho privado está todavía dividido en dos campos, el civil y comercial?"*. Señaló que la distinción entre esas dos ramas del derecho privado fue desconocida por los juristas romanos, que la promoción de un derecho menos rígido y menos formal que el derecho civil de Roma se debió al comercio de los peregrinos, *"y la gran flexibilidad del derecho común excluía la necesidad de un derecho especial al comercio"*. En los últimos siglos de la época imperial *"la libertad de las estipulaciones fue interferida por la intervención paternal del legislador que quería proteger al contratista más débil contra las tentaciones de la miseria"*. Recién cuando en la Edad Media el comercio retomó su senda interrumpida se hizo necesaria una legislación especial para el comercio, *"una ley profesional, el derecho de los comerciantes"*, como *"un derecho nuevo, práctico, enérgico y cosmopolita"*. Respecto de su expansión destacó que *"el ciudadano que se provee de alimentos, de un medicamento, de un libro, que deposita sus ahorros en el banco, que asegura una dote para su hija, que prevé una pensión para la vejez, está siempre regido por el Código de Comercio: desde el nacimiento a la tumba, para el cortejo bautismal, para una fiesta de bodas, para honrar a los muertos, ahora el Código de Comercio rige el acto del ciudadano que contrató con una empresa mercantil"*.

Como ha dicho Garrigues [1], las exigencias económicas que *"antes fueron peculiares del comercio y de los comerciantes, se han extendido a otros sectores de la sociedad, por lo mismo que las operaciones tradicionalmente llamadas mercantiles se han hecho patrimonio común de todos los ciudadanos"*. Se ha agudizado el espíritu comercial, hasta el extremo que hoy todo el mundo especula sin distinción de clases sociales. Todo particular tiene cuenta en los bancos, extiende letras, paga con cheques y descuenta efectos. La riqueza mobiliaria, constituida fundamentalmente por valores mercantiles de fácil transmisión, alcanza modernamente gran desarrollo; se produce la movilización de bienes inmuebles a consecuencia de la difusión de las sociedades anónimas, que van sustituyendo paulatinamente las explotaciones y empresas individuales. Ante la creciente insinuación de las operaciones genuinamente mercantiles en el campo antes reservado a la contratación civil, *"el derecho civil, rígido, grávido y estable, se ve obligado a buscar nuevas formas y principios en el derecho mercantil"*, y ello *"ha traído consigo otra consecuencia notable en el orden de la técnica jurídica, y es el traspaso al campo del derecho civil de normas e instituciones jurídicas originariamente dictadas para satisfacer*

peculiares exigencias del tráfico mercantil, lo que pone en evidencia hasta qué punto es verdadero el fenómeno de comercialización del derecho civil, lo que facilita la futura tarea unificadora de los legisladores".

3. En efecto, en las codificaciones del siglo XIX se produjo una fuerte expansión del área de vigencia del derecho mercantil: la regulación *subjetiva* fue reemplazada por otra *objetiva*, que dejó de tomar en cuenta a la persona del comerciante y atendió en cambio a las características de determinados actos, denominados *actos de comercio*.

El Código de Comercio francés de 1807, luego de establecer en el inc. 1 del art. 631 -con la concepción subjetiva- que los tribunales de comercio conocerán "los litigios relativos a las obligaciones y transacciones entre comerciantes, mercaderes y banqueros", incorporó también -en el inc. 3 del mismo artículo y en el art. 632- la noción de *acto de comercio* con la concepción objetiva, al referirse a "los actos de comercio entre cualquier persona", y enumerar luego cuáles "reputa actos de comercio".

El Código de Comercio alemán de 1861 difundió a su vez -mediante su art. 277- el concepto de *actos unilateralmente comerciales*, comprendiendo de tal modo en la regulación mercantil a los actos en los cuales sólo una de las partes es comerciante.

4. En el Informe que acompañó al Proyecto argentino de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, o Proyecto de Código Unico, de 1987, se recordó que el derecho comercial, tal como lo conocemos actualmente, tuvo su origen en la Edad Media, en circunstancias en las que, en razón de la organización política feudal, el sistema jurídico europeo estaba fragmentado en una gran variedad de estatutos personales que seguían al individuo dondequiera se encontrara. A partir del siglo XI, "apenas la seguridad en los caminos lo permitió, los mercaderes itinerantes se aventuraron cada vez más lejos con sus productos", y se reunieron en ferias en las que participaron comerciantes que provenían de muy diversas regiones y que, por lo tanto, estaban sujetos a sus propias leyes personales. Para posibilitar los negocios, los señores feudales admitieron que las operaciones de los mercaderes no estuvieran sujetas a la ley del lugar de la feria, y que sus controversias fueran resueltas por jueces *ad hoc* elegidos por ellos mismos. "Ocurrió entonces que, para resolver esos conflictos, los mercaderes y sus jueces crearon un nombre nuevo, el de *Lex Mercatoria*, para un derecho viejo, el *jus gentium*", cuyos principios fueron "la prevalencia de la intención sobre la forma, el respeto de la palabra empeñada o de la promesa formulada, la obligación de soportar equitativamente las ventajas y los daños derivados de sus relaciones patrimoniales, la necesidad de actuar de buena fe con prescindencia de las formas o ritos utilizados". El derecho comercial nació, pues, como una regulación corporativa, con una nota distintiva singular: era personal a quienes ejercían una determinada actividad, siendo, por lo tanto, el *derecho de los comerciantes*. Estos obtuvieron dos ventajas muy especiales: crearon su propia regulación jurídica, al asignársele fuerza jurídica vinculante a sus propios usos; y designaron sus propios jueces.

5. La doble regulación plantea serios inconvenientes. Por lo pronto, la delimitación del área de la materia comercial suele ser incierta. Además suele ser artificiosa, pues muchos actos son considerados mercantiles aunque no tengan relación con el comercio en sentido económico, como las letras de cambio. El Código de Comercio, como Código *de clase* de los comerciantes, también puede ser lesivo para quienes quedan sometidos a sus normas sin ser comerciantes pues, como los usos comerciales son creados por ellos mismos y tienen efecto jurídicamente vinculante, los no comerciantes están sujetos a normas respecto de las cuales carecen *"de un sentimiento de obligatoriedad"* pues *"no tienen la creencia de que asumir estos cursos de acción [...] resulta obligatorio"* [2].

En su ya mencionada lección inaugural Vivante sostuvo, en fin, que se debe aproximar *"la teoría de las instituciones mercantiles a la teoría general de las obligaciones, pensando que, si están separados por los códigos, son un solo cuerpo jurídico"*. Pocos años después, en el prólogo "Il diritto commerciale e unità del diritto privato" de su *Tratado* [3] concretó: *"El*

derecho mercantil fue el fruto más noble de la vida, tan característica, de las corporaciones de comerciantes, fue una bienhechora reacción contra las influencias del derecho de Justiniano, y contra aquéllas más perniciosas de la ley canónica. Hoy en día, en que el comercio no es ya patrimonio de una clase privilegiada, sino una función en la que participan todos los ciudadanos, la autonomía de la ley mercantil no tiene razón de ser".

6. En el Tercer Congreso fue asumida la cuestión constitucional. El art. 67 inc. 11 de la Constitución de 1853 -según reforma de 1957- le confería al Congreso la atribución de "Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social", lo cual hizo pensar a algunos que debería dictar dos códigos separados (el Civil y el Comercial) sin poder dictar un código unificado.

El doctor Masnatta, con la adhesión de los doctores Chávarri y Leonfanti, consideró entonces que *"El artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional no impone dogmáticamente la legislación en códigos independientes de las relaciones de derecho privado; sólo distribuye la competencia para hacerlo".*

La cuestión ha sido superada por la reforma constitucional de 1994, pues ahora el art. 75 inc. 12 le asigna claramente atribuciones para "Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados".

7. En los tiempos del Tercer Congreso, la idea de un código único de las obligaciones había sido manejada con insistencia, desde largo tiempo atrás. En 1926, la II Conferencia Nacional de Abogados designó una comisión de juristas encargada de realizar una labor de simplificación y unificación de normas del derecho de obligaciones. El Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial, reunido en Buenos Aires en 1940, aprobó una moción por la cual se preconizaba la sanción de un código único de las obligaciones, civiles y comerciales. La VI Conferencia Nacional de Abogados, reunida en La Plata en 1959, aprobó la siguiente declaración: "1º Que es conveniente la sanción de un Código único de derecho privado; 2º Que para el logro de esa finalidad, como etapa inmediata, procede sancionar un código único de obligaciones y contratos; 3º Que como un jalón ulterior debe llegarse a la unificación del derecho privado de los Estados latinoamericanos". Precisamente Acdeel E. Salas, al fundamentar el despacho, expresó que *"se hace necesaria una síntesis de los llamados derechos civil y comercial, ya que ambos regulan la misma sustancia jurídica: las relaciones de los particulares entre sí"*. La idea unificadora también resultó de la VIII Conferencia Panamericana de Lima (1938); de las Conferencias Interamericanas de Abogados de Río de Janeiro (1943), México (1944), Santiago de Chile (1945), Lima (1947), Detroit (1949); de las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado (Montevideo, 1948).

En Francia, la Comisión Reformadora del Código Civil de 1804 y la Comisión Reformadora del Código de Comercio de 1807, que habían avanzado considerablemente sus respectivos trabajos, se reunieron en la sesión conjunta del 25 de octubre de 1949 y -en cuanto al derecho de contratos y de obligaciones- establecieron como "principio" la *"deseable unificación de las reglas civiles y comerciales"* [4], y decidieron que *"las dos comisiones deberán tender a la unidad de reglamentación, cada una en el desempeño de su propia tarea"* y *"que no habrá más un Código Civil y un Código de Comercio, sino un Código de Derecho Privado, incluyendo especialmente un libro sobre las obligaciones, común a las obligaciones civiles y comerciales"* [5].

La idea unificadora también tenía importantes antecedentes legislativos; por lo pronto, el Código suizo de las obligaciones -a partir de 1881- que fue incorporado como Libro V del Código Civil en 1912. También había sido aceptada por Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Italia (1942), así como por los códigos únicos en lo Civil y Comercial de Tailandia (1925) y de China (1930). En el sistema anglosajón, la unificación rige desde el siglo XVIII, con dos características particulares: las reglas comerciales predominan por sobre las civiles [6], y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles.

8. En el Tercer Congreso, el doctor Cámara dijo con énfasis que *"no hay ninguna razón política, jurídica, económica ni práctica para mantener la dicotomía"*. El doctor Masnatta señaló en el mismo sentido que *"las causas sociales que, en su origen, dieron lugar a la dualidad legislativa han desaparecido, resultando artificial una diversificación que en nuestra época no tiene justificación en la realidad"*, lo cual *"resulta claramente en la consideración del doble régimen en materia de solidaridad, sociedades, garantías, onerosidad, prescripción, pacto comisorio, venta de cosa ajena"*.

La doctora Leonfanti precisó que *"la unificación de las obligaciones civiles y comerciales preséntase hoy por buena parte de la doctrina nacional y extranjera como asunto ya resuelto; y, en no pocos países, inclusive en vías de corporización legislativa"*. Según el doctor Barcia López *"esta idea tiende a prevalecer no sólo en nuestro derecho interno y en el derecho comparado actual, sino también en el orden internacional"*. El doctor Chávarri, con la adhesión del doctor Masnatta, fue terminante: *"El tema de la unificación legislativa de los derechos civil y comercial ha sido tan debatido en el terreno de la doctrina y en conferencias y congresos científicos y profesionales, que podría decirse que a los abogados y estudiosos sólo toca tomar partido por una u otra tendencia, siendo difícil que puedan traerse argumentos novedosos"*.

Respecto del modo de llevar a cabo la unificación, la doctora Leonfanti aportó estos criterios: *"la perspectiva no consiste en la denominada unificación formal de las dos ramas, según ocurre en Italia con su código de 1942 o en Suiza desde 1881 con su Libro V del Código Civil, el Código de las Obligaciones; cuerpos legales unidos con un solo rótulo que siguen siendo conforme a la consabida expresión de Brunetti 'dos territorios diversos, no dos sectores del mismo territorio, con lo cual se tiene en lugar de una obra en dos tomos, un solo tomo para dos obras'"*, pues *"el estudio de la cuestión no puede ni debe en manera alguna desentenderse de la circunscripta como llamada unificación sustantiva en cuanto aspira a superar las diferencias de ambas materias; a eliminar los escollos suscitados entre negocios o actos civiles y comerciales, y actos mixtos; entre actos o negocios comerciales de civiles y actos o negocios civiles de los comerciantes; en punto a llegar a la supresión, en fin, de las distinciones entre comerciantes y no comerciantes"*.

9. Con posterioridad al Tercer Congreso, la unificación fue apoyada en el Congreso Nacional de Derecho Comercial (Rosario, 1969), en la mesa redonda sobre unificación de los derechos civil y comercial (Universidad de Belgrano, 1979), en el III Congreso de Derecho Societario (Salta, 1982), en la Conferencia Nacional de Abogados y Facultades de Derecho (Rosario, 1982), en el Congreso Argentino de Derecho Comercial (Buenos Aires, 1984), en la mesa redonda sobre unificación de las obligaciones civiles y comerciales (Instituto Argentino de Derecho Comercial y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1986), en las Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales (Buenos Aires, 1986), en la I Conferencia Internacional sobre la Unificación del Derecho Privado en la Argentina (Tucumán, 1987), en las III Jornadas de Derecho Civil de la Provincia de La Pampa (Santa Rosa, 1991), en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial (Junín, 1994), en la XIII Conferencia Nacional de Abogados (Jujuy, 2000). Las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) consideraron que "no existen diferencias sustanciales entre contratos civiles y comerciales".

La unificación también fue llevada a cabo por varias legislaciones: Unión Soviética (1964), Madagascar (1966), Senegal (1967), República de Mali (1987), Paraguay (1987), Cuba (1988), así como por los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular China (1987) y la reforma del año 2006 al Código Civil de Vietnam de 1995.

10. Para determinar si la unificación se ha producido -aunque no resulte de legislación específica- es una tarea útil explorar si, en un determinado sistema jurídico, se dan los indicadores que destaca Rotondi [7]. Ellos son la incorporación al Código Civil de los principios propios de los contratos comerciales -por ejemplo, la doctrina de la apariencia, la fuerza jurígena de los usos, la interpretación conforme a la buena fe-probidad, la mora automática, la

cláusula resolutoria tácita, la admisión del anatocismo, ahora resultante de la ley 23.928-; el sometimiento del concurso de los no comerciantes a igual procedimiento que el aplicado a los comerciantes, y la sujeción al juez mercantil; los particularismos de la legislación de la navegación; la generalización de los títulos-valores. Quienquiera que conozca el sistema de la legislación argentina advertirá fácilmente en qué gran medida esta comercialización del derecho civil fue receptada por la ley 17.711; el concurso de los no comerciantes fue sometido a igual procedimiento que el aplicado a los comerciantes (art. 2º, ley 24.522), y fue sujeto también al juez mercantil (art. 43 bis, decr. ley 1285/58, según ley 22.093); la legislación de la navegación se independizó; se generalizó el empleo de los títulos-valores; el Código de Comercio quedó reducido a unas pocas disposiciones, sepultadas por una multitud de leyes especiales, y con escaso ámbito de vigencia.

La unificación del derecho civil y del derecho comercial propiciada por el Tercer Congreso se ha producido, pues, hace mucho en el *derecho vivo* -esto es, *"el que prescinde de fórmulas jurídicas muertas"* aunque las conserven las leyes [8]-, y está en vías de dejar de ser una *vexata quaestio* para los juristas.

11. De alguna manera, el Código de Comercio de 1859 -anterior al Civil- importó un principio de unificación de ambas ramas, por cuanto debió intercalar disposiciones propias del derecho civil, ante la falta de un código específico de esta materia; en la nota de presentación de ese Código sus redactores, Vélez Sársfield y Acevedo, expresaron: *"No podíamos hablar, por ejemplo, de consignaciones, sino suponiendo completa la legislación civil sobre el mandato; era inútil caracterizar muchas de las obligaciones mercantiles como solidarias, si no existían las leyes que determinaran el alcance y las consecuencias de ese género de obligaciones"*. También se puede considerar que el Código de Comercio de 1889 brinda cierta base de reunificación, pero a la inversa: ya no incluye normaciones civiles, pues existían en el Código Civil; pero se remite a éste y, como se expresa en el informe de la Comisión Reformadora de 1889, "la falta de un Código Civil obligó a los autores del Código de Comercio [se refieren al de 1859] a introducir en éste numerosos títulos y disposiciones sobre materia civil que era forzoso suprimir después de la sanción de aquel Código. Queda así el Código Civil como la regla general que rige al comercio mismo en los casos no previstos especialmente por la legislación comercial", pues "en el estado actual de la evolución jurídica no creemos conveniente independizar por completo la legislación mercantil".

Desde hace un cuarto de siglo se está intentando plasmar legislativamente la recomendación del Tercer Congreso de elaborar un cuerpo único de reglas sobre obligaciones y contratos.

En 1986, la Cámara de Diputados de la Nación creó una Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial, que encomendó la redacción del correspondiente proyecto a una Comisión Especial Honoraria [9], que definió un criterio para la unificación y propuso el remozamiento del sistema vigente; concluyó su tarea en abril de 1987, y la Cámara de Diputados sancionó su proyecto el 15 de julio del mismo año.

El Senado lo sometió al análisis de una Comisión Técnica Jurídica [10] y el 27 de noviembre de 1991 sancionó como ley dicho proyecto de la Cámara de Diputados de 1987, sin modificación alguna. Esta *Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial*, o *Código Unico Civil y Comercial*, tuvo registro con el número 24.032, pero el Poder Ejecutivo la vetó íntegramente mediante el decr. 2719/91.

El proyecto de Código Unico de 1987 significó, por lo pronto, instalar en el debate una serie de temas cuya discusión no era frecuente. Alineó asimismo a los juristas en la tendencia unificadora, que propició Lisandro Segovia en el siglo XIX, y que hoy parece incuestionable. Además, nunca, en la historia parlamentaria argentina, un proyecto tendiente a la reforma del sistema patrimonial del Código Civil llegó tan lejos en el trámite legislativo: un cuarto de siglo años antes, la ley 17.711 le introdujo reformas fundamentales, pero esa ley no fue dictada por el Congreso.

Posteriormente se elaboraron otros proyectos de reformas al Código Civil, tendentes a dar molde a la *Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*, que propusieron derogar el Código de Comercio e incorporar sus disposiciones al Código Civil.

Uno emanado de la denominada *Comisión Federal* designada por la Cámara de Diputados de la Nación en setiembre de 1992 [11], que en abril de 1993 propuso a la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados el texto de un Código Unico Civil y Comercial, destacando -en su nota de elevación- que se "tuvieron especialmente en cuenta los proyectos de reforma del Código Civil realizados hasta la fecha, entre ellos el de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987", y que "también se consideraron con especial cuidado las opiniones doctrinarias vertidas con relación al expresado proyecto de unificación, en congresos jurídicos, incluso internacionales, en publicaciones especializadas y demás opiniones autorales"; tampoco "resultó ajeno a esta comisión el análisis de la doctrina y legislación comparadas y de la jurisprudencia" y, además, fueron atendidas "las expectativas de armonización legislativa que ha generado el Mercosur". Ese Proyecto tuvo sanción de la Cámara de Diputados el 3 de noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado, pero no fue llevado al recinto.

Otro proyecto fue elaborado a instancias del Poder Ejecutivo por una comisión especial [12], y su texto fue remitido al Senado de Nación con el mensaje número 1622/93, pero tampoco fue tratado.

Por decr. 685/95 el Poder Ejecutivo Nacional designó una comisión honoraria a la que encargó "el estudio de las reformas que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal", y "proyectar la unificación del derecho privado" así como "su reforma y actualización, de manera integral". Su tarea culminó con el denominado *Proyecto de Código Civil de 1998* [13], señalando la "clara conciencia" de "la necesidad de su modernización", la cual "no requiere mayor fundamentación", pues "ya en 1894, hace más de 100 años, Lisandro Segovia consideró 'urgente emprender' una reforma del Código Civil, 'porque Freitas y Aubry y Rau, fuentes principales del mismo, escribieron hace cerca de 40 años' (de 1856 a 1860)". El Proyecto fue enviado a la Cámara de Diputados, que en marzo de 1999 lo puso a estudio de su Comisión de Legislación General.

Por Resolución N° 1710/2008 el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación creó una nueva comisión para elaborar un proyecto de "reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio" [14].

12. La unificación del derecho privado argentino -a través de un código común- también implica tomar posición en un tema controvertido: el atinente al papel que corresponde a los códigos frente a la proliferación de leyes especiales. A veces se afirma la existencia de un proceso de *descodificación*; aunque, en realidad, sólo se trata de una redefinición de la función de los códigos: por cierto, ya no abarcan la regulación de la totalidad de la vida social, pero siguen siendo el receptáculo de los principios generales del sistema, los indicadores de su clima, en tanto las leyes especiales (los denominados *estatutos particulares*) funcionan como *addenda* y *errata* de los códigos, al introducirles agregados y correcciones [15].

Además, los estatutos demuestran la existencia de un camino de dos vías, puesto que suelen diluir los efectos de la incorporación al derecho común de principios mercantiles: así, por ejemplo, la exigencia de autorregulación de los comerciantes es contenida por la expansión de las reglamentaciones del contrato para cuidar de los intereses del consumidor; la máxima libertad de formas tiene como contrapartida cierto renacimiento del formalismo tendiente a la debida información de los particulares; la celeridad del comercio es limitada por la existencia de contratos en los que la ley pone el consentimiento *en ralenti* como una *protección contra las tentaciones* [16]. La plena fuerza obligatoria del pacto, en suma, sufre importantes restricciones derivadas de la tensión del diálogo jurídico entre fuertes y débiles, entre expertos y profanos.

Cuando estalla la revolución industrial y el comercio se masifica "el comercio varía día a día" pero "no hay tiempo para dictar nuevos códigos, pues mientras las comisiones estudian cómo lograr una nueva codificación, el Código sigue siendo modificado por partes". Los códigos de Comercio, en definitiva, "quedan literalmente descuartizados" [17]. Así ha sucedido en

Argentina: en la Introducción a las Notas Explicativas del Proyecto de Código Unico de 1987 fue señalado que "lo que hoy se conoce como Código de Comercio es, principalmente, la presentación conjunta de una variedad de leyes especiales". Sólo las une la encuadernación.

Pero entonces se produce la *resurrección* del derecho comercial, aunque "en una nueva forma, aún más fuerte que antes", pues "sus reglas ya no están necesariamente en un Código de Comercio, sino que ahora se incorporan al Código Civil y éste deja sus antiguas vestiduras: al igual que ciertas costumbres bárbaras se incorporaron a la civilización occidental y viven aún hoy habiéndose puesto el nuevo ropaje de la cultura occidental, así el derecho mercantil, con ropaje civil, se ha impuesto en las nuevas sociedades", bajo la forma del denominado *derecho privado*, o *derecho privado patrimonial*. Se ha producido la *comercialización* del derecho civil -antes bien que la *civilización* del derecho comercial-, en razón de *"la masificación de la nueva sociedad, en la que todos o casi todos actuamos en las actividades mercantiles, tomadas éstas en su sentido más genérico, es decir, como actividad económica"* [18].

En la nueva categoría del *derecho privado patrimonial* se ha producido la *"publicización del derecho privado merced a una lenta penetración de las ideas sociales y a la progresiva intervención del Estado en el ámbito de actuación que tradicionalmente venía reservado a la autonomía privada"*, y *"el derecho privado y el derecho público se relacionan e influyen recíprocamente en este tema hasta tal punto que raro es el sector o parcela de la problemática jurídica cuyo tratamiento exija sólo normas de uno u otro carácter"*, por lo cual *"el derecho mercantil tiene que ser sustituido por un derecho privado del tráfico económico"* [19].

13. En Europa está en plena gestación el proceso de unificación del derecho de contratos de los distintos países, incluyendo, los civiles y los comerciales.

En 1972 el profesor Harvey McGregor concluyó la preparación de un proyecto de Código de Contratos, el *Contract Cod*e [20], que fue difundido en Europa Continental en el Coloquio de Pavía del 20-21 de octubre de 1990 [21].

La Academia de Jusprivatistas Europeos [22], con sede en la Universidad de Pavía, fue fundada el 9 de noviembre de 1992 con el propósito de contribuir *"a la unificación y a la futura interpretación y aplicación del derecho privado en Europa, en el espíritu de las convenciones comunitarias"*. Elaboró el anteproyecto del Código Europeo de Contratos, *"un cuerpo de reglas y soluciones, no de principios"* [23], coordinado por el profesor Giuseppe Gandolfi; la primera parte del anteproyecto (Contratos en general) fue dada a conocer en 1997 y publicada en 2001 [24]. Se propuso redactar un "Código *nuevo*, cuyo texto y contenido estén en armonía con las circunstancias socio-económicas actuales", cuyo doble esquema de base resulta, por una parte, del *Contract Code* de McGregor y, por la otra, del Libro IV del Código Civil italiano de 1942, que fue elegido por *"su posición intermediaria entre los dos filones jurídicos del continente (francés y alemán)"* y porque *"está más próximo al derecho inglés"* por *"la época en que ha sido redactado y la unificación que ha sido efectuada entre derecho civil y derecho comercial"* [25].

El 26 de mayo de 1989 el Parlamento Europeo encargó la redacción de un Código Europeo de Derecho Común de Contratos a la *Commision on European Contract Law*, presidida por el profesor Ole Landö -del Departamento de Derecho de la Escuela de Negocios de Copenhague-, señalando como modelo al Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1927, que fue el antecedente del Libro IV del Código Civil italiano de 1942 [26]. Su labor se plasmó en los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, dados a conocer a partir de 1995 [27], que "tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del derecho de los contratos en la Unión Europea" (art. 1:101 [1]) y "pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable" (art. 101 [4]). Rigen solamente "cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos", o "hayan convenido que su contrato se rija por los 'principios generales del derecho', o la 'Lex Mercatoria'" (art. 101 [2 y 3]).

Con mayor extensión geográfica, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, que elaboró la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional o CNUDMI [28], y fue aprobada en Viena el 11 de abril de 1980, también

provee una legislación común. La Convención entró en vigor el 1º de enero de 1988, al 1º de enero de 2008 se aplicaba en 70 países, y al 1º de enero de 2010 se aplicará en 73.

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit [29] (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), con sede en Roma, fueron dados a conocer en 1994 y tienen como objetivo, según su Introducción, "establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados"; a cuyo fin -conforme a su Preámbulo- "establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales", que pueden tener virtualidad como "principios generales del derecho" o como "*Lex Mercatoria*", "servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional" o "para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales" [30]. Los Principios también pueden ser utilizados por los tribunales para fundar sus sentencias [31]. Para su elaboración fueron tomados en cuenta, entre otros, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, el *Uniform Commercial Code* y el *Restatement of Contracts 2nd*, los códigos civiles holandés y quebequés de 1992, la Ley de Relaciones Económicas con el Exterior de la República Popular China de 1985 [32]. Unidroit presentó una segunda versión de los Principios en el 2004 [33] y está preparando la tercera.

14. Desde mediados del siglo XX aparece un nuevo componente central del sistema: el consumidor, cuya relevancia es notablemente creciente.

En el Informe de la Comisión Europea "Un mercado único para los ciudadanos" del 21 de febrero de 2007 se afirma que la política de los consumidores de la Unión Europea ocupará un lugar preponderante en la próxima fase del mercado interior [34]. El Parlamento Europeo dictó el 23 de marzo de 2006 una Resolución sobre "El derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro" [35], en la cual pidió a la Comisión, entre otras cuestiones, que distinga, cuando proceda, entre las disposiciones jurídicas aplicables al sector empresarial y las aplicables a las relaciones entre empresas y consumidores, y que las separe sistemáticamente, teniendo en cuenta "el principio fundamental de la libertad de contratación, especialmente en el ámbito de las transacciones entre empresas" así como "el modelo social europeo con motivo de la armonización del derecho contractual". Le señaló también que el derecho a desarrollar "no sólo debe ser aplicable a las transacciones jurídicas entre empresas, sino también a las que se establecen entre empresas y consumidores" y que "el término 'empresa' cubre más que las relaciones entre grandes empresas e incluye a las pequeñas empresas (incluso a las de una sola persona) que, a menudo, requieren contratos especialmente adaptados a sus necesidades que tengan en cuenta su vulnerabilidad relativa (*relative vulnerability*) a la hora de celebrar un contrato con las grandes empresas".

15. Las relaciones entre los consumidores o usuarios y los proveedores de cosas y servicios estuvieron tradicionalmente sometidas al derecho comercial, por aplicación de las teorías de los actos de comercio objetivos y de los actos unilateralmente mercantiles. Tal sumisión venía a significar -como vimos- un privilegio de los intereses sectoriales de los comerciantes, concepto que ahora es abandonado al proteger los intereses propios de los consumidores o usuarios *"mediante un nuevo régimen de contratos"* [36]. A esto se llega por vía de un sistema autónomo que, en cuanto derecho privado, sin ser ni derecho comercial ni derecho civil, toma lugar entre ambos [37], es de carácter interdisciplinario o multidisciplinario [38], está armado sobre una pluralidad de regulaciones -porque una ley única sería *"inviable desde el punto de vista técnico jurídico"* desde que la cuestión *"afecta a una gran parte del ordenamiento"* [39]-, y en el cual *"la intervención legislativa y la administrativa se encuentran en una condición de recíproca complementariedad"* [40].

El derecho de las relaciones de consumo cruza transversalmente el sistema, sus principios son prevalentes (art. 3º, ley 24.240 según ley 26.361) y tiene la energía de la legislación de orden público (art. 65, ley 24.240). Además, *"si bien puede considerarse que la protección del consumidor se refiere fundamentalmente a la protección del individuo particular en el*

mercado, no puede agotarse ahí" pues, *"de hecho, lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en protección del individuo particular"* [41]. Tanto es así que las soluciones propias del derecho del consumidor se trasladan al derecho común: el Código Civil quebequés de 1991 incluye disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (arts. 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469); el Código Civil holandés de 1992 regula pormenorizadamente las condiciones generales de contratación (Lº 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad por productos (Lº 6, arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Lº 6, arts. 194 a 196); el Código Civil peruano de 1984 regula los contratos "por adhesión" y los sujetos a "cláusulas generales de contratación" (arts. 1390 a 1401); el Código Civil paraguayo de 1987 se ocupa de los contratos por adhesión con cláusulas leoninas (art. 691); el Código Civil brasileño de 2002 regula los contratos celebrados por adhesión (arts. 423 y 424) [42].

16. Hace 40 años Garrigues atribuía al *"Derecho mercantil un pasado lógico y armonioso, un presente muy confuso y un porvenir bastante incierto"* [43]. Años después, en la conferencia de clausura de las Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Mercantil (Madrid, mayo de 1979) [44], advirtió que *"aquel cuerpo compacto de normas mercantiles que regían la profesión de los comerciantes y fueron reunidos en los códigos de Comercio, se va diluyendo, sin evaporarse",* pero que el derecho mercantil "sigue vivo y robusto" como *"Derecho de la actividad económica de los empresarios y de los no empresarios o como derecho del mundo de los negocios".*

Actualmente hay claro consenso respecto de la unificación de las obligaciones civiles y comerciales que propició el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, y también ha sido superada la discusión acerca de si esa unificación quita entidad al derecho comercial.

Hoy el tema central es otro: establecer cómo se articulará el nuevo sistema de reglas y de principios, y cuál será el perfil en ese sistema del derecho civil y el derecho comercial que conocemos -unificados o no-, ante la irrupción expansiva del derecho de las relaciones de consumo.

NOTAS:

[1] J. Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1972, t. I, pág. 26.

[2] I.E. Aidar, "La costumbre en los países de tradición romanista y en el *common kaw*", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sección Teoría General*, Nº 27, Buenos Aires, 2007, pág. 118.

[3] C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1893; *Tratado de derecho mercantil*, trad. de la 5ª ed. italiana de C. Silió Belena, Madrid, 1932, pág. 44.

[4] *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil, Année 1948-1949*, París, 1950, pág. 107.

[5] *Ibid*., pág. 105. Léon Mazeaud observó que *"deviene indispensable hacer un libro común de las obligaciones y contratos, pues todos los contratos o casi todos son mixtos".*

[6] *"En la actualidad las costumbres comerciales se han incorporado a la ley común y son obligatorias para todos los ciudadanos, sean comerciantes o no"*: J.W. Smith, *A Compendium of Mercantile Law*, London, 1906, pág. LXXXII, cit. en Vivante, Introducción a su *Tratado de derecho mercantil*, pág. 29, donde reproduce su clase inaugural de 1892 en la Universidad de Bologna sobre "La autonomía del Código de Comercio" (*Annales de Droit Commercial français, étranger et international*, vol. 7, París, 1893).

[7] M. Rotondi, "Lúnification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie", en *Revue Trimmestrielle de Droit Civil*, año 1968, pág. 1; "La unificación del derecho de obligaciones civiles y mercantiles en Italia", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Nº 104, abril-junio de 1967, pág. 301; A. Martín Rodríguez, *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, 2006, pág. 210.

[8] G. Santini, *El comercio. Ensayo de economía del derecho*, trad. A. Pérez de la Cruz Blanco, Barcelona, 1988, pág. 16.

[9] Compuesta por los profesores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Isabel Piaggi.

[10] Que presidió el doctor Luis Moisset de Espanés, a quien acompañaron los doctores José L. García Castrillón, Fernando J. López de Zavalía, Luis Niel Puig, Juan Carlos Palmero, Juan F. Ravignani, José D. Ray, Adolfo M. Rodríguez Saá, Mario C. Russomanno, Carlos Suárez Anzorena, Ernesto C. Wayar y Eduardo A. Zannoni

[11] Integrada por los doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitía, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor E. Solari, Félix Alberto Trigo Represas y Ernesto C. Wayar.

[12] Integrada por los doctores Augusto C. Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

[13] Que fue presentado al Ministerio de Justicia el 18 de diciembre de 1998 con la firma de los profesores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

[14] Integrada por los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Eduardo A. Zannoni, Héctor Alegría y Roland Arazi, así como por dos representantes de la Cámara de Senadores, dos representantes de la Cámara de Diputados y uno de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas.

[15] W. Geldart, *Elements of english law*, London, 1953, pág. 11; F.D: Busnelli, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1983, pág. 44.

[16] Ph. Malinvaud, "La protection des consommateurs", en *Dalloz* 1981, Chr., pág. 54.

[17] C. Torres y Torres Lara, "Nacimiento, vida, pasión, muerte y resurrección del derecho mercantil", en *Jus et Praxis*, Universidad de Lima, Nº 5, julio de 1985.

[18] C. Torres y Torres Lara, ob. y lug. citados.

[19] E. Polo, *La protección del consumidor en el derecho privado*, Madrid, 1980, pág. 23.

[20] Ver *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milán, 1994; *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commision inglesa*, trad. J.M. de la Cuesta Sáenz y C. Vattier Fuenzalida, Barcelona, 1996.

[21] P. Stein, (a cura di), *Incontro di studio su "il futuro codice europeo dei contratti, Pavía, 20-21 ottobre 1990*, Milán, 1993.

[22] http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it/

[23] P. Stein, "Preface" del *Code Européen des Contrats* (nota sig.), pág. XLIII.

[24] Academie des Privatistes Européens, *Code Européen des Contrats, Avant-projet. Coordinateur Giuseppe Gandolfi*, Livre premier, Milán, 2001; *Code Européen des Contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi*, Livre premier, 2ª ed. rev. y corr. por L. Gatt, Milán, 2004.

[25] G. Gandolfi, "Preambule" del *Code Européen des Contrats*, cit., pág. 89.

[26] Resolución A2-157/89, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 158 del 26/6/1989, pág. 400.

[27] O. Landö, (Chairman), *Principles of European Contract Law: Prepared by the Commission on European Contract Law*, New York, 1995; O. Landö, (Chairman), *Principles of European Contract Law: Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague/London/Boston, 2000; O. Landö - E. Clive - A. Prum - R. Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law: Prepared by the Commission on European Contract Law. Part III*, The Hague, 2003; *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*, trad. P. Barres Bennloch, J.M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Madrid, 2003; L. Díez-Picazo - E. Roca Trias - A.M. Morales Moreno, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

[28] Uncitral, como anagrama de *United Nations Commission on International Trade Law*.

[29] *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 1994; *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Roma, 1994; *Principi dei Contratti Commerciali Internazionali*, Roma, 1995; *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, trad. A.M. Garro, Roma, 1995; *Grundregeln der Internationalen Handelsverträge (Unidroit Prinzipien)*, Roma, 1995. Además de las versiones en los cinco idiomas oficiales, también hay traducciones en portugués (*Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000), chino, coreano, farsi, japonés, polaco, rumano, ruso, serbio, turco y vietnamita: http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm.

[30] Comentario 3.

[31] La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994) dispone que, "si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable", el tribunal "tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" (art. 9º, 2º párr.). Coincidentemente, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) declararon que "en los contratos internacionales resultan aplicables, como criterios de interpretación, los Principios de Unidroit sobre contratación internacional".

[32] M.J. Bonell, "I principi per i contratti commerciali internazionali, elaborati da Unidroit", en Bonell, J.M. - Schipani, S. (a/c.), *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996, pág. 9 y ss..

[33] http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf.

[34] *Un mercado único para los ciudadanos*, Informe intermedio de la Comisión sobre la revisión del mercado único destinado al Consejo de Europa, Bruselas, 21/2/07, COM (2007) 60.

[35] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0109+0+DOC+XML+V0//ES#def_1_5.

[36] F. Sánchez Calero, *Instituciones de derecho mercantil*, Valladolid, 1978, pág. 24.

[37] R. Houin – M. Pedamon, *Droit commercial*, París, 1980, Nº 77.

[38] La sentencia del Tribunal Constitucional español del 30/11/82 predicó "el carácter interdisciplinario o multidisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la defensa del consumidor".

[39] A. y R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 18.

[40] R. Ferrara, *Contributo allo studio della tutela del consumatore*, Milán, 1983, pág. 123.

[41] A. y R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, cit., pág. 28.

[42] El Proyecto de argentino de Código Civil de 1998 trajo soluciones específicas para los contratos predispuestos y para los celebrados por adhesión, que han sido trasegadas de la legislación del consumidor.

[43] J. Garrigues, "Derecho mercantil y derecho civil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, t. XV, 1967, pág. 431.

[44] J. Garrigues, "En torno a la reforma del derecho mercantil", en Iglesias Prada, J.L. (coord.), *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pág. 375.

CRÓNICA DE UNA FRUSTRADA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA

por ALBERTO A. NATALE

1. En diciembre de 1985 me incorporé a la Cámara de Diputados de la Nación. En ese momento presenté varios proyectos, uno de los cuales disponía declarar la necesidad de la unificación del régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, previendo la sanción de un código único de obligaciones y contratos. En el primer párrafo de los fundamentos decía que personalmente era partidario de un criterio más amplio, consistente en la unificación de toda la legislación civil y comercial, inclusive agregándole algunas cuestiones que eran reguladas por los derechos laboral y agrario. Invocaba el antecedente italiano. Pero me limitaba a proponer la unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, para aventar las disputas conceptuales existentes en la doctrina.

Recordaba que Mitre tomó la iniciativa de cumplir con el precepto del entonces art. 67 inc. 11 de la Constitución. Se mencionaba el Código de Comercio elaborado por Vélez Sársfield y Acevedo, la sanción por el Congreso en 1869 del Código Civil redactado por Vélez que se aplicaría desde 1871, así como las posteriores reformas y leyes complementarias. Mencionaba la tesis expuesta por Vivante en 1888, favorable a la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, que mantuvo durante las cuatro primeras ediciones de su *Tratado de derecho comercial* y modificó después en la 5ª edición de 1921, como recordaba el gran maestro Rodolfo Fontanarrosa. Luego refería la discusión producida en nuestro país en el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940, donde la mayoría propiciaba la unificación, llegando inclusive Mauricio Yadarola a proponer un código único de las relaciones económicas. También la Conferencia de Abogados de La Plata (1959), el Tercer Congreso de Derecho Civil de Córdoba (1961) y el Congreso de Derecho Comercial de Rosario (1969). Concluía con antecedentes más frescos y la forma de materializar la iniciativa. El proyecto puede verse en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, año 1985, páginas 2791/92.

En 1986 los diputados Osvaldo Camisar y Carlos G. Spina presentaron otro proyecto por el que se creaba en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Nación una comisión especial encargada de proyectar la unificación de la legislación civil y comercial en materia de obligaciones y contratos. Este proyecto, fundado por el diputado Camisar, hacía una extensa referencia sobre los antecedentes legislativos y los procesos de unificación que se habían producido. En su parte dispositiva contemplaba que la comisión especial a crearse designaría asesores quienes, en su momento -como se explicará- fueron los autores sustanciales de la propuesta de reforma, sin perjuicio de la intervención intensa que en las deliberaciones tuvieron algunos de los diputados componentes de la comisión.

La Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados formuló por unanimidad despacho el 6 de junio de 1986, disponiendo la creación de la Comisión de Unificación Legislativa Civil y Comercial, sobre la base de los proyectos de Natale (3.545-D-1985) y Camisar y Spina (105-D-1986). Se debe señalar que si bien ambos proyectos contemplaban sólo la unificación de las obligaciones y contratos, el despacho de la comisión se extendió a toda la materia civil y comercial. En las propuestas habíamos sido cautelosos (exclusivamente obligaciones y contratos), pero al ver la recepción que la idea había tenido entre distintos especialistas, la extendimos a la totalidad de ambos códigos, como se había pensado desde el primer momento.

Ese mismo año el despacho fue aprobado por el plenario de la Cámara de Diputados y quedó integrada la comisión especial con los diputados Osvaldo Camisar, Carlos Spina, Alberto Natale, Raúl Baglini, Oscar Fappiano, José Furque y Tomás González Cabanas. Podemos decir que el primer intento de unificación de la legislación civil y comercial, con estado parlamentario desde las discusiones académicas de 1940, comenzaba su marcha. En realidad, quien antes que nadie sugirió la cuestión en nuestro país fue Lisandro Segovia en 1889 cuando en sus *Comentarios al Código de Comercio* decía que la tendencia moderna consistía *"en hacer*

fusionar los derechos civil y comercial". Más adelante Leopoldo Melo lo sostuvo en la cátedra de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y lo propuso en 1937 en la comisión de reformas al Código de Comercio, pero el debate parlamentario recién se iniciaría muchas décadas después. Un interesante desarrollo sobre la evolución de la iniciativa en nuestro país puede verse en el prólogo de Salvador Alvarez Alonso a la edición que hizo Abeledo-Perrot, en 1987, de la sanción de la Cámara de Diputados. La edición de este libro -no fue el único, hubo otros- demuestra el interés que despertó la mera sanción del proyecto de unificación civil y comercial por sólo una de las Cámaras del Congreso. Faltaban, aún, el Senado y el Poder Ejecutivo.

2. Pero volvamos a la Cámara de Diputados. En 1986 quedó integrada la comisión especial de legisladores. Ahora había que nombrar a los juristas que los asesorarían. En verdad, quienes tendrían a su cargo el trabajo principal. La tarea era muy difícil porque, sin duda, eran muchos los posibles miembros. Además de buscar un equilibrio entre civilistas y comercialistas, se debían hacer designaciones que siempre tendrían un carácter subjetivo. Finalmente la comisión de juristas quedó formada por los doctores Héctor Alegría, Jorge H. Alterini, Atilio A. Alterini, Miguel C. Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera, Ana Isabel Piaggi.

Inmediatamente los juristas asumieron sus labores. Se reunían varios días por semana en el ámbito de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados. Las reuniones insumían prolongadas horas, además de los trabajos personales que los profesores aportaban. La dedicación tuvo una intensidad que excedió, justo es distinguirlo, las mayores expectativas que se pudieran tener. Algunos de los legisladores que integrábamos la comisión especial estábamos presentes, condicionados desde luego por otros compromisos parlamentarios.

Lo primero que se analizó fue la metodología de trabajo y el alcance de la reforma que se propondría. La cuestión era si se limitaba la proposición a unificar la legislación civil y comercial o si se aprovechaba la circunstancia para avanzar en otras reformas posibles. Primó este último criterio aunque administrado con bastante prudencia. Para ello uno de los integrantes de la comisión de juristas elaboró un proyecto de esquema de trabajo (omitimos el nombre, si bien de él se hace mención en el informe de la comisión especial, como también la ulterior incorporación de otro integrante de la comisión de expertos, para despersonalizar la exposición); decíamos que uno de los miembros elaboró un esquema que sería la base sobre la que se trabajaría, aunque recibiendo innumerables cambios producto del desarrollo de las deliberaciones. En enero de 1987 se concluyó un anteproyecto que, finalmente se terminó de reelaborar y se presentó el 27 de abril de ese año. Fue firmado por los ocho juristas integrantes de la comisión que lo había preparado. Inmediatamente, la comisión especial de legisladores, con la firma favorable de sus siete integrantes lo suscribió el 6 de mayo de 1987, elevándolo al presidente de la Cámara de Diputados, Juan Carlos Pugliese.

El proyecto incorporaba al Código Civil normas que se encontraban en el Código de Comercio, se mantenía la metodología y la numeración de artículos del Código Civil, quedando inclusive algunos sin utilizar en la inteligencia de que no entorpecerían su consulta. Se modificó la redacción de varios artículos y principalmente se reformaban numerosas disposiciones de ambos códigos, inclusive de leyes especiales incorporadas, como las de Sociedades, Concursos y Quiebras, Seguros, Navegación, Prenda Agraria, y otras más. Como principio general, el proyecto de ley disponía reformar el Código Civil y las leyes complementarias y se derogaba el Código de Comercio, cuyas normas eran subsumidas por el Civil. Se trataba, sin duda, de un ambicioso proyecto de reforma de nuestro derecho privado. El informe de la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial, contiene un amplísimo desarrollo explicativo de todos los alcances de la reforma -redactado por la comisión de juristas- que nos exime de ahondar sobre la materia, especialmente por el sentido de esta crónica (por eso su título), que persigue exponer el trámite legislativo y las vicisitudes que tuvo el proyecto. Además, la cantidad de libros, artículos, congresos, seminarios, cursos, jornadas, que se produjeron sobre el tema, conforman un material académico que no recuerdo haya merecido otro cuerpo legislativo

que quedó en proyecto, lo que nos exime de avanzar más allá de los dicho. Sí hay que resaltar el reconocimiento a los ocho juristas que en forma honoraria trabajaron con altísima solvencia intelectual y prontitud en la elaboración del proyecto.

El trámite en la Cámara de Diputados fue intenso. Los discursos de diversos diputados expusieron con amplitud y claridad los contenidos de la reforma. Intervenimos no sólo varios de los miembros de la comisión especial, sino también otros legisladores. En el Diario de Sesiones de las reuniones que mencionaré están asentadas las exposiciones. Se había aprobado realizar una sesión especial el 25 de junio de 1987 a fin de considerar el despacho de comisión. Allí comenzaron las exposiciones de los diputados. Sin embargo, por una cuestión reglamentaria (no hubo *quorum* para la sesión especial por una causa imprevista, pero después se integró y se quiso tratar el asunto sobre tablas por la aquiescencia de los dos tercios), a fin de satisfacer la voluntad de todos los miembros de la Cámara se resolvió citar a nueva sesión especial para el 7 de julio. Como a ella había concurrido el ministro del Interior, Antonio Tróccoli, para informar sobre un problema de seguridad, se postergó el tratamiento para los días 14 y 15 de julio, momento en que numerosos expositores se sumaron a los que habían informado el 25 de junio. El 15 de julio el despacho tuvo sanción por la Cámara de Diputados, y se comunicó de inmediato al Senado, donde tuvo entrada en la sesión del 6 de agosto de 1987. El primer paso estaba dado. Un año y medio después de la primera iniciativa parlamentaria se había aprobado su puesta en marcha, designada la comisión especial de legisladores, nombrados los juristas, hecho el trascendente trabajo de propuesta de reforma legislativa, formulado el despacho, debatido en la Cámara y sancionado, remitiéndose al Senado. Ahora venía otra instancia: convencer a los senadores de las bondades de la sanción de Diputados y lograr su conformidad. La tarea no era fácil pero había que afrontarla.

3. Entre los diputados y los académicos nos habíamos propuesto visitar a la mayor cantidad posible de senadores, para explicarles los alcances de la iniciativa y encarecerles su tratamiento. Bien se sabe que cuando un proyecto tiene su origen en el Poder Ejecutivo y, además, hay una fuerte voluntad política para su aprobación, la sanción es mucho más simple que cuando la iniciativa tiene origen en una de las cámaras. Con mayor razón aún si se tiene en cuenta la magnitud del proyecto. Encima, muchas veces se cruzan sanciones sobre un mismo asunto pero con diferencias normativas que son sancionadas paralelamente por la Cámara de Diputados y por el Senado, creándose verdaderos conflictos para determinar cuál es la Cámara de origen, con las ventajas que constitucionalmente esto tiene en lo referido al procedimiento para la formación y sanción de las leyes.

Así fue como comenzamos la ronda de visitas al Senado. Por mi parte, también entrevisté al ministro del Interior, en ese momento, Enrique Nosiglia, imponiéndole sobre la importancia del proyecto y transmitiendo la solicitud de que instara a los senadores de su partido para que trataran la cuestión. Pero todo resultó en vano. Tal vez la crisis económica que se avecinaba (el fin del Plan Austral y su reemplazo por el Plan Primavera), los resultados electorales de 1987, la aceleración de la inflación, la campaña electoral para las presidenciales de 1989, la hiperinflación, los resultados del 14 de mayo, la asunción anticipada del nuevo presidente el 8 de julio, marcaron momentos demasiados complicados para que el Senado se concentrara en la unificación de la legislación civil y comercial. Claro que no eran tiempos menos turbulentos aquéllos cuando Mitre le encomendó a Vélez Sársfield la confección del Código Civil, cuyo primer libro éste entrego el 21 de junio de 1865 (año del comienzo de la guerra con el Paraguay) y los libros siguientes después (1867 y 1869) , y que el Congreso sancionara el 29 de septiembre de 1869 y promulgara Sarmiento. Tan turbulentos eran unos como otros tiempos, los que no eran iguales eran los gobernantes de unos y otros tiempos.

En 1991 el senador Rubén Marín presidía la comisión de Legislación del Senado, donde estaba radicado el proyecto sancionado por Diputados. Lo visité y cambiamos pareceres sobre el asunto. Fue expeditivo ya que poco tiempo después la comisión hizo despacho favorable. El tratamiento en el Senado se realizó en las sesiones del 20 y 27 de noviembre de 1991. Fue miembro informante el senador Marín, quien defendió la propuesta, y se produjo otro importante debate. Allí Eduardo Menem ¿anticipando el veto presidencial? propuso la vuelta del

proyecto a comisión, defendiendo la reforma del Código Civil pero haciendo objeciones a la unificación. También se insertó en el Diario de Sesiones del Senado el informe que el 15 de diciembre de 1988 (tres años antes) había efectuado la Comisión Técnica Jurídica de Asesoramiento sobre el proyecto de Unificación Civil y Comercial, integrada por prestigiosos juristas y presidida por el doctor Luis Moisset de Espanes, que abarca desde la página 4.344 hasta la 4.373 del Diario de Sesiones, donde se formulan objeciones a la sanción de Diputados.

Pero finalmente ese 27 de noviembre de 1991 el Senado sancionó el proyecto como había sido remitido desde Diputados y lo comunicó al Poder Ejecutivo, cumpliendo con el rito constitucional. Otro paso estaba dado. Ahora faltaba convencer al presidente de la Nación. Quedó registrada como ley Nº 24.032, aunque nunca fue ley. El Congreso tiene la costumbre de numerar las sanciones que efectúa antes de que medie la promulgación por parte del Poder Ejecutivo.

4. La iniciativa parlamentaria de 1985 recién había quedado plasmada en el Congreso en 1991. Fue largamente discutida, primero entre los juristas de la comisión -quienes mantenían arduos debate doctrinales-, además con la intervención de los legisladores de la comisión especial, después en el plenario de la Cámara de Diputados, cuatro años más tarde en el Senado de la Nación. Interin recibió numerosos aplausos y críticas en las incontables jornadas académicas que se hicieron en nuestro país y en el extranjero. Pero, en verdad, muchos más apoyos que disensos, salvo algunos pocos artículos que -como se verá- intentamos modificar para aventar algunos cuestionamientos.

No es verdad que se aprobase a libro cerrado, como se llegó a decir. A libro cerrado se aprobó en 1859, por la Legislatura de Buenos Aires, el Código de Comercio redactado por Vélez Sársfield y Acevedo, gracias a la fuerza de Sarmiento, y a pesar de la enorme oposición de los abogados encabezados por Amancio Alcorta, como a libro cerrado después lo adoptó la Nación en 1862. A libro cerrado se aprobó el Código Civil de Vélez, cuyo libro tercero éste entregara poco días antes de su sanción legislativa. No fue así con la unificación del derecho privado de 1991.

Pero algo, importante por cierto, estaba ocurriendo en el país. El 27 de marzo de 1991 se había sancionado la ley 23.928 (llamada Ley de Convertibilidad), promulgada por el Poder Ejecutivo ese mismo día y publicada en el Boletín Oficial el día siguiente. Ella prohibía todas las indexaciones que, hasta ese momento, a partir de 1970, se habían transformado en principio general de las obligaciones, dejando atrás las viejas disputas entre deudas de valor y deudas de dinero (nota de Vélez al art. 619). Desde 1991 todas las obligaciones se atenderían en la cantidad por la que fueron pactadas. El Senado omitió esta situación legislativa, anterior a la sanción de la numerada ley 24.032 (unificación civil y comercial) y aprobó el proyecto como había sido redactado, siguiendo la consolidada jurisprudencia -hasta ese momento- de la actualización de los créditos por la inflación.

Esto le dio fundamento al Poder Ejecutivo para vetar el proyecto de ley 24.032. El 23 de diciembre de 1991 dictó el decr. 2719/91, publicado en el Boletín Oficial el 2/1/92, por el que observaba totalmente la sanción del Congreso. Invocaba, como se dijo, la promulgación de la ley 23.928, como así también diversas cuestiones normativas que se habían criticado al proyecto. El intento de la modernización más importante que se propuso hacer a nuestro derecho privado caía en saco roto.

5. En el afán de salvar el valiosísimo trabajo realizado, pero receptando no sólo las previsiones de la Ley de Convertibilidad sino también algunas de las objeciones que entendimos más importantes que se habían formulado al proyecto, Jorge R. Vanossi y yo presentamos en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que disponía: Art. 1º: “Recházace el veto formulado mediante el decreto 2719 -23/2/91- por el Poder Ejecutivo de la Nación a la sanción de la ley 24.032, de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación”; Art. 2º: “Confírmase la sanción original del texto indicado en el artículo anterior, aceptándose las observaciones del

Poder Ejecutivo solamente en relación con las normas contenidas en los artículos 514, 619, 621, 623, 624, 1025, 1113, 1197, 1198, 1625, 1993, 2176, 2297, 3210, 3879 y 3880, todos ellos del Código Civil". Los otros dos artículos eran de forma.

Para su elaboración consultamos la opinión de los miembros de la comisión de juristas, quienes colaboraron con nosotros para precisar qué artículos de la reforma admitirían el veto -en este caso, veto parcial- del Poder Ejecutivo, que no se circunscribirían solamente a aquellos vinculados con la Ley de Convertibilidad sino que se extenderían a los que recibieron mayores cuestionamientos en los ambientes doctrinarios. Este proyecto lamentablemente no llegó a tratarse por la Cámara. Sin hacer parangones, también Vélez Sársfield recibió fuertes críticas por el Código de Comercio (que parece que redactaba Acevedo en Montevideo y los fines de semana mandaba a Buenos Aires para que Vélez corrigiera los borradores) y por el Código Civil. Hoy todos le rendimos homenaje al gran maestro, no sólo del derecho privado sino también del derecho público, como lo demostró en la Convención del Estado de Buenos Aires en 1860.

El proyecto de ley que presentamos con Vanossi, rechazando el veto y aceptando algunas de sus observaciones, entiendo que salvaba las principales objeciones que se pudieron hacer al proyecto, el que durante cuatro años había estado sometido a un amplísimo debate, desde su sanción en Diputados en 1987 hasta la aprobación definitiva en el Senado en 1991. A nadie escapa que es imposible lograr coincidencias plenas entre la infinidad de juristas que opinaron en todos los foros que hubieron. En la misma comisión (formada, recordemos, por Alegría, Atilio y Jorge Alterini, Araya, De la Vega, Fargosi, Le Pera, Piaggi) fueron muy fuertes las discusiones. En el plenario de las dos cámaras lo mismo. Pero la objeciones sustanciales fueron atendidas y siempre en la inteligencia de que la conformidad plena es imposible. Desde la iniciativa de 1985 hasta hoy han pasado veinticuatro años. Desde la sanción definitiva por el Congreso y el veto del Poder Ejecutivo dieciocho, después se han hecho varios intentos, tanto de unificación de la Legislación Civil y Comercial como de reformas al Código Civil. Inclusive se propuso un Código Civil absolutamente nuevo, distinto del de Vélez. Diversas comisiones han trabajado en el ámbito del Ministerio de Justicia, pero nunca llegaron a tener estado y debate parlamentario. Inclusive, en la reforma de 1994 se agregó a la Constitución Nacional al ahora inc. 12 del art. 75 sobre atribuciones del Congreso, cuando se refiere a su potestad de dictar los códigos, la expresión "en cuerpos separados o unificados", para disipar cualquier duda e implícitamente afirmar la voluntad constitucional de la unificación. Sin embargo, como se dijo, nunca se estuvo tan cerca de unificar y modernizar nuestro derecho privado como cuando se sancionó por el Congreso el proyecto que comento.

Se perdió la oportunidad de lograr una transformación importante en nuestra legislación. Vaya a saber por cuanto tiempo, porque el grado de avance que se había logrado no parece que se pueda alcanzar tan fácilmente. Bueno, llevamos malbaratadas tantas oportunidades en la Argentina, no ya jurídicas, que ésta es una más.

NOTAS:

LA UNIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR LAS DIVERSAS JURISDICCIONES SEGÚN SU COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

A propósito de una ponencia de Rodolfo Rivarola presentada en el Primer Congreso de Derecho Civil

por José Raúl Heredia

SUMARIO: I. Introducción. II. Tratamiento en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. III. Tratamiento en la Comisión de Reformas. IV. El doctor Rodolfo Rivarola. Proyecciones de su pensamiento unitario en relación con la atribución 12 del artículo 75 C.N. V. El pensamiento de Rivarola en la IV Conferencia Nacional de Abogados [Tucumán, 1936]. VI. La opinión de Alberto Gaspar Spota. VII. La opinión de Fernando de la Rúa. VIII. La cuestión en los congresos de derecho procesal. IX. Nuestras reflexiones

I. Introducción

En las Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil [1], consta que el doctor Rodolfo Rivarola remitió una nota [2] con una proposición que fue considerada en el Tema II, "Método del Código Civil", aun cuando su autor advirtió: *"No sé si corresponde, a alguno de los temas enumerados en el Programa, el punto sobre el cual entiendo que habría conveniencia en allegar algunas opiniones"*.

Esa proposición fue la siguiente:

"Artículo.....

La interpretación de los códigos nacionales y la declaración de los principios de derecho supletorios del silencio de la ley, serán fijados por la Corte Suprema de Justicia Nacional mediante recurso de estricto derecho, sin decisión de pleito o caso particular si éste fuese de su competencia".

Nos detendremos en esta propuesta porque ella ha tenido otras manifestaciones posteriores en la doctrina -tanto en el ámbito del derecho sustancial cuanto en el procesal- y trataremos de subrayar algunos aspectos que quedan involucrados, así como la evolución que se ha registrado en el tema.

II. Tratamiento en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil

1. El doctor Rivarola sostuvo en su nota que la Constitución le confirió al Poder Judicial el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la misma y por las leyes de la Nación "con la reserva hecha en el inciso 11 del art. 67". Esta reserva, señaló, debe ser respetada hasta donde el texto citado lo impone, esto es, hasta la *aplicación de los códigos* en la decisión de las causas.

Añadió: *"La práctica jurídica revela dos situaciones regulares o comunes, bien diversas entre sí, en la decisión de los pleitos: la una es el necesario pronunciamiento sobre los hechos que motivan la controversia judicial; la segunda es la aplicación de la ley o del principio de derecho aplicable al caso, y que se da por conocido sin duda ni error alguno.*

"De estas dos situaciones surgen de modo excepcional otras dos, que para mejor explicación pueden expresarse en forma interrogatoria [3]: 1°) ¿Ha sido bien aplicada la ley al hecho probado? 2º) ¿Cuál es la ley, o sea, en qué sentido deberá entenderse? o también en otros términos ¿cuál es su exacta interpretación?".

En decisivo señalamiento, adujo que no podía negarse que en esta última situación no se tratará ya de la decisión del pleito *conforme a la ley conocida*, sino del *conocimiento de la ley*, independientemente de juzgar su aplicabilidad a los hechos del pleito. Y arribó a la medular justificación de su postura: "Si la *aplicación del derecho* no interesa a la unidad de la ley, que permanece íntegra en sus preceptos, la interpretación corresponde y afecta a la unidad de la ley.

Si quince jurisdicciones de las llamadas ordinarias, más cuatro que terminan en cámaras federales sin recursos para la Corte, están llamadas a pronunciarse en última instancia, sobre controversias de derecho, es indispensable admitir que la unidad del derecho civil para toda la nación está en riesgo de muy diversas interpretaciones".

Entonces, surge esta distinción: una cosa es la *aplicación de la ley*, propia de cada jurisdicción -federal o provincial- y otra es la *interpretación de la ley*, que es del todo necesario unificar. De donde, los jueces de cada jurisdicción aplicarían la ley conforme el sentido que le acuerde la casación nacional. Ha de tenerse en cuenta que el autor de la ponencia, expresamente desarrolló sus argumentos bajo este título: *"La unidad de la ley civil perturbada por la organización judicial"*.

Y, bajo este otro: *"Necesidad de un recurso para mantener la unidad de la ley civil"*, aseveró: *"La jurisdicción de la Corte argentina no puede ser limitada a los casos de la Corte de Estados Unidos dada la fundamental diferencia entre las materias de legislación propias al Estado Nacional y de las jurisdicciones locales que media en la comparación de los dos países. La ley del 14 de septiembre de 1863 y su complementaria y reformadora, la N° 4055, no impiden la creación del recurso estricto de derecho que propongo en el adjunto proyecto. Admitida la posibilidad de este recurso sólo quedará por proponerse la ley de su reglamentación que podrá agregarse al proyecto de reformas"*.

De modo tajante, sostuvo: toda ley civil supone una administración de justicia que deberá aplicarla. Toda aplicación supone a su vez unidad de interpretación o entendimiento. Aquélla exige una jerarquía judicial que termine en un tribunal supremo, y se pronuncie sobre la variedad y con ella la incertidumbre sobre el sentido de interpretaciones de la ley, que resulta de sus aplicaciones por el criterio individual de diversos jueces o tribunales. Así, la inteligencia de la Constitución y leyes nacionales, en controversias de casos particulares, está librada en último término a la Corte Suprema de Justicia Nacional. La de las leyes particulares de cada provincia, está librada, también en último término, a los tribunales supremos de las provincias.

Los códigos nacionales dictados por el Congreso, argumentó que, *se encuentran en la condición excepcional de carecer de autoridad suprema en el orden judicial, que decida entre dos interpretaciones posibles de una misma ley*.

Concluyó la nota de remisión de la ponencia con estas reflexiones: *"Dirigiéndome a un Congreso de Juristas no necesito insistir sobre las consecuencias de esta situación, contradictoria con la unidad de los regímenes de la familia, de la propiedad, de los contratos o de las sucesiones, implicada en la unidad de códigos prescripta por la Constitución*.

"Es conocida la insistencia con que de tiempo en tiempo se indica la necesidad de un recurso de casación, lo cual lleva al supuesto de que sería necesario reformar la Constitución. La objeción es válida para un recurso en el cual el tribunal supremo debería pronunciarse sobre la aplicación al caso particular. Entiendo que no sería válida cuando el tribunal supremo debiera decidir entre dos interpretaciones del derecho discutidas en un caso, reservándose para el tribunal local la aplicación conforme a la declaración del texto y sentido preciso de la ley.

"Con este pensamiento he formulado como anteproyecto destinado a mayor deliberación, un artículo que tendría lugar en los Títulos preliminares, y que me permito enviar ante la posibilidad de que se estime que pueda comprenderse en el tema II".

2. El informante de los despachos, Dr. Lafaille, luego de advertir que la Comisión se había encontrado con una serie de trabajos "que se vinculan más o menos directamente con el tema propuesto", reseñó la ponencias presentadas, y, al referirse a la del Dr. Rivarola, destacó: *"Por fin, el Dr. Rodolfo Rivarola preconiza con su autoridad científica se instituya en el orden nacional una corte de casación sobre el modelo ya existente en la provincia de Buenos Aires, problema de innegable actualidad y que permitiría unificar la jurisprudencia, pero que excede sin duda, al programa que nos hemos trazado"*. Ante este panorama, que planteaban igualmente otras propuestas, añadió que la Comisión dividió el despacho en dos, leyendo el texto de la segunda parte, que decía: *"Al pronunciarse respecto de los trabajos presentados por los Dres.*

Rodolfo Rivarola, Cirilo Pavón y Jorge Pasquini López, dada la índole de este Congreso y para su más detenido examen, se recomienda a la Comisión Ejecutiva tomar en cuenta las conclusiones propuestas, tanto las relacionadas directamente con el tema (la técnica de la revisión), como las que plantean interesantes puntos de vista en el orden filosófico o procesal".

Este tema, vinculado con el proceso civil, fue abordado, como se verá, en el seno de los congresos nacionales de derecho procesal específicamente. Pero es menester detenerse en el pensamiento del Dr. Rivarola, quien incluyó un texto en su "Primer Anteproyecto de Título Preliminar", semejante al trascripto, en el seno de la Comisión de reforma al Código Civil. La influencia ha sido decisiva y se proyectó, por ejemplo, en el Código Penal. Esta influencia, desde un pensamiento unitario, tal como hoy es señalada por algunos autores, suponía detraer a las provincias competencias que les son propias.

III. Tratamiento en la Comisión de Reformas [4]

1. Habremos de recordar que Rivarola integró la Comisión de juristas designados por el Poder Ejecutivo [5] como él mismo lo destacó en la nota de remisión de su ponencia al Primer Congreso de Derecho Civil: *"Recibida esta invitación en mi calidad de miembro de la Comisión Revisora del Código Civil, más que colaborador en los trabajos del Congreso, aprovecharé de los mismos como importante contribución para mis propios juicios respecto de las reformas convenientes en nuestra legislación".*

Es así que Rivarola contempló la siguiente disposición en el art. 6º de su "Anteproyecto": *"La interpretación de los códigos nacionales y los principios de derecho supletorios del silencio de la ley, serán fijados por la Corte Suprema de Justicia Nacional mediante recurso de estricto derecho, sin decisión de pleito o caso particular si éste fuese de su competencia*". Es dable señalar una leve diferencia con la ponencia antes citada: falta aquí, *"... la declaración de..."* [6].

2. Hemos de agregar que él propició, tanto en el "Primer Anteproyecto" mencionado cuanto en el "Segundo Anteproyecto de Reformas para los Títulos Preliminares", igualmente presentado al seno de la Comisión, en el *Título Preliminar*. Disposiciones Generales, Capítulo Primero "Autoridad del Código Civil", el siguiente art. 1º:

"Este Código es parte de la Ley Suprema de la Nación. No tendrán efecto contra sus disposiciones: 1) las leyes especiales del Congreso, salvo derogación expresa; 2) las cláusulas de un tratado con nación extranjera, salvo derogación expresa; 3) las constituciones y leyes provinciales".

Adujo Rivarola [7]: *"... interesa, en primer lugar, fijar la autoridad de este cuerpo de leyes en relación a las demás que emanan del Poder Legislativo de la Nación o de las legislaturas provinciales; luego establecer las reglas que deben ser observadas por los jueces y tribunales a quienes compete la aplicación de las leyes, y por último las reglas para la aplicación particular del Código mismo y la manera de contar los intervalos del derecho"* [8].

Agregó: *"(...) En la organización argentina, la diversidad de autoridades de las cuales emanan las leyes -Congreso o* ***Convención Constituyente****- Poder Legislativo Nacional y legislaturas provinciales- ha suscitado controversias de interpretación y de doctrina y aun errores que fueron con el tiempo disipados. Baste recordar el hoy definitivamente abandonado, según el cual la legislación de* ***fondo*** *corresponde al Congreso Nacional y la de* ***forma*** *a la legislación provincial". "Estas distinciones no están ni estuvieron nunca en el texto de la Constitución ni en su espíritu..." (...) "Las frases* ***de fondo*** *y* ***de forma*** *tuvieron, aun en la enseñanza del derecho importancia tal que se llegó hasta separar del Código Civil, en los cursos y programas, numerosas prescripciones 'de forma' que se incorporaron en los cursos de procedimientos".*

Hay que destacar que, de un modo algo contradictorio, sostuvo Rivarola: *"El Código Civil es una ley ordinaria, no una ley fundamental"* [9].

4. Héctor Lafaille y Raymundo M. Salvat, en nota dirigida al presidente de la Comisión (Repetto), destacaron que ellos habían coincidido en las observaciones *a los anteproyectos presentados por los señores vocales doctores Bibiloni y Rivarola* respectivamente, y que acompañaban una breve memoria para dejar constancia de su opinión. Y en lo que nos interesa recordar aquí, dijeron: *"En cuanto al anteproyecto del doctor Rivarola, consideramos que su pensamiento central consiste en atribuir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de fijar en definitiva el alcance de las reglas contenidas en los códigos y por consiguiente, las de orden civil. Por bien inspirado que nos parezca dicho propósito en el sentido de unificar la jurisprudencia, no lo juzgamos compatible con las normas constitucionales que determinan la esfera de aquel tribunal; de suerte que ello exigiría una reforma que escapa al cometido que se nos ha confiado (arts. 100 y 101)".*

IV. El doctor Rodolfo Rivarola. Proyecciones de su pensamiento unitario en relación con la atribución 12 del art. 75 C.N.

Nos parece del todo necesario memorar el pensamiento del doctor Rivarola porque él nos revelará el alcance de su postura. Fue un jurista con protagonismo en el derecho argentino, que proyectó su influencia decisiva en la legislación, especialmente en el Código Penal de 1921 según anticipamos.

1. Se llamó a sí mismo, *"modesto escritor de derecho penal"*. Escribió: *"Modesto escritor de derecho penal, llevado por el ejercicio activo de la profesión de abogado, y los deberes de una suplencia de derecho civil, a fijar mi atención durante varios años en el Código, no tengo ni podría tener la pretensión de corregir las imperfecciones de conjunto y detalle de la obra del doctor Vélez, impuesta a la admiración de los más competentes. He creído, apenas, que podría ser de alguna utilidad en cuanto al detalle de las disposiciones, repetirlas, no en su texto preciso, sino en la forma en que las entiendo más fácilmente; colocadas y agrupadas en el orden que mejor condice con las aptitudes medias de la inteligencia común... A esto se reduce en el detalle el trabajo que hoy publico. No es más que un ensayo de programa y una tentativa de obra didáctica. Me habría bastado llamarla* ***Programa de derecho civil*** si no hubiera un ***Programa de diritto penale*** [10] *como el título del libro más hermoso de esta ciencia, que se haya escrito en el siglo pasado"* [11].

Abel Chaneton, historiador de la vida y obra de Vélez, se refirió a Rivarola de este modo: *"El doctor Rodolfo Rivarola fue designado en 1900 profesor suplente de derecho civil en la Universidad de Buenos Aires. Al terminar el curso, manifestaba públicamente 'su disentimiento con los programas y métodos tradicionales en nuestra Facultad de Derecho' y se proponía a propugnar la reforma cuya crónica hemos hecho en un capítulo anterior. Predicando además con el ejemplo, el flamante catedrático publicaba al año siguiente sus* ***Instituciones del derecho civil argentino, programa de una nueva exposición del derecho civil****"* [12].

Culminaba Chaneton: *"La obra (...) 35 años después de publicada, continúa siendo la más didáctica exposición sumaria del código, escrita en el país"* [13].

2. En estas *Instituciones*, escribía Rivarola: "El Congreso no puede dictar leyes especiales de derecho civil, porque la Constitución ha resuelto su codificación y sólo ha autorizado al Congreso para dictar el Código. En oposición entre la ley especial y el Código, debe prevalecer el Código, aunque la ley especial sea posterior, si no se declara incorporada al mismo" [14].

Sin embargo, viene a propósito recordar que Alberdi escribió: "El derecho civil argentino debía ser como su Constitución, la expresión y realización de las miras liberales de la revolución de América en los pueblos del Plata. / Penetrada de ello, la Constitución dispuso por su artículo 24, que el Congreso promoviese la reforma de la legislación actual en todos sus ramos. / La Constitución no fijó el plan de reforma, si había de ser por códigos o por leyes

graduales y sucesivas. Es verdad que ella dio al Congreso la *facultad* de dar el Código Civil (art. 67 inc. 11), pero no le hizo del ejercicio de esa atribución un deber directo y especial. / La Constitución fue sensata en esa reserva: ella se limitó a disponer que los derechos civiles por ella consagrados en sus artículos del 14 a 20, *fuesen disfrutados por todos los habitantes de la Nación, conforme a las leyes que reglamentasen su ejercicio* (art. 14). / Esas leyes, que debían desarrollar y reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías declarados por la Constitución como fundamentales de la familia y de la sociedad civil argentinas, no son otras que las leyes civiles, estén codificadas o dispersas" [15].

Importa destacar que en nuestra época, Bidart Campos enseñó que esta atribución del Congreso -la de dictar los códigos de fondo- no obsta a la sanción de leyes no codificadas sobre esas materias. La cuestión puede agravarse en materia penal, si se adoptara la expresión de Luigi Ferrajoli, *reserva de Código*, para sostener que es éste el alcance de las garantías de legalidad [art. 18 C.N.] y de reserva [art. 19 C.N.] en nuestra Constitución [art. 75 inc.12 C.N.].

3. También se lee en las *Instituciones*:

"No existe en nuestro país tribunal supremo, habilitado para crear por razón o motivo de sus fallos, salvo en cuanto a la aplicación del precepto de la Constitución, que se entendiera violado por errónea aplicación, en decisiones de una instancia inferior. Esta es la excepción, fuera de ella, la ***unidad de aplicación*** *y origen de las leyes (Códigos, en la Constitución, art. 67 inc. 11) está perturbada por la pluralidad de tribunales nacionales (Cámaras Federales); de las Provincias y de la Capital; y en ésta, de las Cámaras de Justicia de paz, excluyen el sentido de la Constitucional, de que sólo un Código rija todos los tribunales de las jurisdicciones aludidas"* [16].

Ya se observa con claridad el pensamiento *unitario* que campeaba en el autor que recordamos. Bastaría citar este pasaje de su libro *Del régimen federativo al unitario*: "Este libro aspira a promover la discusión del dogma federalista, que vive en la creencia de los argentinos. Dogma que se discute perece, y el federalismo argentino perecerá".

"La palabra *federación* ha perdido ya su acepción etimológica; solamente la *unidad* expresa a la vez el orden, la fuerza y la justicia" [17]. Aseveró: "La República Unitaria pondrá de acuerdo la Constitución *formal* con el hecho *real*" [18].

4. En nuestros días, el pensamiento de Rivarola, proyectado en el Código Penal -que fue el último en sancionarse en el siglo XIX, incluso después del de Minería, tardanza de la que se quejó este autor- ha sido retomado de modo crítico por autores del derecho penal y del derecho procesal penal. Específicamente, lo señalan como el ideólogo del contenido final del art. 71 C.P..

Ello ocurre en el marco de un proceso reformista que es dable verificar en las provincias, en torno del enjuiciamiento penal en procura de alcanzar el modelo acusatorio que está inscripto en la Constitución. La cuestión se suscita porque ese artículo de la ley penal de fondo, para algunos autores no sólo consagra el principio de legalidad y de oficialidad sino también el de *irretractabilidad* de la acción penal pública. Y, consiguientemente, las provincias no estarían autorizadas a legislar criterios de oportunidad o la llamada *probation* -más genéricamente, lo que podríamos denominar *el consenso en el proceso penal*- sin contradecir dicha norma. Ha sido esa la postura clásica de la escuela penal de Córdoba, que, entonces, ha entendido que el Congreso estuvo autorizado a sancionar la previsión en el ámbito de la atribución del art. 67 inc. 11 de entonces, hoy art. 75 (12) C.N. Posición generalizada en nuestro país durante todo el siglo XX, que hoy empieza a resquebrajarse en tanto las provincias han avanzado ya en la regulación de criterios de oportunidad -que conlleva la renuncia al ejercicio de la acción penal por el ministerio fiscal en los casos y bajo los recaudos expresos de la ley adjetiva-; y han recibido otros institutos para descargar el sistema penal recuperando el protagonismo de la víctima, como la mediación penal: por caso, Mendoza, Buenos Aires, Chubut, Río Negro.

No nos detendremos más en el tema específico, pero nos parece de toda pertinencia remitir, entre otros que podríamos igualmente citar, a un trabajo de doctrina que juzgamos de importancia en la cuestión, que hemos conocido por gentileza de su autor, doctor Oscar Raúl

Pandolfi [19]; en el que el mismo concluye acerca de la *esencial inconstitucionalidad* del art. 71 C.P., remitiéndose a los antecedentes y relacionando concretamente el pensamiento unitario de Rodolfo Rivarola.

5. Nosotros aquí, acaso obligados por lo que acabamos de señalar, diremos que, como es sabido, Vélez contempló aspectos procesales al legislar algunas instituciones. Aseveró Rivarola que *en todo el Código Civil están determinadas para cada materia las acciones correspondientes y las reglas de su ejercicio*. Tiene que ser así, explicó, porque en lógica jurídica la acción es inseparable del derecho y concepto contenido en el de este último. No se comprende cuál sería el derecho que no estuviera amparado por una acción o medio de hacerlo valer en justicia [20].

Nos interesa sólo recordar que el codificador denominó al Capítulo 4, del Título 8 -"De los actos ilícitos"- de la Sección Segunda, del Libro Segundo, *"Del ejercicio de las acciones para la indemnización de los daños causados por los delitos"*. Dispone el art. 1096 C.C.: "La indemnización del daño causado por el delito, sólo puede ser demandado por acción civil independiente de la acción criminal". Segovia, en nota al pie del art. 1096 [21], aseveraba que si el artículo había de entenderse como que sustraía al juez criminal el conocimiento de la acción civil, legislaba sobre una materia propia de la legislación de las provincias por lo que sólo regiría en la Capital y territorios nacionales.

Machado, en sus comentarios a este Capítulo 4, sostuvo: *"El modo de ejercer en juicio las acciones destinadas a poner en movimiento el derecho, o para defenderlo en juicio cuando es atacado, corresponde a las provincias; pero el Código Civil llevado algunas veces por el desenvolvimiento lógico de las materias, va hasta determinar la manera de obrar; en estos casos, la disposición sólo regirá en la Capital Federal donde el Congreso legisla como si fuera una legislatura local"* [22]. Específicamente, al referirse al art. 1096, que criticó en su solución, dijo: *"El artículo se refiere a la división de las jurisdicciones y corresponde a las leyes de forma..." [-**Expresión ésta que no le gustaba a Rivarola, según vimos**-]**...** que dictan las provincias, como se hizo notar en la Instituta, Nº 161..."*.

6. Deseamos recordar ahora un fecundo encuentro de civilistas que tuvo lugar en la ciudad de Comodoro Rivadavia, Chubut, en octubre de 1980 [23]. Se trató allí el tema *Influencias del proceso penal sobre la acción de responsabilidad civil*. Entre las diversas ponencias e intervenciones durante el debate de ese tema, memoramos que el Dr. Mosset Iturraspe sostuvo en su propuesta [24]: *"Pensamos que la regulación de la independencia y de la acumulación por los códigos de fondo no ofende al sistema federal de la Constitución (arts. 5º, 31, 67 inc. 11, 104 y 105), porque es de su competencia". "Tales códigos (los procesales) no pueden alterar el sistema antes mencionado; carecen, en consecuencia de competencia en orden a resolver la posibilidad de una condenación de oficio, y en orden a ampliar la competencia para resolver lo civil, si media absolución, causa de inimputabilidad o se extingue la acción penal por la muerte del acusado antes de la sentencia, o se opera la prescripción, o se sobresee, o se dicta una amnistía"*.

La tesis procesalista, adunó, *"subestima los argumentos 'de fondo', originados en las diferencia entre ambas responsabilidades. Y compromete, en definitiva, la suerte en una causa civil al ponerla en manos de jueces acostumbrados a esquemas jurídicos distintos"* [25]. Ya en el debate, agregó: *"No sé quien está en la constitucionalidad y quien en la inconstitucionalidad... porque la Corte ha dicho hace muchísimos años que todo lo que tienda a garantizar los derechos de fondo puede ser de competencia de las leyes de fondo. Esto lo sabemos por la ley de quiebras; es una verdad sabida; de donde, si el Código Civil ha entendido que el juzgamiento por el juez civil de la acción civil tiende a garantizar la responsabilidad civil, pues esto es constitucional. Habría que aclarar previamente si los códigos de provincia que han pretendido modificar este espíritu y darle competencia al juez penal sobre la responsabilidad civil están violando o no la Constitución"* [26].

En verdad, y lo hizo notar el doctor Mosset Iturraspe en su intervención, quedó planteada una cuestión de validez constitucional de los arts. 1096 C.C. -también, si éste había resultado

alterado por el Código Penal de 1921- y 29 C.P., y del derecho de las provincias a avanzar en regulaciones del ejercicio de la acción civil en sede penal. Cabe decir a esta altura que, a partir del Código Procesal Penal de Córdoba de 1939, se difundió en las provincias el criterio de regular el ejercicio de la acción civil resarcitoria consecuencia del delito en sede penal.

7. Para no dejar trunca la recordación de aquellas JAD, diremos que la Comisión respectiva, en orden al tema de la convocatoria, a saber: *la influencia de la sentencia penal en el proceso civil*, emitió dos despachos, "A" y "B". Sintetizaremos aquí, recordando que el primer despacho concluyó que la sentencia de condena hace cosa juzgada en el proceso civil *cuando la condena recae en relación a un delito material*. No hace cosa juzgada *cuando la condena recae en relación a un delito formal* que no requiere daño efectivo para su consumación. En cuanto a la sentencia absolutoria penal, hace cosa juzgada *en cuanto a la inexistencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución*. Y entendió por *hecho principal* al que se refiere exclusivamente a la *existencia o inexistencia de los elementos que tipifican el delito imputado* [27].

El otro despacho, también limitadamente citado, sostuvo que la absolución en sede penal no impide, como regla, la investigación y el juzgamiento de la responsabilidad civil por el juez del fuero específico, y que, como excepción, la *inexistencia del hecho -vale decir, del resultado o actividad*- se puede señalar como una base común de *irresponsabilidad*. Agregó que la *existencia del hecho* sólo comprende la materialidad del mismo, y no alcanza a la condición de autor ni al carácter delictivo. Finalmente, que la decisión sobre la culpabilidad hará cosa juzgada siempre que el juez civil *recorra idéntico camino*. No hará cosa juzgada cuando el juez civil penetre a una *esfera absoluta y exclusivamente civilista* [28].

Nosotros, integrando el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, propiciamos en primer voto en el ámbito de un recurso de casación, luego de reseñar las diversas posturas sostenidas por los autores y por la jurisprudencia hasta entonces, esta doctrina, adoptada por el Tribunal: "1. La influencia de la absolución dictada en sede penal no depende de la forma -sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo- sino de su contenido o sustancia". "2. La sentencia absolutoria o el sobreseimiento definitivo no hace cosa juzgada si se funda en la falta de culpa del imputado" [29].

V. El pensamiento de Rivarola en la IV Conferencia Nacional de Abogados [Tucumán, 1936]

Alberto Gaspar Spota, en la nota de doctrina que examinaremos en el número siguiente, remitió a lo resuelto en la IV Conferencia Nacional de Abogados reunida en Tucumán en 1936. En dicha conferencia, informó, se sancionó el dictamen de la mayoría, después de una interesantísima e ilustrada discusión, por el cual se declaró la conveniencia de *"instituir una jurisdicción nacional de casación, para fijar la interpretación de lo códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería y demás leyes del derecho privado dictadas por el Congreso de la Nación, con carácter general para toda la República"*. Se añadió allí que *"esta jurisdicción debe ser ejercida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ampliándose a tal efecto el número de sus ministros y estableciéndose la división en salas que se crea conveniente"*. Consideró posible que tal jurisdicción se estableciera mediante ley de la Nación *"con tal que la Corte se limite a fijar estrictamente la interpretación de los códigos y no a su aplicación, reservada a las provincias*". Y, además, propició el sistema de tribunales colegiados de instancia única.

La Comisión que así se expidió por mayoría, informó también Spota, estuvo integrada por los doctores César Díaz Cisneros, Juan Heller, Héctor Laffaille Emilio Riviriego, Rodolfo Rivarola, David Saravia Castro, J. Honorio Silgueira y Joaquín de Zavalía [30].

VI. La opinión de Alberto Gaspar Spota

Spota tituló su nota *La jurisdicción de casación para toda la República y las atribuciones constitucionales del Congreso de la Nación* [31]. En ella dejó planteada como una cuestión de indudable interés científico determinar si constituye una atribución del Congreso nacional establecer una Corte de casación para todo el país o también si posee facultad constitucional para instituir una jurisdicción nacional de casación ejercida por la Corte Suprema de la Nación. Buceó para ello en la *mens legis* de la atribución de dictar los códigos, entonces prevista en el inc. 11 del art. 67 comparando ésta con la originaria contemplada en 1853, recostándose en los debates de los constituyentes.

De esos antecedentes, dedujo cuál fue la intención de los Padres de nuestra Constitución: 1º) Obtener la unidad legislativa en todo el territorio nacional. Se quería evitar el *labyrinthus* de tantos códigos distintos como provincias existieran, aparte del distrito de territorios federales; 2º) Reservar la aplicación de tales códigos a los tribunales federales o provinciales, de acuerdo con las reglas que rigen el fuero personal o real. Recordó que el art. 15 de la ley 48 ha denegado la vía del recurso extraordinario en el supuesto de "la interpretación o aplicación que los tribunales de provincias hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería", y ello en virtud de la reserva que se estableció en el inc. 11 del art. 67 C.N. Ello significa, afirmó, que por la vía del recurso extraordinario no es posible rever, no sólo la aplicación de dichos códigos, sino también la interpretación, salvo en el caso de que exista una violación de un derecho o garantía acordada por la Constitución.

Observó que la finalidad querida por los constituyentes, de poseer una ley única civil, comercial, penal o de minería, no ha podido alcanzarse. Ello sólo sería posible, aseveró, mediante una ley nacional que instituyera un tribunal de casación, o que permitiera a la Corte Suprema de la Nación para que funcionara en tal carácter, a fin de que fijara la doctrina y reenviara las causas a los tribunales locales para que la aplicaran al caso litigioso.

Pero, se preguntó: ¿cómo se fundamentaría esta atribución del Congreso nacional? Recurrió entonces a la atribución contenida en el inc. 28 -hoy inc. 32 del art. 75 C.N.-, esto es, los llamados *poderes implícitos* [32]. Luego de un prolijo repaso de las implicancias de esta cláusula, con cita de precedentes norteamericanos, concluía Spota: 1º) La Corte de casación que se estableciera por ley del Congreso implicaría el ejercicio de una facultad acordada por la Constitución; 2º) No se trata de un poder prohibido; 3º) La letra de la Constitución autoriza recurrir al medio propuesto para conseguir la unidad legislativa.

Citó un fallo de la Corte Suprema, que, interpretando el inc. 11 del art. 67 y el art. 100 C.N., sostuvo: "... es la aplicación de los códigos dictados por el Congreso, lo que se ha dejado a los tribunales provinciales, cuando las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción, sin que la cláusula constitucional contenga disposición alguna que atribuya a los mencionados jueces poder para destruir, anulándolas, las leyes sancionadas por el Poder Legislativo de la Nación, con el objeto de proveer a las ventajas de una legislación uniforme para todo el país..." [33].

Y citó nuevamente al Tribunal cimero: "Si a la provincias les es prohibido dictar leyes que destruyan las reglas consignadas en los códigos de fondo, no puede admitirse que sus tribunales tengan el derecho de aniquilar esas mismas reglas y que los poderes federales carezcan de acción para mantener la obra del Congreso, manteniendo la unidad de legislación" [34].

Luego, abordó el tema: *La "interpretación" y la "aplicación" de los códigos de fondo como nociones separables y distintas, aunque vinculadas*, distinción que ya vimos en el pensamiento de Rivarola, y que se trae para dejar dicho que al tribunal de casación le corresponde la primera de las tareas, esto es, la interpretación de los códigos mas no su aplicación. Dijo en este punto: "Un tribunal de casación no juzga sobre las cuestiones de hecho: sólo fija la doctrina legal aplicable a fin de que se llegue a la 'seguridad jurídica'; es decir, no entiende en la *questio facti* sino en la *questio juris*, salvo en el caso de que el examen de los hechos sea necesario a fin de dar una interpretación adecuada de la ley (...), no juzga sobre el hecho, ya que esto es misión del tribunal que aplica la ley y que decide de *jure litigatoris*; la Corte de casación sólo ejerce su imperio, actuando entonces, de *jure constitutionis*. Este último tribunal sería el complemento, si así se nos permite expresarnos, de la unidad legislativa, establecida por nuestra ley suprema...".

El mismo Spota anotició a pie de página que la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires entendió que el Congreso no tenía facultad constitucional para establecer una Corte de casación para toda la República.

VII. La opinión de Fernando de la Rúa

Recordamos que años más tarde, en 1968, Fernando de la Rúa escribía en el Prólogo de su libro *El recurso de casación* [35]: *"La intención fundamental ha sido exhibir en su conjunto la obra jurisprudencial de modo que en una provincia pueda aprovecharse la cumplida en otra. La absorbente centralización de la metrópoli tiende paredes divisorias que ocultan o reducen a olvido fallos magistrales que los jueces del interior, en faena silenciosa, elaboran con sabiduría; los foros provinciales, a su vez, cuando de temas procesales se trata, poco miran a la experiencia de otros lares por suponer diferencias mayores que las reales (...) El federalismo, cuya eficacia actual se halla casi constreñida a la autonomía procesal que la Constitución resguarda (arts. 67 inc. 11, y 104) exhibe como prueba de su natural vigor la intensidad con que viven estas instituciones. Esto debiera inducir a pensar que la unificación procesal no puede ser impuesta coactivamente por el poder central, sin mayor respeto para las peculiaridades locales, cualesquiera sean las bondades de los modelos utilizados. Los gobiernos provinciales, sea el que fuere su origen, deben comprender que la sanción de una ley procesal por una orden emanada del gobierno nacional implica hacer renunciar al Estado que representan a la potestad autónoma que en esta materia les reservó el pacto federal. Algo similar ocurriría si como ha sido preconizado muchas veces, se implantara una Corte Nacional de Casación la cual, so pretexto de uniformar la interpretación de las leyes, vendría a sustraer a los tribunales provinciales el poder de aplicarlas en última instancia: esa aplicación es una potestad inalienable e irrenunciable de los Estados locales que no puede ser transferida a un organismo nacional a lo menos mientras no lo haga posible una reforma constitucional; y esto último no tanto para superar un obstáculo formal, como se ha pretendido, sino para que lo pueblos de cada provincia, a través de sus representantes, consideren ampliamente los efectos de semejante medida sobre la suerte del federalismo".*

VIII. La cuestión en los Congresos de Derecho Procesal

Diremos también que el *II Congreso Nacional de Ciencias Procesales*, reunido en Salta en 1948 [36], se pronunció sobre este tema del siguiente modo [37]: "Para el caso de una reforma de la Constitución es conveniente que se establezca la facultad del Congreso de la Nación para dictar una legislación básica uniforme en todo el país sin perjuicio de las facultades de las provincias para dictar sus leyes orgánicas judiciales y las normas supletorias de adaptación local, ya que según se estableció en el Primer Congreso de Ciencias Procesales, reunido en Córdoba en 1939, esa unificación es necesaria pero no puede realizarse sin previa reforma de la Constitución o por medio de acuerdos interprovinciales". / "Que aún cuando se admita que la Corte Nacional de Casación puede ser establecida por ley del Congreso, como lo declaró la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, reunida en Tucumán en el año 1936, la diversidad de opiniones que se expusieron en esa oportunidad y el amplio debate que ellas suscitaron demuestran la conveniencia de que, en una próxima reforma constitucional, se incluya una cláusula expresa en ese sentido".

El X Congreso Nacional de Derecho Procesal [Salta, 21-23 de mayo de 1979], se expidió sobre el mismo tema de esta forma: "No es oportuno propiciar el establecimiento de un Tribunal Nacional de Casación". / "La casación, en cambio, debe existir en las provincias tendiéndose a su perfeccionamiento y a la adopción de sistemas similares que permitan superar la actual diversidad..".

Empero, el XIX Congreso [Corrientes, 6-8 de agosto de 1997], declaró: "Deben analizarse las interesantes propuestas de unificar el régimen del recurso de casación de todos los fueros (...) y la de creación de un Tribunal Nacional de Casación".

Este tema de tanto en tanto reaparece y se han presentado proyectos de leyes en el Congreso nacional con el propósito de crear el Tribunal Nacional de Casación [38].

IX. Nuestras reflexiones

1. Vélez no contempló normas semejantes a las propuestas por Rivarola a la Comisión de Reforma al Código Civil, como uno de sus miembros, y al Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. ¿Es que podía achacársele omisión en el particular? Creemos que de ninguna manera. En primer lugar, hay que recordar el debate suscitado entre Vélez y Alberdi acerca de la atribución conferida al Congreso de dictar los códigos -como lo hicimos en una anterior nota-, que fue también materia de debates en el Congreso de la Nación [39]. El primero entendió que el Congreso podía dictar un Código Civil para toda la Nación, aunque, según Cabral Texo, le asignaba, en principio, carácter temporario. El segundo, contestó que, luego de la reforma de 1860, que se había hecho para volver a la federación tal como era en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, no cabía un solo Código porque no era así en aquel país. Lo sostuvo de este modo Zavalía en el seno del Congreso Constituyente de 1853.

Lo cierto es que el agregado introducido en 1860 no significó derogar esa atribución, más allá de la intención que persiguieron sus autores. Pero sí comportó enfatizar las potestades de las provincias para la aplicación de esos códigos sancionados por el Congreso, en línea con una de las cinco condiciones impuestas a ellas por la Constitución general -art. 5º-, cual es la de *asegurar su administración de justicia*. Lo dijo el propio Rivarola: *"La reforma de 1860, si bien completó el texto del inciso tuvo por solo objeto aclarar su sentido para evitar que se entendiera o sostuviera lo que tal vez no se habría entendido, a saber: que por ser los códigos leyes del Congreso dictadas en consecuencia de la Constitución, quedarían excluidos de los tribunales provinciales, y de este modo desaparecería su administración de justicia"* [40].

Debemos subrayar que todas las leyes, federales o locales, y aun las municipales -porque las ordenanzas municipales son leyes-, son sancionadas en *consecuencia de la Constitución*; de lo contrario están en pugna con ella. Es cierto que es posible hablar de *leyes constitucionales* -en países como en Francia la Constitución habla de "leyes orgánicas"- [41], que son leyes contempladas en el mismo texto de la Constitución, de modo nominal, para ser sancionadas por el Congreso en desarrollo de ella; así, la ley orgánica del Consejo de la Magistratura, o del Ministerio Público, la ley de coparticipación federal, entre otras. Pero en Argentina no tienen un tratamiento diferenciado en cuanto al control de constitucionalidad que es el mismo para todas las leyes, emanen del Congreso, de las legislaturas provinciales o de los concejos municipales. Pueden, sí, requerir un tratamiento especial en el Congreso -como la ley de coparticipación federal de impuestos o la que eleva a jerarquía constitucional un tratado de derechos humanos no enumerado ya en el inc. 22 del art. 75 C.N., que, en verdad, comporta una reforma constitucional-.

En segundo lugar, el orden de prelación de las normas legales proviene de la misma Constitución y el Código Civil, por más importancia que él tenga -y claro que la tiene-, no puede -como ningún otro Código puede-, en el orden jurídico interno del país, establecer ni alterar esa pirámide normativa. Por añadidura, conviene decirlo, la tradicional pirámide normativa -art. 31 C.N.- ha sido conmovida, primero, por la recepción en el derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos -tal como la Corte lo dejó dicho en "Ekmekdjian c/ Sofovich" [42], antes de la reforma constitucional de 1994, y, después, por la elevación a la misma jerarquía de la Constitución de determinadas declaraciones, tratados y convenciones de derechos humanos -art. 75 (22)- lo que ha llevado al cimero Tribunal a hablar de un *bloque constitucional* o, también, bloque de *constitucionalidad federal* [43]. Y ese *bloque* no admite

alteraciones que provengan de los códigos, tampoco del Civil, e impera él por sobre todas las leyes, también por encima del Código Civil.

Lo que buscó Rivarola aquí, como él mismo lo dejó dicho, es acordarle al Código Civil la *presunción de estar conforme con la Constitución* [44]. Pero es del caso considerar que todas las leyes gozan de dicha presunción, también las provinciales, y de allí que la Corte Suprema siempre haya señalado que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio* del orden jurídico, precisamente por esto, porque gozan de tal presunción.

2. Convendrá decir ahora que, respecto de la unidad de interpretación [45] y del sistema de control de constitucionalidad argentino, ha podido señalar la Corte Suprema:

"(...) 10 (...)... la casación fue la instancia que no entendía de hechos, sino sólo de la interpretación de la ley, para que ésta no se distorsionase en su aplicación, con el objetivo político de garantizar la voluntad del legislador y reducir al juez a la boca de la ley. La cúpula jerárquica que coronaba la estructura judicial corporativa rompía las sentencias que se apartaban de esa voluntad política expresada en la letra de la ley. El modelo se extendió rápidamente por Europa y se mantuvo casi invariable hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

"11) Que este modelo de organización judicial no tiene nada en común con el nuestro. Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central federal que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la Corona, pero no querían instituir un poder central federal que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis* [46]. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces -como los franceses-, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores.

Obsérvese cuánta atingencia tiene esta cita para nuestro tema, no sólo el control de constitucionalidad sino el alcance de la casación; al respecto, sigue diciendo el fallo que citamos:

"12) Que se trata, pues, de dos modelos diferentes: nuestro recurso extraordinario responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el recurso de casación proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un Estado legal de derecho; el recurso extraordinario lo es de un Estado constitucional de derecho.

"13) Que el llamado objetivo político del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que *no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional [sic] es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino* [destacado nuestro].

Ya resulta claro que la Corte contradice el pensamiento y las conclusiones de Rivarola y de Spota, que hemos examinado. Añadió la Corte en el precedente que relacionamos:

"14) Que desde 1853 y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de

derecho. *Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario. Por el contrario, nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de ésta. En consecuencia, la perspectiva constitucional argentina es, estructuralmente, refractaria al llamado recurso de casación en su limitada versión tradicional u originaria*" [47] [destacado nuestro].

Es dable encontrar en el pensamiento unitario de Rivarola influencias del derecho continental europeo. Por su parte, en su nota, el eminente jurista argentino, Alberto G. Spota se remite a procesalistas de países unitarios. En verdad, siempre hemos adolecido de esta contradicción, casi congénita, a saber: adoptamos un modelo de Constitución, de un determinado mundo jurídico -cultura jurídica- y, sin embargo, en el desarrollo de sus previsiones en materia de derecho de fondo y de forma seguimos un modelo antitético. Esto ha hecho padecer nuestras instituciones esenciales, como el enjuiciamiento penal -que aun en nuestros días está en grave infracción con la Constitución-, o el municipio, cuya autonomía retaceó la Corte desde 1911 siguiendo doctrinas de países unitarios, que, en general, enseñorearon después administrativistas y tributaristas argentinos, sin atender a la forma federal prevista en la Constitución y a la dignidad institucional que ésta le confirió a la esfera municipal de gobierno [48].

3. Decimos en el final que de pronunciamientos de la misma Corte -con idéntica integración- pueden extraerse conceptos -y aun interrogantes- con aptitud para conmover ese criterio de autonomía que surge del precedente "Casal", basada ella en un criterio de igualdad- que el Tribunal ha dejado a salvo para admitir excepciones: *en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad*. Véase lo que dijo en "Verbistky", fallado antes que "Casal":

"(...) 56) Que si bien la Constitución Nacional adopta el principio federal, lo hace *según lo establece la presente Constitución*, es decir, conforme a las modificaciones que la misma introduce respecto de su modelo, que era el norteamericano. Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de descentralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos. En 1853 y en especial en la fuente norteamericana tomada con preferencia, no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de leyes marco, como sucede contemporáneamente.

"57) (...) Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, *lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía*. / Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. (...) y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva, que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal, las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio. / Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptaría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal" [49] [50] [destacado nuestro].

Otras veces, hemos afirmado que un fallo con este contenido, en los albores de la sanción de la Constitución de la Nación argentina, tal vez hubiese desencadenado la resistencia activa de las provincias. Empero, según lo hemos señalado también, hay que asumir las consecuencias, primero, de la recepción en el derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos, y, luego, su jerarquización al nivel de la Constitución misma.

Como se aprecia, estamos en un tema que no parece posible dar por terminado.

NOTAS:

[1] Reunido en la ciudad de Córdoba, como los tres que le siguieron, del 21 al 26 de mayo de 1927. Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba.

[2] Fechada en Buenos Aires, el 8 de abril de 1927 y dirigida al presidente de la Comisión organizadora.

[3] Interrogativa.

[4] Rébora se refirió en una nota e enforme dirigidos a la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata a su labor en la Comisión, que integró en representación de esa alta casa de estudios [V. L.L., t. 5, sec doctrina, págs. 66-86], y también publicó otra nota titulada "La Reforma del Código Civil", en L.L., t. 6, págs. 129/130. Y en el tomo 8 de la misma revista, págs. 25/26, publicó una más, titulada "Los dos Congresos de Derecho Civil". Lo recordamos por el tono crítico empleado en ellas y porque relacionó la Comisión de Reformas con los Congresos de Derecho Civil, que en el texto de esta nota aparecen igualmente vinculados.

[5] Por decr. 12.542/26, del 2 de julio, suscripto por el presidente Alvear y por el ministro Sagarna. Y su ampliatorio, N° 13.156. Nos hemos referido a estos decretos en *Vélez, el codificador, su obra y la Constitución Nacional*, Libro Homenaje, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000 [V. nota 27].

[6] El texto lo tomamos de las *Observaciones y actas de la Comisión. Reformas del Código Civil*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1937.

[7] RIVAROLA, ob. y lug. cits, pág. 59 y ss..

[8] Le preocupaba en manera suma la unidad, no sólo en la aplicación del Código; manifestaciones de su pensamiento, básicamente expuesto en su libro *Del régimen federativo al unitario*, se insertan en el texto de esta nota. Entre los fundamentos de su propuesta a la Comisión, señaló: "1.- Constituyen los *Títulos preliminares* del Código, el cimiento o base del derecho civil, sobre la cual se apoyan, además de las instituciones contenidas en aquél, cuanto comprenden y puedan comprender las leyes complementarias del mismo que en su conjunto organizan la sociedad argentina en los múltiples aspectos que toda sociedad ofrece". (...) "La República Argentina debe su bienestar actual, su prosperidad, sus progresos desde el estado oligárquico de las dictaduras locales existentes en 1852, hasta la progresiva consolidación de estos beneficios que alientan su optimismo, a la manera en que la Constitución ha logrado garantizar los derecho civiles...". "De nada valdrán las declaraciones de derechos del hombre, las garantías constitucionales proclamadas (...), si esas garantías o derechos no quedasen asegurados por la autoridad suprema de la justicia, colocada en defensa de la Constitución...". (...) "Diré más delante de qué manera el Dr. Vélez Sársfield, aun cuando dominaran en su espíritu las distinciones entre derechos políticos y civiles, absolutos y relativos, formuló el Código de la unidad nacional, declarado como objeto de la Constitución en el Preámbulo". "El Código es así la ley que reglamenta el ejercicio de los derechos declarados por la Constitución, en sus arts. 7º, 14, 17, 20, 31, y 67 inc. 11". "Muchas disposiciones suyas muestran que su autor tuvo presentes en 1865 [alude al Oficio de remisión del 21 de junio de ese año], los fines y garantías de la Constitución. El contribuyó a ilustrarlas con su palabra en los debates de la Convención Revisora de Buenos Aires que aceptó en 1860 la Constitución de 1853, y como miembro de la Comisión que subscribió el Informe que lleva su firma con las de Bartolomé Mitre (que lo redactó), Domingo Faustino Sarmiento, José Mármol y Antonio C. Obligado".

[9] RIVAROLA, *Instituciones del derecho civil argentino*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, Kapelusz, 1941 (1901), pág. 43.

[10] Se refiere al *Programa del curso de diritto criminale*, de Francesco Carrara.

[11] RIVAROLA, ob. cit..

[12] Este libro es uno de los más antiguos tratados del derecho civil, concebido por su autor como "un libro elemental de enseñanza" [Tomo Primero, pág. 11]. Recordó Rivarola: *"En su presentación del Proyecto de Código Civil, el doctor Vélez Sársfield dijo: 'El método (...) y no podrá servir para formar sobre él* ***libros elementales de enseñanza, que de toda necesidad deben seguir el orden del código, si no han de hacer innovaciones en las doctrinas****'. / "Estas palabras apoyan la utilidad de un libro elemental de enseñanza... Paralelamente a los cuerpos de leyes destinados a la realización o práctica de la justicia, habían existido siempre los elementos o instituciones destinados principalmente a la enseñanza, base y asiento del estudio ulterior de la ley y de sus análisis y comentarios". / "Treinta años más tarde, un jurisconsulto eminente, consagrado por más de cuarenta a la enseñanza del derecho civil y autor de una obra de prestigio universal,* LAURENT [*Cours élémentaire de droit civil*], *se decide sin reservas por la enseñanza elemental de derecho, por la exposición de los principios, y no por las controversias, que critica y repudia"*. Precisa estos conceptos Rivarola, al señalar que se apartaría en su exposición del método del Código.

Rivarola, al reseñar los trabajos que precedieron al suyo, destaca: *"Corresponde la primera línea al eminente autor del Código Civil. No se ha contentado con hacer un Código, tan noble bajo muchos aspectos, como obra científica; sus notas, sin valor alguno como autoridad legislativa, son un tratado eruditísimo, y han prestado y*

seguirán prestando una cooperación del primer orden para el estudio del Código" [pág. 23]. Y se refiere después a los más antiguos tratadistas; cita: la *Instituta del Código Civil argentino*, de Onésimo LEGUIZAMÓN y José Olegario MACHADO (1872); la obra de SEGOVIA, de 1881; las *Observaciones críticas sobre el Código Civil* de Manuel A. SAES, obra impresa en Mendoza en 1883, de la que se ha conocido sólo el primer tomo; la obra de Llerena, escrita en Córdoba e impresa en Buenos Aires, informa, en 1887; después los comentarios de Machado y las *Notas al Código Civil* de José Miguel GUASTAVINO. No olvidó a destacados catedráticos del derecho civil que no publicaron sus exposiciones, conocidas a veces a través de recopilaciones de sus discípulos. Chaneton incluye una reseña muy completa en su citada obra.

[13] Abel CHANETON, *Historia de Vélez Sársfield*, Eudeba, 1969, pág. 514.

[14] RIVAROLA, ob. cit., t. I, pág. 43.

[15] Párrafos extraídos, respetando su grafía, del folleto de ALBERDI, *El Proyecto de Código Civil para la República Argentina* (1868), incluido en Obras completas, Buenos Aires, Imprenta de la "Tribuna Nacional", 1887, t. 7, pág. 80 y ss. De él se ocupó VÉLEZ en *El folleto del doctor Alberdi*.

[16] RIVAROLA, ob. cit., pág. 50.

[17] *Del régimen federativo al unitario*, Buenos Aires, 1908, pág. VII.

[18] El párrafo completo, que conviene no olvidar, dice: "La Constitución Nacional pudo servir para aquel momento en que las provincias pobres y desiertas jugaban a las naciones, y los caudillos que las regían celebraban tratados con solemnidad de monarcas. La Constitución que sacó al país de treinta años de anarquía, dio todo lo que tenía que dar a las pasiones localistas, a los odios salvajes, a las ambiciones estrechas; y satisfizo también sanos anhelos patrióticos. Tuvo así que reconocer como Estados soberanos, de una cierta soberanía, a aldeas aisladas en los desiertos, admitirles la facultad de darse constituciones y gobernarse a sí mismas, para no llamar las cosas por su propio nombre y decir que las daba en feudo á sus mandones. Todo ello se ha transformado. La anarquía hizo aquellas pseudo soberanías; la concordia de los pueblos bajo el gobierno común las ha deshecho. Hoy queda el simulacro de las soberanías ante un gobierno único que puede cuanto quiere. Pero el pretexto de las soberanías provinciales sirve al poder central para eludir responsabilidades, que no podría eludir si hubiera concordia entre la Constitución real y la Constitución escrita". / "Hemos tenido, en efecto, por un cuarto de siglo, la presidencia fuerte y absorbente, que ha movido en el tablero de la República, como peones de ajedrez, gobernadores, ministros y diputados nacionales y provinciales; que ha ejercido los poderes con la mayor centralización posible. Los habitantes de las provincias han tenido muchas veces menos seguridad personal, menos justicia, menos respeto a su honor y á su propiedad, menos libertad política y civil, en una palabra, que la que pudieron alcanzar bajo los caudillos de la anarquía. Sin embargo, nadie puede legalmente responsabilizar por ello á los presidentes del último cuarto de siglo, por qué... 'las provincias se dan sus propias instituciones' y hay que respetar sus autonomías!... / "La República Unitaria pondrá de acuerdo la Constitución formal con el hecho real; el Presidente de la República nombrará, oficial y públicamente, a los gobernadores de provincia, en lugar de nombrarlos subrepticiamente, como se ha hecho. Pero la designación impondrá al Presidente otras responsabilidades más que históricas o morales que surgen de la designación oculta e ilegal. El hecho legalizado traerá anexa la responsabilidad del Presidente. El engranaje de estos gobernadores constantemente descuidados de la administración y absorbidos por el juego de la política que se traduce en una caza de posiciones y empleos para mayor desgracia de todo el país, será substituido por funcionarios meramente administradores. / "Debe comprenderse que apenas enuncio temas que reclaman explicaciones completas; pero al buen entendedor pocas palabras, y salud". / "La República Unitaria representa para todos los habitantes de la Nación, muchas garantías de que hoy carecen. Nadie pone ya en duda la conveniencia de la unidad de legislación procesal. Pero la Constitución, que felizmente declaró la unidad de los Códigos, dejó la materia procesal en tales términos que se ha entendido y se entiende hasta hoy que las provincias deben darse sus códigos de procedimientos. Aunque tuvieran un código común procesal, se dan sus propios jueces, que resultan desgraciadamente y muchas veces, prolongaciones o tentáculos del gobernador político. En las provincias, siempre que es posible se acude al fuero federal, o sea a la justicia nacional. ¿Por qué no nacionalizar toda la justicia? / "El gobierno no puede ser mirado por los ciudadanos sino como un mal necesario, si es el órgano de la coerción del Estado para obligarnos a lo que no hacemos espontáneamente. Cuántos más gobiernos haya, menos libertad tendremos. Conviene reducir el mal a aquella cantidad en que por ser estrictamente necesaria, sea un bien". / "Por nuestra organización federal, está cada ciudadano sometido a tres órdenes de gobierno con facultad de exigirle que pague impuestos para gobernarle: el nacional, el provincial, el municipal". / "¿No se ve claramente que el provincial está de más? No podemos suprimir el nacional, porque es el que provee á la defensa común exterior, y pone en armonía todas las partes grandes y pequeñas del todo, con la seguridad y el bienestar interior. No podemos suprimir el municipal, porque debe atender á las más inmediatas necesidades. Por eliminación, el único a suprimir es el provincial".

[19] Profesor consulto de Derecho Procesal Penal y de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue. Lo ha titulado *"¿Tienen las provincias facultades constitucionales para legislar en materia de criterios de oportunidad y 'probation'? La esencial inconstitucionalidad del art. 71 C.P. (A propósito de un artículo del Dr. José D. Cesano)"* [publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis-Nexis, en junio de 2006].

[20] V. *Derecho penal argentino*, pág. 577, citado por el profesor Pandolfi, op. cit..

[21] Tomo Segundo, nota 33, en pág. 312 (ver también nota 25 en pág. 310).

[22] Tomo 3, parágrafo 320, pág. 380.

[23] *Jornadas Australes de Derecho* -JAD- que se celebraron del 1 al 4 de octubre de 1980 bajo la coordinación del Dr. Luis Moisset de Espanés y a la que asistieron tres generaciones de los más brillantes civilistas argentinos.

[24] Remitimos al libro de las JAD, *Responsabilidad civil*, Luis Moisset de Espanés (coord.), Dirección General de Publicaciones, Córdoba, U.N.C. (distribuidor Ed. Zavalía), 1984.

[25] V. libro de las JAD, pág. 204 y ss. Cabe recordar, en el sentido propiciado por el jurista citado, que el Código Procesal Penal uruguayo [de 1997], consagró esta regla: "Artículo 11. (Acción civil). La acción civil no podrá ser deducida en sede penal, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 222 y 247.2.".

[26] Presentaron ponencias en el tema y/o intervinieron en el debate también los doctores Belluscio y Zannoni, Acdeel Salas, Bustamante Alsina, Atilio Alterini, Augusto Morello, Rubén Stiglitz, con citas de otras posturas, coincidentes o parcialmente coincidentes, como las de Luis Moisset de Espanés o Roberto Brebbia. Añadimos que en aquellas Jornadas Australes, los doctores Belluscio y Zannoni sostuvieron que de acuerdo a sus fuentes el art. 1096 se limita a consagrar la independencia sustancial entre la acción resarcitoria emergente de la responsabilidad civil por daños y la acción penal, cuando el ilícito constituye delito del derecho penal. De su interpretación no resulta que exista una independencia procesal entre la acción penal y la acción civil resarcitoria, pudiendo acumularse ambas ante el juez que entiende en aquellas (art. 29 C.P.) siempre que las leyes procesales locales admitan esa acumulación. El art. 29 del C.P. no impide que las provincias otorguen plena competencia a los jueces penales en materia de resarcimiento reclamado en la acción civil; en el caso de absolución del imputado, la atribución de la responsabilidad escapa a dicho código. La sentencia absolutoria en sede penal sólo hace cosa juzgada en materia civil respeto de la inexistencia del hecho y a la falta de autoría, aunque en este último caso el juez pueda condenar en calidad de responsable civil al sujeto absuelto en sede penal. En cambio, no hace cosa juzgada en sede civil si la condena del imputado se funda en presunciones de culpa que son a su cargo destruir, o en otro factor de atribución civil (riesgo, obligación legal de garantía, etcétera.). Dejaron señalado que la postura mencionada coincidía con el despacho aprobado en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil, celebradas en Rosario en junio de 1979 y que fue suscripto por los doctores Banchio, Brebbia, Goldenberg, Kemelmajer de Carlucci, Moisset de Espanés, Zavala de González y Belluscio, con excepción de la última parte del punto 5 que no fue suscripta por los doctores Moisset de Espanés y Kemelmajer de Carlucci.

[27] Suscribieron este despacho "A", los doctores Morello, Bustamante Alsina, Atilio Alterini, Salas; y con reservas, Zannoni, Belluscio, Esteguy.

[28] Suscribió este despacho "B", en estos puntos, el Dr. Mosset Iturraspe; y lo hicieron con reservas los doctores Zannoni, Belluscio, Esteguy y Moisset de Espanés. Ellos precisaron que la sentencia absolutoria penal, hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia del hecho y a la falta de autoría, aunque en este último caso el juez pueda condenar en calidad de responsable civil al sujeto absuelto en sede penal. Y añadieron que, aunque el art. 1096 C. C., consagra la independencia sustancial entre la acción resarcitoria civil por daños y la acción penal, ello no implica la necesaria independencia procesal entre ambas. Finalmente, adunaron: "En consecuencia, cuando el juez penal entiende en una acción civil resarcitoria acumulada a la acción penal, tiene, por imperio de las leyes procesales, idéntica competencia por razón de la materia que el juez civil en cuanto a aquélla. De modo que aún cuando absolviere el imputado debe pronunciarse respecto de la acción civil, y deberá condenar en su caso, de acuerdo con los principios que rigen la responsabilidad civil".

[29] Autos "Cistari, A.B. y otra c/ E.S. Valitutti y otro s/ Daños y perjuicios" (Expte. 12.023-C-1988), Sent. del 25/11/88. Puede verse el fallo íntegro en nuestro libro *La casación en el Chubut*, págs. 186-198.

[30] Reseñó Spota estos trabajos sobre el tema: "... Clodomiro Zavalía", "Corte Nacional de Casación", en el diario 'La Nación', agosto 6 de 1936; Manuel Pinto: 'La Corte de Casación en la IV Conferencia Nacional de Abogados', en 'Gaceta Jurídica', de agosto 24 de 1936; La Plata; las informaciones aparecidas en La Ley, de julio 21 de 1936, año VII, núm. 2059. En cuanto al problema en cuestión, analizado con anterioridad a la discusión habida en dicha conferencia, puede consultarse el cuidadoso estudio de Emilio Riviriego, 'Jurisdicción Nacional de Casación', donde también hace acopio de las opiniones de Rodolfo Rivarola, Tomás de Veiga, Felipe A. Espil, etc. Adde: Pinto Manuel, 'La Corte nacional de Casación' en rev. La Ley, t. 3, Sec. Doct., pág. 19 y ss. Y extracto de la misma, Buenos Aires, 1936, ed. La Ley. En cuanto a la discusión que tuvo lugar en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, v. la publicación de la Federación Argentina del Colegio de Abogados, Buenos Aires, 1937, pág. 43 y ss., así como los fundamentos del miembro informante de la mayoría, doctor Riviriego y del miembro que informó el despacho de la minoría, doctor Heller, que propiciaba para implantar la casación el sistema de los tratados interprovinciales (art. 107 Constitución Nacional)".

[31] V. L.L., t. 8, Sec. Doctrina, págs. 99-106.

[32] Nosotros abordamos el examen de la cláusula de los *poderes implícitos* en *El poder tributario de los municipios*, porque a ella se ha recurrido en la doctrina nacional y en los fallos de los jueces, aun de la Corte Suprema, para ensanchar los poderes centrales y limitar los de las provincias y municipios. Citábamos: *"Pero esta cláusula, dice Story, citado por Coll, no ensancha el círculo de un poder especialmente acordado, ni aun es otro poder. Por manera que, cuando se trate de decidir si un poder es constitucional, lo primero que debe examinarse es si éste es expreso; si no lo es, se debe investigar si es la consecuencia de un poder expreso. Obsérvese, el mismo inciso lo dice: '... para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución...', por lo que esa facultad del Congreso no debe hacerse extensiva a los poderes no delegados por las provincias"*. Y recordábamos: *"Ha puntualizado con rigor Aja Espil* [*Jorge A. Aja Espil* v. *Constitución y poder-historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, *TEA, 1987, pág. 159] que una facultad implícita es aquella que está inserta, implicada, en la voluntad que el legislador ha manifestado en la norma. De lo que extrae estas consecuencias: a) una potestad o facultad implícita requiere una norma expresa; b) una facultad implica otra si la segunda requiere necesariamente de la primera. Es decir, el antecedente lleva consigo el consecuente. Y agrega que la facultad implícita coexiste a priori con la facultad antecedente expresada en la norma, o sea que hay una relación de conexidad dentro de la norma misma. Con cita de Bielsa, subraya que 'un poder*

implícito (etimológicamente proviene de implicare, encerrar) es aquel que está virtualmente contenido en otro más extenso o inseparable de él'. Es decir, añadimos nosotros, no se trata de un poder extendido sino contenido. Ya se advierte el error en ampliar los poderes delegados por vía de interpretaciones extensivas".

[33] Fallos, t. 68, pág. 238 y t. 75, pág. 351.

[34] *Ibidem*.

[35] Fernando DE LA RÚA, *El recurso de casación* (Prólogo), Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1968.

[36] Del 12 al 19 de setiembre de ese año. A este Congreso asistió Francesco Carnelutti, designado Presidente honorario.

[37] Tema II: *"Conveniencia de reformar la Constitución para uniformar la legislación procesal, establecer la casación en todo el país, federalizar la justicia del trabajo y establecer recaudos para la designación y ascensos de jueces"*.

[38] Jorge R. Vanossi propuso la creación de un Tribunal Nacional de Casación integrado por un juez por cada provincia y uno por la Capital Federal [V. *Obra legislativa*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso, 1987-88, t. II, págs. 148-162].

[39] V. "*Vélez, el codificador, su obra y la Constitución Nacional*", op. y lug. cits.

[40] RIVAROLA, pág. 61.

[41] "Artículo 46. Las leyes a las cuales la Constitución confiere el carácter de orgánicas serán votadas y modificadas en las siguientes condiciones. / El proyecto o la proposición no será sometido al debate y a la votación de la primera asamblea que lo haya recibido, sino después de quince días de su presentación. / Se aplicará el procedimiento del artículo 45. No obstante, si no hubiere acuerdo entre las dos asambleas, el texto no podrá ser aprobado por la Asamblea Nacional en última lectura sino por mayoría absoluta de sus miembros. / Las leyes orgánicas relativas al Senado deberán ser votadas en los mismos términos por las dos asambleas. / Las leyes orgánicas no podrán ser promulgadas sino después de declarada por el Consejo Constitucional su conformidad con la Constitución".

[42] "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros", 7/7/92, t. 315, pág. 1.492. Dijo allí la Corte: *"En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país, es ley suprema de la Nación conforme al art. 31 de la Constitución Nacional". "La prioridad de rangos del derecho internacional convencional sobre el derecho interno integra el ordenamiento jurídico argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980". "La necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27"*.

[43] V. C. 1757. XL.; "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-", 20/9/05, t. 328, pág. 3.399: *"Existe cuestión federal suficiente si se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el art. 75 inc. 22". "20) Que este Tribunal (...) En un primer momento, antes de la reforma constitucional y en vigencia del viejo código de procedimientos en materia penal, entendió que el recurso extraordinario era apto para garantizar el derecho al recurso del condenado (confr. Fallos 311:274). Sin embargo, con posterioridad asumió que a partir de la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al bloque constitucional, mediante el art. 75 inc. 22..."*. En otros precedentes, la Corte ha mantenido esa expresión, *bloque constitucional*, como en "Corbo, Carlos Fabián s/ recurso de casación", del 12/6/07, por remisión al dictamen del procurador general; a veces, se ha referido al *bloque de constitucionalidad federal*, como en "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía, causa N° 120/02C.", del 8/8/06, aquí por remisión al dictamen del procurador general, o en "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones", del 17/5/05 [V. considerando 7º), voto de la mayoría], o en V. 856. XXXVIII. Recurso de hecho – "Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*", del 3/5/05 [V. considerando 13, párrafo cuarto, considerandos 39, 57, etc., voto de la mayoría].

[44] Libro de la Comisión de Reformas, citado, t. I, pág. 73. Citó Rivarla fallos de la Corte, entre ellos el que se registra en el t. 138, pág. 157 ["Bernabé, Correa en autos con Barros, Mariano R.", 1923]. No está publicado completo en la página web de la Corte; de sus sumarios, extraemos: *"Si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso, prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar"*. Hay que extremar el cuidado en trasladar robóticamente esta doctrina, porque está en juego el reparto de competencias que ha hecho la Constitución. La supremacía del Código Civil por sobre las leyes provinciales se da únicamente en la esfera de competencia del Congreso, porque el art. 31, C.N. así lo limita de modo expreso: "... las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso...", es decir, en congruencia con la Constitución, no en pugna con ella.

[45] Informa MACHADO [t. 1, pág. 15] que Zachariae, citado por Savigny, consideraba que la interpretación era por naturaleza legislativa y que no podía pertenecer a una clase de funcionarios determinados. Y nos dice el antiguo tratadista argentino: *"La interpretación es una operación intelectual que tiene por objeto hacernos conocer la ley en toda su verdad, sin distinguir cuando la ley es clara u obscura; pero toma mayor importancia en el segundo caso. El*

intérprete debe tener completa libertad, y cuando otra ley viene a fijar el sentido o inteligencia de la que es obscura o dudosa, esa libertad desaparece. Las llamadas leyes interpretativas desconocen la interpretación como operación libre de la inteligencia prohibiéndola en adelante y fijando un sentido determinado a la ley interpretada; pero la libertad recobra su imperio al aplicar la nueva ley". En nuestro derecho, no cabe dudar acerca de que los jueces, sin distinción de rango, ostentan la facultad de interpretar y aplicar la ley, así como que es extraño a nuestro sistema constitucional la existencia imperativa de una sola interpretación de las leyes comunes. Una cuestión la suscitan los llamados fallos plenarios y su proyección vinculante para los jueces aun cuando no compartieran su doctrina, que algunos autores consideran un efecto inconstitucional, y, también, puede controvertirse el efecto vinculante para los jueces de grado que proviene de la llamada doctrina legal fijada por los tribunales superiores o cortes de provincia, cuando así lo ha previsto la Constitución local -como la de San Luis, por ejemplo-. La Constitución Nacional de 1949, preveía: (art. 95, II, III y IV): "La Corte Suprema de Justicia, conocerá, como tribunal de casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68. / La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada, obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. / Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia". La solución de estos artículos fue contraria al modelo de la Constitución de 1853/60, y por esto no puede sostenerse -no podía sostenerla válidamente Rivarola- esa doctrina mientras dicho modelo rija.

[46] *Stare decisis*: "El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non movere*, que significa, en traducción flexible, 'estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto' ['confr. Julio César Cueto Rúa, *El "common law"*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997 (reimpresión de la edición de 1957), pág. 89. A veces se altera el orden de las palabras y se formula la doctrina como *stare decisis et non quieta movere*. Véase, por ejemplo, Robert Moschzisker, "Stare decisis in courts of last resort", 37 Harvard Law Review 409, 409 (1924)]". ["El Black's Law Dictionary define así el adagio citado: "adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas". Black's Law Dictionary, West, St. Paul, Minn., 1990, sexta edición, s.v. "stare decisis']". [Véase *Stare decisis* y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos, por Santiago Legarre, Visiting Professor, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University. Artículo basado en la ponencia presentada en las Jornadas de Filosofía de las ramas del mundo jurídico, en homenaje al profesor Germán J. Bidart Campos, Universidad Nacional de Rosario, 31 de marzo y 1º de abril de 2005].

[47] *In re:* "Casal", precedente citado.

[48] Nos hemos ocupado de esta contradicción, específicamente, respecto al municipio argentino en nuestra tesis: *El poder tributario de los municipios* [Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005].

[49] *In re* V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, "Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*" fallado el 3/5/05.

[50] Reténgase y relaciónese con lo que dijo la Corte en antiguos fallos, citados por Spota, que se registra, según consignamos antes, en Fallos, t. 68, pág. 238 y t. 75, pág. 351.

PARTE GENERAL

LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO

por MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

SUMARIO: I. Ideas básicas. II. La retroactividad según las perspectivas de la teoría trialista del mundo jurídico. A El mundo jurídico. Parte General. Parte Especial. B. Horizonte lingüístico-jurídico de la jurística normológica. C. Horizonte del derecho internacional privado en la teoría de las respuestas jurídicas y culturales.

I. Ideas básicas

1. El tema de la *retroactividad* [1] de la *ley*, tratado en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y contemplado en el art. 3º C.C. [2] como base de nuestra legislación, suscita interrogantes que pueden comprenderse mejor considerando la *complejidad del derecho*.

La cuestión de la *retroactividad* nos ubica ampliamente en la problemática del *tiempo* [3] y el *"tránsito"* en él. En ella se debate acerca de la posibilidad y la legitimidad de diferenciar el *ámbito temporal activo* de las normas, en nuestro caso de las fuentes legales, referido a cuándo ellas rigen, del *ámbito temporal pasivo*, es decir, cuándo deben haber ocurrido los casos para que se apliquen las normas. Algunas posiciones son *"diacrónicas"*, en el sentido de no pretender coincidencia, sea por *retroactividad* o *ultraactividad* [4]; otras sostienen una mayor *"sincronía"* y defienden la *aplicación inmediata* para la problemática planteada cuando el desarrollo del *caso permanece* y las *normas cambian* [5]. Mucho depende, en este enfoque, de la *"consistencia"* que se adjudique a los casos.

Pensamos al hombre como un ser *"en el tiempo"*, *"en la memoria"* y *"en el olvido"*. En afinidad con Saramago puede decirse que vivimos en un espacio, pero habitamos en una memoria, y la retroactividad, la ultraactividad y la inmediatez son maneras de construir memoria [6] pero, como lo señaló Borges, una de las condiciones de lo humano es también el olvido [7].

2. Quizás el sentido del tiempo dependa de nuestra *construcción*, pero al fin con ese sentido construido varían los despliegues de la retroactividad, la ultraactividad y la aplicación inmediata [8]. Cada *ser humano* y cada *cultura* tienen un especial sentido de estas cuestiones.

Las cuestiones de retroactividad, inmediatez y ultraactividad se hacen especialmente tensas cuando el tiempo es pensado como una *semirrecta*, es decir, dotado de algún sentido "irreversible". El sentido de la semirrecta es muy frecuente en el pensamiento occidental, por ejemplo en la salvación cristiana y el progreso positivista. Su relevancia es distinta y menor si el tiempo es curvo en una *circularidad* de *corsi e ricorsi* y también es menos importante si se piensa en un *eterno presente*. Las tres cuestiones poseen asimismo relevancia cuando se trata de una referencia temporal *espiralada*, cuando se vuelve a algo distinto [9]. Como en nuestra construcción del tiempo nada es totalmente viejo o nuevo, la ultraactividad, la aplicación inmediata y la retroactividad tienen despliegues de cierto modo inabarcables.

El tiempo que transcurre en nuestras vidas, donde se desenvuelven la retroactividad, la inmediatez y la ultraactividad, es *temporalidad*, es decir, oportunidad vital [10]. Las diferencias entre el sentido de lo temporal de cada ser humano y cada cultura hacen que con frecuencia haya sentidos *biográficos* e *históricos* diversificados. Existe una temporalidad biográfica y otra histórica [11]. En este significado *amplio*, dada la continuidad vital de un individuo y una cultura en el pasado, el presente y el porvenir, una norma puede ser culturalmente retroactiva, inmediata y ultraactiva aun para casos "ocurridos" durante su ámbito temporal activo. Pese a que puede pensarse en términos *"absolutos"* la "transitoriedad" es siempre de cierto modo *"relativa"*. Quizás el Sombrerero de *Alicia en el País de las Maravillas*, que hacía lo que quería con el tiempo, estuviera loco ¿pero en qué medida? [12].

La “futuriza” cultura de *Occidente* suele presentar tensiones temporales muy grandes, que hacen notables las cuestiones transitorias, pero a su vez posee sentidos de respeto al individuo que inclinan a limitar las soluciones retroactivas. En Occidente, el complejo de la construcción temporal hace que ésta sea siempre a la vez “retroactiva” y “ultraactiva”. Procesos de conquista, como el de *América*, motivan no sólo el ingreso y la producción de normas, con nuevos ámbitos activos, sino una muy grande “retroactividad”, que en muchos casos produce una gran dificultad para que los sectores vinculados a la realidad anterior acompañen el paso de la nueva realidad. Así ha sucedido con amplios grupos indígenas. Los constantes fenómenos de *recepción*, a menudo no satisfactoriamente asimilados, hacen que América Latina esté en gran medida temporalmente “fracturada” entre los sectores más “actuales”, que pueden denominarse “anglofranceses” (en general) y los más vinculados al “pasado” (“ibéricos” tradicionales) [13]. El desenvolvimiento de modelos de un sector es más retroactivo para el otro.

La problemática transitoria es particularmente *importante* en circunstancias como las presentes, de enorme cambio histórico, de cambio de *era de la historia* [14], motivado de manera principal por la revolución tecnológica aplicada a la genética humana. Además tiene títulos de especial significación para países como el nuestro, sometidos a la tensión de las necesidades y la voluntad de incorporarse debidamente a un orden reinante de los países “desarrollados”

En cuanto a las personas, la transitoriedad para un *“anciano”*, con profundos arraigos en el pasado, y para un *“joven”*, con raíces mucho menores, es diferente.

3. La noción de *“ley”* tiene sentidos muy diversos y ha motivado relevantes discusiones [15]. En este caso tratamos la ley “positiva” con el alcance que le da el procedimiento de elaboración previsto en nuestra Constitución Nacional (art. 44 y ss.).

4. La problemática que nos ocupa, de retroactividad de la ley, es parte del que suele ser denominado *Derecho transitorio* [16]. Para muchos, entre los que nos ubicamos, esta cuestión es el *pendant* temporal, específicamente *intertemporal*, del derecho internacional privado clásico, referido al espacio. Sin embargo, aunque mucho ha transcurrido, puede seguir afirmándose con Paul Roubier que, pese a que estos problemas transitorios no son menos difíciles, su estudio está menos desarrollado [17]. En nuestro caso nos interesan especialmente la retroactividad de la ley y la aplicación inmediata.

5. Las posibilidades de las *teorías jusfilosóficas* para encarar satisfactoriamente el problema de la transitoriedad son muy diversas [18]. Algunas teorías contribuyen a bloquear o esconder fenómenos de retroactividad. El positivismo normológico kelseniano se abre a las variaciones históricas sin contar con otro título respecto del derecho transitorio que el que establezcan las normas [19]. El jusnaturalismo apriorista no advierte la tensión porque su derecho natural es universal y eterno, de modo que todo lo que se declare con tal carácter ha de ser retroactivo. En el neojusnaturalismo a menudo oculto que suele presentarse en el *neoconstitucionalismo* [20] y en el razonamiento por *principios* a optimizar, la tensión del problema transitorio se diluye en el despliegue de la constitución y los principios. A través de estas teorías, de cierto modo casi nunca y siempre hay retroactividad. Casi nunca, en cuanto la “constitución” y los “principios” se consideran preexistentes; siempre porque antes del fallo poco se sabe acerca de cómo se ha de jugar. El positivismo sociológico, realista, se encamina a resolver la cuestión transitoria según el mero juego de los intereses presentes.

A nuestro parecer, el problema transitorio y sus despliegues de retroactividad e inmediatez de la ley deben ser construidos con alcances complejos como los que dentro de la corriente integrativista y el tridimensionalismo presenta la *teoría trialista del mundo jurídico* [21]. El desafío de la complejidad, al que sin mezclar elementos y con pureza se refiere el trialismo, es uno de los mayores retos de la cultura de nuestro tiempo de la nueva era de la “posmodernidad” [22].

6. Conforme a la teoría trialista, el mundo jurídico ha de ser construido incluyendo un plexo de repartos de potencia e impotencia (*dimensión sociológica*) captados por normatividades que los describen e integran (*dimensión normológica*) y valorados por un conjunto de valores que culmina en la justicia (*dimensión axiológica, específicamente dikelógica* [23]). La consideración del mundo jurídico inscribe a la teoría trialista en el campo de la filosofía jurídica de alcance menor, o *jurística* (diferente de la filosofía del derecho o filosofía jurídica de alcance mayor [24]).

Además del complejo de las *características generales* del derecho que acabamos de señalar, el trialismo considera el complejo de sus *distintas ramas*, diferenciadas materialmente según rasgos pertenecientes a las tres dimensiones.

La inserción del mundo jurídico en el complejo de la vida humana permite un amplio y gradual *horizonte diversificado* según se refiera diferenciadamente a las tres dimensiones, a las ramas en particular y al complejo jurídico en sí mismo.

La disciplina que estudia la dimensión sociológica, es la jurística sociológica y su horizonte se abre a la sociología jurídica y la sociología; la disciplina que trata la dimensión normológica es la jurística normológica y tiene horizontes de lógica, metodología y lingüística y la disciplina que estudia la dimensión dikelógica, es la jurística dikelógica, que un horizonte de filosofía de la justicia. A su vez, las distintas ramas se proyectan en horizontes en que se muestran características relativamente análogas, como ocurre con el derecho de familia, que se proyecta en la *"familiaridad en el derecho"* y el derecho penal que tiene un horizonte de *"sanción en el derecho"*.

En nuestro caso, centraremos la atención en la transitoriedad como retroactividad e inmediatez de la ley en las *tres dimensiones* presentes en todo fenómeno jurídico, en el *horizonte lingüístico* de la jurística normológica y en el *horizonte de la teoría de las respuestas jurídicas* (que es un horizonte elaborado desde el derecho internacional privado) [25].

Toda ley es un fenómeno socio-normo-axiológico con especificidades según las ramas que estén en juego, en relación con los despliegues lingüísticos y sus características en el marco de las respuestas jurídicas. En la transitoriedad se trata de diversas leyes con rasgos diferentes.

No es lo mismo que la ley a afectar o la que pretende retroactividad o inmediatez sea considerada sólo con alcances normativos o también sociológicos o axiológicos. El posible conflicto de una nueva ley con sus características "positivas" o "negativas" y otra ley con sus características "positivas" o "negativas" en las tres dimensiones jurídicas hace variar los significados de los casos. Puede tenerse en cuenta, por ej.:

nueva ley n+ s+ a+ en relación con ley anterior n+ s+ a+; n+ s+ a-; o n+ s- a- [26], nueva ley n+ s- a+ en relación con ley anterior n+ s+ a+; n+ s+ a-; n+ s- a- y nueva ley n+ s- a- en relación con ley anterior n+ s+ a+; n+ s+ a-; n+ s- a-.

Asimismo es posible pensar en la relación básica en que en lugar de la ley nueva y/o la anterior intervenga la costumbre.

En cuanto a las ramas jurídicas importa saber, v.gr., si las leyes pertenecen a la misma rama o a distintas ramas, con criterios disímiles, por ejemplo si una nueva ley civil puede ingresar en una ley tributaria conservando sus caracteres.

Los casos de retroactividad e inmediatez relativamente más simples son: nueva ley n+ s+ a+ contra ley anterior n+ s- a- y ramas =.

El trialismo supera la complejidad impura, donde el derecho se disuelve en otras expresiones culturales y vitales, y la simplicidad pura, pretendida sobre todo por Kelsen, alcanzando una *complejidad pura*. Una vez logrado así un objeto claramente construido es posible avanzar en los horizontes sin retornar a la complejidad impura. Las relaciones con los horizontes son recíprocas, desde y para el derecho.

II. La retroactividad según las perspectivas de la teoría trialista del mundo jurídico

A. El mundo jurídico

Parte General

a. Dimensión sociológica

7. La construcción trialista de la dimensión sociológica del mundo jurídico se refiere a adjudicaciones de "potencia" e "impotencia", es decir, de lo que favorece o perjudica a la *vida humana* [27]. Las potencias e impotencias corresponden a *intereses*. Esto instala al trialismo en la plenitud de nuestro curso vital. En el centro de relevancia de las adjudicaciones jurídicas están los *repartos*, originados por la conducta de seres humanos determinables, que realizan el valor conducción. Puede explicarse que así como los médicos prolongan la vida, los juristas "reparten" vida. El derecho transitorio se realiza mediante *repartos de vida*.

Además del núcleo de repartos, en el trialismo se consideran las *distribuciones*, adjudicaciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Las distribuciones realizan el valor espontaneidad. El derecho transitorio incluye distribuciones que provienen de modo principal de influencias humanas difusas, por ejemplo de la religión, la economía, la técnica, etc. Los grandes movimientos de la "marea" histórica básica de las influencias humanas difusas suelen influir en gran medida en la transitoriedad.

8. La teoría trialista plantea a los *casos* como *problemas* por *adjudicaciones*, específicamente por repartos de "potencia" e "impotencia". Los casos son construidos mediante *recortes* de la proyección vital según intereses que se consideran relevantes [28]. Vale entender así los casos del derecho transitorio.

El problema transitorio se hace particularmente conflictivo cuando se presenta entre *repartos* o entre repartos que procuran la modificación de *distribuciones*. El despliegue de conducta se evidencia en la composición de las palabras "retroactividad" y "ultraactividad". La transitoriedad se plantea en *casos construidos*. Creemos que no debe hacerse referencia a "la" transitoriedad, sino la transitoriedad que nosotros planteamos. La ultraactividad, la retroactividad y la inmediatez podrían referirse al principio y el final de los tiempos, pero se plantean en los alcances que los hombres les asignamos.

9. Los *repartos* se identifican en cuanto a sus repartidores (conductores), recipiendarios (beneficiados y gravados), objetos (potencias e impotencias), formas (caminos previos para llegar a las decisiones) y razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). Los cambios de los repartidores y los recipiendarios constituyen "transmudación" activa o pasiva, las variaciones de los objetos se denominan "transustanciación", los cambios de la forma constituyen "transformación" y las variaciones de las razones se llaman "transfiguración". Las soluciones transitorias de retroactividad e inmediatez pueden ser cambios en esos sentidos, es decir, pueden ser variaciones por *transmudación* activa o pasiva, *transustanciación*, *transformación* y *transfiguración*.

Las expresiones quizás más importantes son los cambios de los recipiendarios [29] y los objetos, es decir, la transmudación pasiva y la transustanciación. Importa mucho saber a quiénes benefician y perjudican y en qué aspectos de la vida.

10. En cuanto a los alcances del derecho, las corrientes todavía mayoritarias son *coactivistas* en sentido amplio, es decir, de diversas maneras identifican al derecho con el poder. Sin embargo, según la propuesta trialista los repartos pueden ser autoritarios, desarrollados por imposición con realización del valor poder, o autónomos, desenvueltos por acuerdo de los interesados con satisfacción del valor cooperación. Una expresión frecuente del reparto autoritario es la ley, una muestra del reparto autónomo es el contrato.

Las soluciones transitorias pueden ser *autoritarias* o *autónomas*, aunque la retroactividad y la inmediatez suelen ser más notorias cuando son autoritarias. La retroactividad y la inmediatez de la ley son despliegues de la autoridad. Una y otra pueden deteriorar la confianza de los recipiendarios y su libertad, disminuyendo las posibilidades de autonomía [30]. Las expectativas y

el consenso influyen en el grado de autoridad de la ley retroactiva. La consideración autoritaria del derecho lleva a veces a negar que exista problema de la retroactividad pues según su ámbito activo la ley sería siempre retroactiva. Se señala que, dictada una ley, ella imperaría totalmente en todos los casos, salvo que ella misma redujera su alcance. Pero de esto es de lo que en gran medida se trata.

11. Los repartos pueden *ordenarse* (constituyendo un *régimen*) por vías de planificación y de ejemplaridad. La planificación indica quiénes son los supremos repartidores (conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (de conducción) y cuándo está en marcha realiza el valor previsibilidad. La ley es normalmente una formalización de la planificación gubernamental. La ejemplaridad se desarrolla según el seguimiento de repartos que se consideran razonables satisfaciendo el valor solidaridad.

La solución transitoria puede desenvolverse de manera *planificada* o *ejemplar*, realizando los valores *previsibilidad* o *solidaridad*, pero la retroactividad lleva siempre en sí el valor *"revisibilidad"*. Esta se contrapone al fin a la previsibilidad, que en cambio está más presente en la ultraactividad. Incluso la inmediatez significa cierta revisibilidad. La retroactividad tiene un valor que en principio muestra el *avance* de la conducción humana. La retroactividad de la ley es un "repliegue" de la previsibilidad que expresa revisibilidad. La ordenación por ejemplaridad abarca la *costumbre*. Una fuerte costumbre largamente desarrollada, que tuvo una de sus grandes expresiones en la Revolución norteamericana, se remite a la irretroactividad de las leyes [31]. Sin embargo, en la costumbre, la retroactividad puede desarrollarse de manera relativamente oculta, por la falta de formalización.

12. El régimen *cambia* por evolución, "golpe" [32] o revolución. En la evolución varían sólo los criterios supremos de reparto, en el golpe se modifican sólo los supremos repartidores y en la revolución cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. Las soluciones transitorias pueden ser *evolutivas*, *golpistas* y *revolucionarias*. En general, la retroactividad es más afín a la frontalidad de la revolución; en cambio, la ultraactividad está más cerca de la evolución.

La retroactividad y la inmediatez corresponden más a la *sustitución* de un orden; en cambio, la ultraactividad tiende a integrar el orden del pasado en el orden del porvenir [33]. En las soluciones transitorias hay cierta *recepción intertemporal* que genera, como tal, respuestas de asimilación o rechazo [34]. La retroactividad produce *desorden diacrónico* y puede corresponder en mayor medida a un estado de "guerra". En algún grado ocurre lo mismo en la inmediatez. La ultraactividad produce cierto *desorden sincrónico* pero, con alguna integración de orden y justicia individual, puede ser más afín a la "paz". Tal vez, la retroactividad sea expresión de más *tensión* y sea vivenciada más como anarquía, sobre todo si se la enjuicia desde el pasado. Toda anarquía importa el "disvalor" *arbitrariedad*.

13. Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la "naturaleza de las cosas". Estos pueden ser, por ejemplo, *generales*, abarcando los obstáculos físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos y socioeconómicos, y *especiales*, referidos a los planteos generales (de futuro) en cuestiones vitales, puesto que necesariamente se replantean.

La transitoriedad puede encontrar *límites necesarios*, sobre todo de la "inmodificabilidad" del sustrato del pasado, pero también puede expresarlos, cuando éste no puede mantenerse, cuando la inmediatez no puede implementarse o cuando la ultraactividad no puede prolongarse. La transitoriedad ha de atender al replanteo de las soluciones generales respecto de cuestiones vitales, pues en cada caso esas soluciones se reconsideran, sea que al fin se las mantenga o cambie.

Los límites necesarios, también en el caso de la transitoriedad, se producen en gran medida por los factores de poder que forman la constitución material.

14. Las *categorías básicas* para la construcción de la realidad social son de manera principal la *causalidad*, la *finalidad objetiva* (los sentidos que "encontramos" en los acontecimientos), la *finalidad subjetiva*, la *posibilidad* y *la realidad*. La causalidad, la finalidad objetiva y la posibilidad son de maneras muy claras categorías *"pantónomas"*, dirigidas a la totalidad de sus manifestaciones (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Los sentidos de cada una de estas categorías pantónomas están *entrelazados*, de modo que se influyen recíprocamente. Como no podemos aprehender dichas totalidades, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos obligados a *fraccionarlas* produciendo *certeza*. La relación de la finalidad subjetiva con la finalidad objetiva, la causalidad y la realidad hace al éxito y al fracaso.

De alguna manera, todo lo posterior influye en lo anterior y es "retroactivo" y todo lo anterior influye en el futuro y es "ultraactivo". Todo lo que hacemos o sucede en momentos posteriores es "retroactivo", porque modifica lo que existía. También todo lo que hicimos o sucedió es "ultraactivo" e influye en el presente y el porvenir. El presente es influido e influye en el curso del pasado y el futuro. Muchas veces "hacemos" para cambiar, pero en otros casos "hacemos" para no cambiar. Según surge de la destreza política de "El Gatopardo", la modificación de nuestra conducción puede ser innovadora pero también conservadora. Hay retroactividades que son al fin ultraactividades y a la inversa.

Para delimitar la retroactividad y la inmediatez a las que aquí nos referimos tenemos que remitirnos a una *finalidad subjetiva* de retroactividad e inmediatez, sea ésta declarada u oculta, de "criptorretroactividad". La finalidad subjetiva transitoria no siempre logra la finalidad objetiva, la causalidad y la realidad deseadas.

Siempre hay que tener en cuenta los *"sentidos definitivos"* de retroactividad, inmediatez y ultraactividad, teniendo en cuenta que pueden haber soluciones semejantes por caminos diversos y soluciones diversas por caminos semejantes [35].

b. Dimensión normológica

15. Según la propuesta trialista más reciente, las *normas* son captaciones lógicas "promisorias" de repartos proyectados. Poseen la estructura de juicios y como tales tienen un *antecedente* que capta el sector social a reglamentar y una *consecuencia jurídica* que capta la reglamentación. Cada uno de éstos tiene características positivas que deben estar presentes y características negativas que han de estar ausentes para que las normas funcionen.

Vale tener en cuenta si la "retroactividad" es sólo actuar sobre casos pasados o sobre las soluciones de casos pasados. Una norma es retroactiva o de efectos inmediatos cuando cambia la *consecuencia* de *otra anterior*, sea que lo haga modificando su antecedente o su consecuencia

Según hemos indicado, entendemos que cada norma tiene un *ámbito temporal activo*, que corresponde al período de su vigencia y un *ámbito temporal pasivo*, que es el tiempo en que deben haber ocurrido los casos para que sea aplicable. Entendemos que el ámbito temporal pasivo existe *porque* lo establece el ámbito temporal activo. Una norma que ya no está activa no puede conservar un ámbito pasivo si no se lo *otorga* una norma que tiene ámbito activo. Cuando una norma tiene un ámbito temporal pasivo anterior a su ámbito temporal activo es retroactiva; la simultaneidad indica inmediatez y si la norma posee un ámbito temporal pasivo posterior a su ámbito temporal activo es ultraactiva.

16. Las normas que se refieren a sectores sociales pasados son denominadas *individuales* por la *temporalidad* del antecedente y realizan el valor *inmediatez* y las que atienden a sectores sociales futuros son llamadas *generales* por la temporalidad del antecedente y satisfacen el valor *predecibilidad*. Las normas individuales requieren más capacidad de contacto con la realidad y menos aptitud de abstracción que las generales; con éstas sucede a la inversa. Las normas retroactivas y de aplicación inmediata, por referirse a sectores pasados anteriores o simultáneos al tiempo de su ámbito activo, son o resultan *individuales* por el antecedente y realizan el valor *inmediatez*. Exigen más aptitud de contacto inmediato y menos destreza para la abstracción. La ultraactividad se vale más de normas generales, con más necesidad de abstracción.

Puede diferenciarse asimismo, por ejemplo, la *generalidad* y la *especialidad* según la *materialidad* del antecedente. Atendiendo en gran medida a la voluntad de los autores, se establecen ciertas reglas tradicionales de prioridad de lo especial anterior sobre lo general posterior, salvo que esto sea de orden público. En estos términos problemáticos el ámbito de las normas modifica los sentidos de posterioridad de la retroactividad.

17. Las *fuentes reales* de las normas son en general los repartos que ellas captan. Se diferencian como fuentes *materiales* (los repartos mismos) y *formales* (las "autobiografías" de los repartos hechas por los propios repartidores (v.gr., constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Todas las fuentes reales pueden ser retroactivas, pero la retroactividad suele hacerse más notoria cuando se trata de *fuentes formales*. La retroactividad de una ley (fuente formal) es más "frontal" que la de una costumbre (fuente material).

En un enfoque relativamente específico de ciertas fuentes, tanto las leyes como las sentencias pueden ser retroactivas, aunque de alguna manera las sentencias casi siempre lo son porque se refieren a casos sucedidos con anterioridad y las leyes son casi siempre pensadas para evitar los alcances retroactivos de las sentencias, haciendo las respuestas más predecibles. Pese a que la preocupación por la irretroactividad es anterior, el liberalismo político a través de la conquista de la elaboración de normas generales (referidas a sectores sociales futuros, supuestos) ha dado a las leyes más carácter irretroactivo.

Las fuentes formales pueden ser más *flexibles* o *rígidas* (de fácil o difícil reforma), *elásticas* o *inelásticas* (de más fácil o difícil adaptación al cambio) y *participativas* o *no participativas*. Tal vez exista cierta conexión entre la flexibilidad y la facilidad de la retroactividad y la inmediatez, pero es la rigidez la que puede requerirlas en mayor grado. Quizás la retroactividad y la inmediatez se atenúen en cuanto una norma esté en elaboración pública. La elasticidad hace que la retroactividad y la inmediatez sean formalmente menos necesarias. La participatividad otorga mayor fuerza social legitimante a la retroactividad y la inmediatez. La "voluntad del pueblo" tiende a ser retroactiva. A su vez, las fuentes formales poseen distintas jerarquías. El ascenso en este sentido tiende a consagrar la retroactividad.

La ley suele ser menos rígida, elástica, participativa y jerarquizada que la constitución formal, pero más que el decreto. En principio, su rigidez haría a la retroactividad más difícil, pero inclinaría a establecerla. La relativa elasticidad haría que su retroactividad fuera menos necesaria. Sin embargo, la participatividad e incluso la jerarquía abren ciertos caminos de legitimidad social a la retroactividad legal. Los decretos de necesidad y urgencia modifican las condiciones de las "leyes" en cuanto a rigidez y tal vez disminuyan la necesidad de la retroactividad.

Las características de la retroactividad deben comprenderse también en relación con la *jerarquía de las fuentes*. En principio ha de tratarse de fuentes del mismo nivel. Si la fuente posterior o anterior es superior o inferior, el problema queda resuelto por la jerarquía de las fuentes. El régimen transitorio de la ley se subordina a las reglas establecidas en fuentes superiores. Pese a su arraigo cultural, la solución transitoria del art. 3º C.C. tiene jerarquía legal y puede ser cambiada por otra ley.

Las *fuentes de conocimiento* de las normas y del mundo jurídico en general constituyen la *doctrina*. Esta puede referirse más al pasado, al presente o al porvenir, puede hacer remisiones "pararretroactivas" o "paraultraactivas", pero los paradigmas científicos son siempre "retroactivos" [36].

18. Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas funcionen mediante un proceso que puede incluir tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis [37]. Esas tareas del *funcionamiento* significan diversas posibilidades de retroactividad, inmediatez y ultraactividad. Además de las normas directamente retroactivas o inmediatas hay funcionamiento de retroactividad o inmediatez. En la propuesta trialista originaria, la referencia

de la interpretación a la auténtica voluntad del autor [38] es más afín a la ultraactividad de ésta y la elaboración ante carencias axiológicas (dikelógicas) es más afín a la retroactividad y la inmediatez de lo elaborado.

La retroactividad y la inmediatez implican cierta carencia de valor en la normatividad existente, por lo cual se produce una carencia axiológica (dikelógica) en la obra del legislador anterior que la nueva norma viene a solucionar. De cierto modo, se trata de un importante equilibrio funcional posible entre ultraactividad y retroactividad.

En otro aspecto, pueden producirse *criptorretroactividad*, *criptoinmediatez* e incluso *criptoultraactividad*, cuando los encargados del funcionamiento (por ej., los jueces) esconden su intervención en estos sentidos con el ropaje de otras tareas. A menudo se obtienen esos despliegues temporales forzando el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la aplicación y la síntesis.

En gran medida, en la escuela de la exégesis, el "legislador" histórico en sentido amplio era quien expresaba auténticamente la juridicidad, con una limitación a la retroactividad judicial que, en cambio, Kantorowicz, referido al legislador actual, viabilizaba. Las *leyes interpretativas* suelen ser vías relativamente fáciles para la criptorretroactividad; éste es uno de los motivos por los que urge controlar el carácter que invocan [39].

A veces conviene que la solución transitoria sea general ("legal") y, en otros casos, que mediante una laguna se deje la respuesta al respecto a las soluciones más casuísticas. Una solución con este sentido puede ser la de la ley 23.515, que dejó muchos problemas transitorios en la penumbra [40]. La norma retroactiva puede apoyarse en elementos ya existentes en el ordenamiento (autointegración) o externos a él (heterointegración). En este último caso la retroactividad puede ser más intensa.

Retroactividad, inmediatez y ultraactividad significan que la aplicación tendrá diversos alcances. Como la inmediatez "abre el caso", genera dificultades de aplicación especiales. Asimismo producen síntesis que solucionan de cierto modo un "conflicto" ideal entre las pretensiones normativas. La "división" del curso del caso, efectuada por la inmediatez, reclama una síntesis particularmente relevante.

Un tema en debate suele ser el sentido transitorio que ha de tener la jurisprudencia. Su carácter retroactivo o inmediato puede ser una manera de criptorretroactividad paralegal.

19. A medida que captan los repartos las normas los describen y los integran. Esta *función integradora* se cumple a través de *conceptos* que dan precisión a la realidad y la modifican. La retroactividad y la inmediatez cumplen su función *resignificadora* en la integración. Así sucede, por ejemplo, cuando se dan por cumplidos servicios no realizados. Los conceptos básicos son ultraactividad, inmediatez y retroactividad. También poseen especial importancia los conceptos de *derechos adquiridos* y *orden público* que, respectivamente, dificultan o viabilizan la retroactividad y la inmediatez.

Los conceptos pueden ser más *institucionales*, cargados de ideas e indisponibles para los particulares o *negociales*, menos cargados de ideas y disponibles para los particulares. La retroactividad de la ley e incluso la inmediatez de sus efectos suelen invocar institucionalidad; la ultraactividad suele vincularse con la negocialidad. A menudo, las normas retroactivas e inmediatas traen a relación para la integración de los repartos a las normas a afectar.

20. Según la propuesta trialista el *ordenamiento normativo* es la captación lógica de un orden de repartos. El ordenamiento se constituye verticalmente mediante relaciones de producción que realizan el valor subordinación y vinculaciones de contenido que satisfacen el valor ilación y "horizontalmente" [41] a través de relaciones de producción que realizan el valor infalibilidad y vinculaciones de contenido que satisfacen el valor concordancia. El complejo del ordenamiento realiza el valor coherencia y cuando ésta se encamina a la justicia es armonía. La retroactividad y la inmediatez significan modificaciones en esos sentidos, apoyándose más en las vinculaciones verticales de producción y mostrando especial evidencia en las relaciones

horizontales de contenido. De cierto modo, significan *discordancia*, *"contradicción"* e *incoherencia*.

El ordenamiento va produciéndose a través de *subordenamientos sucesivos*, al punto que ha llegado a decirse que cada norma nueva cambia totalmente el ordenamiento [42]. Esos subordenamientos temporales son de cierto modo semejantes a los ordenamientos o subordenamientos en la referencia espacial que descubrió Triepel al atender a la aparente diversidad de hontanares entre Derecho Internacional y Derecho Interno generadora de los problemas del "dualismo" y el "monismo". La transitoriedad se establece entre dos subordenamientos temporales sucesivos con cuestiones de receptividad mayor o menor.

La *norma hipotética fundamental* de un ordenamiento normativo es siempre retroactiva, porque el ordenamiento pretende cierto monopolio del tiempo jurídico, que abarca también el pasado. El ordenamiento es en todos los casos, de alguna manera, "retroactivo". Es interesante diferenciar la transitoriedad dentro del sistema y la exterior a él. Tal vez pueda sostenerse que la sistematicidad y la codificación, con sus pretensiones de plenitud, tienen más vocación de retroactividad, aunque ésta resulte menos tensa, en tanto los meros órdenes de normas y la recopilación tienen más afinidad directa con la necesidad de retroactividad [43].

c. Dimensión dikelógica

21. Conforme con la propuesta trialista, la valoración de los repartos y las normas debe hacerse según un complejo de valores que ha de culminar en la *justicia*. El derecho transitorio debe resolverse al fin por consideraciones de justicia. Las soluciones de retroactividad, inmediatez y ultraactividad han de ser satisfactorias en lo sociológico y lo normológico, pero sobre todo en términos del complejo de valores que debe culminar en la justicia.

Aunque la justicia sólo admite relevante rigor en sus perspectivas estrictamente axiológicas (formales), entendemos que sin entrar a las polémicas entre objetivistas y subjetivistas, naturalistas y culturalistas, también es posible un pensamiento riguroso al respecto en la perspectiva axiosófica (material) si se parte de algún consenso sobre ciertos puntos básicos.

En el complejo de valores jurídicos ocupa también un lugar destacado, sobre todo en nuestro tiempo, el valor utilidad, que ha de iluminar la transitoriedad. La retroactividad "invierte" la relación *utilitaria* temporal sucesiva entre medio y fin en el sentido de que el medio aparece como tal después que el fin [44].

22. En cuanto a los *caminos* para pensar la justicia, es decir, las *clases de justicia*, la retroactividad legal suele encontrar más apoyo en las perspectivas gubernamentales (pensadas desde el todo), integrales (pensadas para el todo) y generales (pensadas para el conjunto). Como la justicia general es especialmente afín al derecho público, cabe señalar cierta afinidad entre esa retroactividad y el *derecho público*. La ultraactividad tiene más apoyo en la justicia sectorial (pensada para la parte) y la justicia particular, más vinculada al derecho privado. Cuando el derecho público establece la irretroactividad de las leyes, según lo ha hecho, al menos hasta ahora, el derecho penal, se inspira en el liberalismo político, que "hipoteca" el derecho público para la protección de los gobernados -de algún modo particulares- a quienes tiene en cuenta directamente el derecho privado.

La retroactividad y la aplicación inmediata se inspiran en insatisfacciones respecto de la justicia *"de llegada"*; difieren de la ultraactividad que es más cercana a la justicia *"de partida"* [45]. Fracasada la justicia "rectora" de la primera adjudicación la retroactividad y la inmediatez se orientan más a la justicia "correctora".

23. Como todo valor, la justicia tiene tres *despliegues*: valencia (deber ser puro), valoración (deber ser aplicado) y orientación valorativa (brindada por criterios generales). La justicia es pensada valorando la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (es "pantónoma", -pan=todo; nomos=ley que gobierna-). Como esa totalidad nos es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, es necesario fraccionarla produciendo seguridad jurídica. La trama del plexo temporal hace que las perspectivas construidas como

pasado, presente y porvenir se entrelacen, de cierto modo se "superpongan" y unas *"resignifiquen"* a las otras. La retroactividad e incluso la inmediatez son maneras de la superposición y la resignificación. La retroactividad desfracciona el porvenir a costa del fraccionamiento del pasado; la inmediatez desfracciona el porvenir fraccionando sólo lo transcurrido del pasado; la ultraactividad desfracciona de cierto modo el pasado a costa del fraccionamiento del porvenir [46]. En la ultraactividad el sentido de la seguridad es especialmente intenso.

Esos fraccionamientos y desfraccionamientos generan *seguridad* e *inseguridad* jurídica. Los desfraccionamientos de la retroactividad y la inmediatez hacen inseguro al pasado; en algún grado el de la ultraactividad hace inseguro al porvenir. Sin embargo, la justicia no se disuelve en la seguridad. La retroactividad y la inmediatez deben satisfacer desfraccionamientos de una influencia *ex tunc* o *ex nunc* del porvenir, o sea referencias a "errores" de juicios de justicia desde siempre o desde ahora.

La retroactividad y la inmediatez significan triunfos de valoraciones y criterios generales actuales y la *crisis* de las soluciones anteriores.

24. Si se adopta el *principio supremo* de justicia propuesto por la teoría trialista del mundo jurídico, que exige adjudicar a cada individuo la *esfera de libertad* necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para convertirse en persona, es posible desenvolver sobre él soluciones respecto de la justicia de los repartos aislados y el régimen. La problemática del derecho transitorio debe ser comprendida en relación con los espacios de libertad para la personalización [47]. En general puede decirse que hay que liberar del pasado mediante la retroactividad y la inmediatez y liberar del presente y el porvenir en el curso de la ultraactividad. Importa proteger a los hombres del pasado y a los del porvenir que son -en diferentes grados- especialmente débiles.

25. La *justicia de los repartos* aislados ha de atender a su legitimidad en cuanto a repartidores, recipiendarios, objetos, formas y razones. Si se adopta el principio supremo recién propuesto, la legitimidad de los *repartidores* depende de la autonomía de los interesados (y de sus despliegues relativamente semejantes [48]); subsidiariamente también de la aristocracia de la superioridad moral, científica y técnica. La legitimidad de los legisladores emerge principalmente de su carácter infraautónomo, referido a la mayoría. Entre el legislador pasado y el futuro, éste puede invocar cierta infraautonomía actual y alguna *aristocracia* del conocimiento posterior.

La legitimidad de los *recipiendarios* puede apoyarse en la necesidad, que brinda *merecimientos* o en la conducta, que otorga *méritos*. En el balance del derecho transitorio es importante saber si hay variaciones de merecimientos o méritos en las soluciones del pasado, las inmediatas y las retroactivas. Puede haber retroactividad o inmediatez para atender más a necesidades o a conductas insatisfactoriamente consideradas. A su vez, la ultraactividad puede apoyarse en necesidades o conductas que hay que continuar atendiendo.

Los *objetos* legítimos son denominados *"repartideros"*, dignos de ser repartidos. Las soluciones del derecho transitorio son legítimas en este sentido cuando *adjudican tiempo con justicia*. Las oportunidades vitales en el tiempo constituyen temporalidad, la retroactividad, la inmediatez y la ultraactividad deben ser adjudicaciones legítimas de *temporalidad*. Importa saber si el pasado al que domina la retroactividad sirviendo al porvenir, el presente crítico de la inmediatez y el porvenir al que domina la ultraactividad sirviendo al pasado son repartideros. Si bien el hombre debe poder "saber a qué atenerse", asimismo son debidas la evolución y la rectificación para el avance, que son inherentes al desarrollo y a la integración requeridos por la propia noción de personalización. En división de los niveles, los asuntos menos importantes requieren por practicidad, retroactividad o inmediatez y los más significativos, vinculados con la condición humana, también reclaman, a menudo, retroactividad [49]. En los niveles intermedios suele ser más sustentable la ultraactividad. Los derechos humanos son, en nuestros días, un ejemplo nítido de profundidad promotora de retroactividad que se impone a veces a la irretroactividad penal.

La legitimidad de la *forma* en que llega a establecerse el reparto se logra a través de la *audiencia* de los interesados. En la retroactividad y la inmediatez, la distancia con el tiempo de origen produce problemas importantes de audiencia respecto de las situaciones anteriores, ya que incluso siendo las mismas personas puede tratarse de intereses y discursos diferentes. La diversidad de circunstancias produce "ruido" en la comunicación [50].

La legitimidad en las *razones* depende en mucho de la *fundamentación* que brinden los repartidores. Las fundamentaciones de la retroactividad y la inmediatez son tensas, aunque sea en diversos grados, porque también ellas deben abarcar circunstancias distintas.

26. Para ser justo, un *régimen* ha de ser *humanista* y no totalitario, es decir, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Esto hace necesario que cada momento sea un fin en sí, evitando que los hombres del pasado sean convertidos en medios de los actuales y los del porvenir, a través de una retroactividad o inmediatez infundadas, o asimismo, claro está, que los hombres del presente y el porvenir sean medios de los hombres del pasado, en el curso de una ultraactividad indebida. A menudo, la retroactividad e incluso la inmediatez incrementan el peligro de totalitarismo en sentido estricto, donde los hombres son tomados como medios del conjunto social. La ultraactividad agrega el riesgo de "totalitarismo" individualista, en que los hombres son considerados medios de otros hombres.

El respeto al individuo requiere atender a su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su pertenencia a la *comunidad*. La unicidad orienta más al liberalismo político; la igualdad encamina más a la democracia y la comunidad es sendero más afín a la *res publica* (cosa común). Por su proximidad con la unicidad, la ultraactividad se orienta más al liberalismo; por su afinidad con la igualdad y la comunidad la retroactividad suele tener más presencia en la democracia y en la *res publica*. La inmediatez busca un equilibrio entre los tres requerimientos, aunque tal vez esté más cerca de la igualdad y la comunidad. Los regímenes individualistas suelen ser más ultraactivistas y los socialistas son con frecuencia más retroactivistas.

Para realizar el régimen de justicia es necesario *proteger* al individuo contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de todo "lo demás" (enfermedad, ignorancia, desempleo, soledad, etc.). El derecho transitorio ha de resguardar en todos esos frentes. Sin embargo, el pasado, el presente y el porvenir integran en especial "lo demás".

La ultraactividad puede ser un medio de amparo contra el régimen, la retroactividad y la inmediatez suelen procurar más el resguardo frente a los demás individuos. Una cuestión relevante es la protección de las *minorías temporales* (con sentidos temporales débiles respecto de las mayorías), como pueden ser en América Latina los sectores indígenas relativamente anclados en el pasado.

27. Según el principio supremo propuesto, la retroactividad y la ultraactividad son valiosas cuando significan *progreso* y *conservación* en términos de justicia. La inmediatez invoca el equilibrio de conservación y progreso.

Parte Especial

28. El derecho se diversifica materialmente en *ramas jurídicas*, todas tridimensionales pero con particularidades en las tres dimensiones: tradicionalmente, derecho constitucional, internacional público, administrativo, penal, procesal, civil, comercial, del trabajo, internacional privado, etc., y nuevos despliegues derecho de la salud y bioderecho, derecho ambiental, de la educación, de la ciencia y la técnica, del arte, etc. estas últimas son perspectivas "transversales" llamadas a enriquecer las ramas tradicionales con miras a contemplar grandes problemas culturales y humanos que merecen más atención. Una perspectiva transversal también relevante es el *derecho transitorio*.

El despliegue del derecho transitorio de una rama es una expresión de los significados hondos de su "espíritu" y un despliegue de la transtemporalidad de un sistema jurídico. La

retroactividad frecuente en el *derecho constitucional* expone su relación con bases últimas del régimen; principalmente en cuanto a organización de la sociedad. La Constitución puede ser retroactiva en tanto no entre en conflicto con ella misma. En el juego de la irretroactividad y la retroactividad favorables al reo, que es legítimo desarrollar en el *derecho penal liberal*, es dado advertir la tensión entre los gobernantes y el reo en calidad de gobernado. También el *derecho tributario liberal* suele rechazar la retroactividad en contra del contribuyente. En las cuestiones *procesales* formales puede ser legítima la retroactividad para facilitar los trámites; en los asuntos procesales materiales puede ser más exigible la ultraactividad, salvo que se trate de cuestiones procesales materiales muy profundamente significativas -v.gr., la no denegación de justicia- donde vuelve a resultar sustentable la retroactividad. Tal vez en el *derecho internacional público*, la retroactividad tenga más afinidad con la guerra que con la paz.

En el *derecho de las obligaciones contractuales*, la ultraactividad suele resultar legítima por el nivel "intermedio" de los contenidos; en tanto en el *derecho de familia* son, algunas veces, más sustentables en justicia la retroactividad y la inmediatez, porque se trata de asuntos más vinculados a la condición humana. El contenido relativamente social que suelen tener los *derechos reales* puede llegar a hacer más sustentables la retroactividad y la inmediatez. en *derecho internacional privado*, la diversidad de opiniones entre las soluciones transitorias autárquicas y analógicas, en este caso, principalmente de la *lex transitus legis civilis fori* y la *lex transitus legis civilis causae* muestra las tensiones entre la internacionalidad en sí misma y las referencias a los derechos nacionales en sus orientaciones más "chauvinista" o "cosmopolita". El respeto al elemento extranjero, llevado a sus últimas consecuencias legítimas, exige la imitación de las soluciones transitorias "causae" para el derecho internacional privado y también para el derecho declarado aplicable.

B. Horizonte lingüístico-jurídico de la jurística normológica

29. También es importante el empleo de la *teoría jurídico-lingüística*, uno de los horizontes de la Jurística Normológica. En los umbrales de este enfoque teórico está el aprovechamiento de las perspectivas *gramaticales* para reconocer los despliegues jurídicos. Los pronombres, los verbos, los adverbios y los adjetivos son perspectivas muy relevantes para aclarar las respuestas y las dimensiones del derecho. En los casos del derecho transitorio y en especial de la retroactividad y la inmediatez es de especial interés atender a los *verbos* y sus *tiempos* [51].

En español, el verbo es la clase de palabra más variable en cuanto a flexibilidad. El sistema verbal posee distintas formas de pasado y futuro destinadas a expresar el tiempo según las diversidades de relación con el presente. La retroactividad constituye pasado, pero puede hacerlo de diversas maneras coincidentes con las diferencias del pretérito.

Sin desconocer importantes diversidades de usos regionales, cabe señalar que el pretérito puede ser perfecto simple [52], imperfecto, perfecto compuesto, pluscuamperfecto y anterior. La retroactividad puede ser construida, así, de diversas maneras. La *retroactividad perfecta simple*, que considera acciones situadas en el pasado que no están relacionadas con el presente en la mente del que resuelve ("mató"). La *retroactividad imperfecta* se refiere de modo principal a acciones o situaciones pasadas, sin precisar el principio ni el final ("mataba"). La *retroactividad perfecta compuesta* se remite a un pasado cercano que se prolonga hasta el presente, e incluso, lo supera ("ha matado"). La *retroactividad pluscuamperfecta* constituye acciones pasadas y concluidas en relación con otras acciones pasadas ("había matado"). Incluso hay una retroactividad de *pretérito anterior*, dirigida a un hecho anterior inmediatamente lindero con otro del pasado ("hubo matado"). La admisibilidad de estas construcciones depende del grado de certeza, aislamiento y fuerza que quiera darse a los casos. Pese a que los usos suelen ser diversos, no es lo mismo decir que alguien mató, mataba, ha matado, había matado o hubo matado.

De manera relativamente semejante a la relación del sustantivo con el adjetivo, el verbo se vincula con *adverbios*, cuya presencia es importante al establecer los verbos de la

retroactividad. También el gerundio puede contribuir a expresar continuidades temporales reconocibles en la retroactividad.

Otro despliegue jurístico-lingüístico relevante en cuanto a la temporalidad es el de los *pronombres*, dentro del cual nos referiremos, en este caso, a los pronombres *personales* [53]. Cada individuo y cada sociedad tienen respectivamente su propio complejo pronominal biográfico e histórico. No es lo misma una retroactividad de nosotros, vosotros o ellos [54]. La situación de minorías en lo temporal concebida como "ellos" de los indígenas en la conquista acentúa el peso de la retroactividad. De alguna manera, la obra codificadora fue para el gaucho una importante y prolongada retroactividad cultural.

C. Horizonte del derecho internacional privado en la teoría de las respuestas jurídicas y culturales

30. En el horizonte de las ramas del mundo jurídico, el derecho internacional privado clásico ha permitido construir la teoría general de las *respuestas jurídicas y culturales* [55]. Pueden estudiarse así los alcances, la dinámica y las relaciones entre las respuestas, en este caso referidas a la transitoriedad legal.

Los *alcances* de las respuestas, también en la transitoriedad, pueden considerarse desde los puntos de vista de las personas, la materia, el espacio y el tiempo. En cuanto a la *dinámica* de las respuestas, la retroactividad significa de manera principal la modificación de los alcances por una *"plusmodelación"* del presente y el futuro sobre el pasado y una *"minusmodelación"* del pasado.

Las *relaciones* entre las respuestas son, v.gr., de coexistencia de respuestas independientes y de dominación. En la retroactividad, el presente *domina* al pasado; en la ultraactividad, el pasado *domina* al presente y en la aplicación inmediata se procura cierta *coexistencia* entre los diversos momentos del tiempo [56].

NOTAS:

[1] La *construcción* del concepto de retroactividad suele ser discutida, de manera destacable, respecto de la inclusión de las consecuencias pendientes de los actos pasados (acerca de la inclusión de los efectos a producirse suprimiendo o modificando para el porvenir de nuestros derechos por un acto pasado, puede v. por ej., Vareilles-Sommieres (comte de), *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, París, Cotillon/Pichon, 1892, pág. 6 y ss.).

[2] Puede v. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Civil %20I/3_Cong_Nac_Dcho_Civ_1961.pdf , 24/2/09.

Es posible c. por ej., Augusto C. Belluscio (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, reimp., Buenos Aires, Astrea, 1993, t. I, pág. 15 y ss.; Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1980, t. I, págs. 155 y ss. y 187 y ss.; *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires, Perrot, 1951; Alberto J. Bueres (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, t. 1, pág. 7 y ss. (Delia M. Ferreira Rubio); Santos Cifuentes (dir.), *Código Civil comentado y anotado*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, La Ley, t. I, 2005, pág. 3 y ss.; Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte General*, 21ª. ed., actualizada por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, 2003, t. I, pág. 117 y ss.; Julio César Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Bs. As., Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, 2004, t. I, pág. 211 y ss. También, por ej., Luis Moisset de Espanés, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba. Universidad Nacional de Córdoba, 1976; "La irretroactividad de la ley y el efecto inmediato", en J.A, 1972, pág. 814 y ss., www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artefectoinmediato/at_download/file, 28/1/09; "La mora y el derecho transitorio" , en E.D., t. 53, pág. 667 y ss., http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artmoraderechotransitorio, 22/2/09; "Novación concursal. Derecho transitorio", en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/novacion-concursal-derecho-transitorio , 22/2/09; Augusto M. Morello, "Eficacia de la ley nueva en el tiempo", en *Examen y crítica de la reforma*, La Plata, Platense, 1971, t. I, págs. 59 - 95; Lisardo Novillo Saravia (h), "La retroactividad de la ley y el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil", en J.A. Doctrina, 1970, p. 568 y ss.; Juan Carlos Smith (dir.), "Retroactividad e irretroactividad de las normas jurídicas", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIV (1967), pág. 1.000 y ss.; CNCom., Sala C, 2278/08, "Paladini, Elvio Silvio s/ conc. prev. s/ inc. de revisión (por la concursada contra Fernández Martínez, Antonio y otros)", en Sup. CyQ, 1/1/00, 59 - IMP2009-1 (enero), 74. "Cabe c/ Digesto jurídico", L.L., t. I, pág. 873 y ss. y "2", t. I, pág. 634 y ss.

[3] Pueden v. en relación con el tiempo por ej., J. Alexander GUNN, *El problema del tiempo*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986; HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, trad. José Gaos, 5ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974.; AS. VS. (rec.), "Au carrefour des cultures. Le temps et les philosophies", *Etudes préparées pour l'Unesco*, París, Les Presses de l'Unesco, 1978 ; Bas C. van FRAASSEN, *Introducción a la filosofía del tiempo y del espacio*, trad. Juan-Pedro Acordagoicoechea Goicoechea, Barcelona, Labor, 1978. En relación con el devenir puede c. Henri BERGSON, *La evolución creadora*, trad. María Luisa Pérez Torres, Barcelona, Planeta - De Agostini, 1985.

Cabe c. nuestro *Estudios de historia del derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; "La temporalidad y el derecho civil", en *Trabajos del Centro*, Nº 4, págs. 29/39; "La construcción de la persona, el tiempo y la materia del derecho privado (El derecho privado en la complejidad personal, temporal y material)", en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 25, págs. 37/48.

En cuanto al debate acerca de la "existencia" del tiempo, cabe recordar las ideas negativas sostenidas por filósofos de Elea (sobre todo, Zenón), la radicalización afirmada en Efeso (negación que en realidad indicaba los obstáculos de su ignorancia) y las dificultades de San Agustín (es posible v. nuestras *Lecciones de historia de la filosofía*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, t. I, págs. 51 y ss. y t. II, págs. 19/20).

Acerca de la historicidad cabe c. por ej., Alfred STERN, *La filosofía de la historia y el problema de los valores*, trad. Oscar Nudler, Buenos Aires, Eudeba, 1964.

[4] A veces se usa la noción de "efecto diferido" (cabe c. por ej., José María LÓPEZ OLACIREGUI (dir.), "Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso del derecho y lesión subjetiva", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, X, 21 (1968), págs. 75/6.

[5] La vacancia de la ley es semejante en el futuro a la ultraactividad en cuanto al pasado.

[6] Puede v. por ej., Rosa Miriam ELIZALDE, "Entrevista con Saramago en Lanzarote. Vivimos en un espacio pero habitamos en una memoria", en voltairenet.org, http://www.voltairenet.org/article120565.html , 22-2-2009 (autora del reportaje: Usted mismo ha dicho que habitamos físicamente un espacio, pero habitamos sentimentalmente una memoria. ¿Cómo sobrevive una memoria como la suya en este mundo que hace culto al olvido?).

[7] Jorge Luis BORGES, "Funes, el memorioso", en *Ficciones*, Madrid, Alianza, 1971, pág. 121 y ss..

[8] De cierto modo, en profundidad, la construcción parmenídea excluye la transitoriedad y la construcción heraclítea, la incrementa de tal manera que al fin la niega.

[9] Si la historia es la construcción del pasado, la *Historiografía* puede contribuir a su reconstrucción retroactiva. Tal vez una manera de la retroactividad sea el *olvido*.

[10] Es posible v. nuestro artículo "El derecho, la temporalidad y la transtemporalidad", en *Anuario* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Nº 3, pág. 33 y ss..

[11] Para ampliar se puede c., por ej., nuestro trabajo "Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 10, pág. 27 y ss..

[12] Lewis CARROLL, *Alicia en el País de las Maravillas*, trad. Humpty Dumpty, Cap. 7, http://www.guiascostarica.com/alicia/a1/index.html , http://www.guiascostarica.com/alicia/a1/cap07.htm , http://pacomova.eresmas.net/paginas/A/alicia7.htm , 12/3/09.

[13] Es posible ampliar en nuestros trabajos "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina", en Boletín del Centro de Investigaciones... cit., Nº 12, pág. 29 y ss.; *Bases jusfilosóficas del derecho de la cultura*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; "Bases culturales del derecho argentino", en Revista del Centro de Investigaciones... cit., Nº 27, págs. 113/126.

[14] Cabe c. nuestros *Estudios de historia...* cit..

[15] Es posible recordar, por ej., "Archives de philosophie du droit", t. 25, "La Loi".

[16] Pueden v., en parte como bases del presente trabajo, nuestros artículos "Reflexiones filosóficas sobre el Derecho transitorio", en Boletín del Centro de Investigaciones... cit., Nº 8, pág. 11 y ss., http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/326/235 , 22-2-2009 y "Nuevas reflexiones filosóficas sobre el derecho transitorio", en prensa en Revista del Centro de Investigaciones... cit..

[17] Paul ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París, Dalloz, 1960, pág. 3 y ss. Los antecedentes del planteo respectivo son muy antiguos, pueden v., por ej., ROUBIER, op. cit., pág. 30 y ss. Un lugar destacado corresponde a Savigny, sobre todo por la clara conciencia de la vinculación entre lo interespacial y lo intertemporal (F.C. de SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, trad. Ch. Genoux; Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1879, t. VI, pág. 119 y ss.). Cabe recordar, por ej., la importante obra de C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, 3ª ed., Turín, Unione Tipografico Editrice, t. I, 1891, t. II, 2ª ed., 1884, t. III, 2ª ed., 1886 y t. IV, 2ª ed., 1889. También pueden c. v.gr., Caetano PACE, *El diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milán, Ambrosiana; Gabriel MARTY - Pierre REYNAUD, *Droit civil*, 2ª ed., París, Sirey, 1972, t. I, pág. 184 y ss.; Henri y León MAZEAUD - Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil. Parte Primera* I, trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1968, págs. 212/213 y 221 y ss.; Pasquale FIORE, *La irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. Enrique Aguilera de Paz, 2ª ed., Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1900; Ludwig ENNECERUS, *Derecho civil (Parte General)*, en Ludwig ENNECERUS - Theodor KIPP - Martín WOLF, *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, vol. I, Barcelona, Bosch, 1934, pág. 232 y ss.; Roberto DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, t. I, Madrid, Reus, esp. pág. 169 y ss.; Mario ROTONDI , *Instituciones de derecho privado*, trad. Francisco F. Villavicencio, Barcelona, Labor, 1953, pág. 665 y ss.; Jean-Louis BERGEL, *Théorie generale du droit*, 4ª ed., París, Dalloz, 2004, pág. 131 y ss.; Werner GOLDSCHMIDT, *Estudios jusprivatistas internacionales*, Rosario, UNR, 1969, pág. 291 y ss.; *Introducción filosófica al derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1976, págs. 77/78, 228/229, 238, 257/258 y 435/436.

Según parece, la palabra "retroactividad" no era de uso en 1832 (Joan COROMINAS, con la colaboración de José A. PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, t. I, reimp. 1984, pág. 43 (no Acad. 1832) (no era frecuente tampoco el derecho internacional privado).

[18] Cabe recordar las diversidades en las ideas de Guillermo Borda y de Paul Roubier, vinculadas al carácter imperativo y a la relación del derecho con la justicia (cabe c. por ej., ROUBIER, op. cit., págs. 144/5).

[19] Puede v. nuestro artículo "Teorías jurídicas e historia", en *Anuario de Filosofía jurídica y social*, Ponencias en Santiago I, págs. 97/109. En relación con el pensamiento de Hans Kelsen respecto de este tema puede v. por ej., Humberto QUIROGA LAVIÉ, "La norma retroactiva en Hans Kelsen", en *Lecciones y ensayos*, Nº 23, pág. 117 y ss. (el autor pone en cuestión el carácter pleno de norma que puede tener la norma retroactiva; sí lo sería si el orden jurídico sancionara al órgano que no realizara el acto coercitivo previsto por ella).

[20] Referido a constituciones que se consideren legítimas y penetran ampliamente en el resto del régimen

[21] Pueden v. por ej., GOLDSCHMDT, *Introducción...* cit.; Miguel Angel CIURO CALDANI, *Derecho y política*, Buenos Aires, Depalma, 1976; *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, http://www.centrodefilosofia.org.ar/ , 19/2/09; *Cartapacio de derecho*, publicación de la Escuela Superior de Derecho, Universidad Nacional del Centro, http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp , 19/2/09.

[22] En relación con la complejidad pueden v. por ej., Gianluca BOCCHI – Mauro CERUTI, (comp.), *La sfida della complessità*, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997; GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., pág. XVII y ss.; Miguel Angel CIURO CALDANI, "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en E.D., t. 126, pág. 884 y ss..

[23] Cabe recordar que Diké era una de las divinidades griegas de la justicia.

[24] La filosofía jurídica de alcance menor (a veces cuestionada en su carácter filosófico) se ocupa sólo del derecho; la filosofía jurídica de alcance mayor trata al derecho en el resto del universo.

[25] Al fin, para apreciar la transitoriedad es importante atender *comparativamente* a la complejidad de la situación *pasada* y la que *se origina* con la nueva norma con referencia a la teoría trialista y sus horizontes. Sólo a través de la comparación pueden reconocerse lo retroactivo, lo inmediato y lo ultraactivo.

Es relevante recordar al refrán de que es necesario que todo cambie para que nada cambie. Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie (v. Giuseppe Tomasi de LAMPEDUSA, *El Gatopardo*, trad. Fernando Gutiérrez, Buenos Aires, Hyspamérica, 1983, pág. 38).

[26] + satisfactoria; - no satisfactoria. La ley anterior triplemente positiva puede ser axiológicamente al fin positiva en relación con su circunstancia.

[27] Goldschmidt se refería al ser y la vida.

[28] Es posible ampliar en nuestro artículo "Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. La complejidad de los casos", en L.L., 2004-D, pág. 1181 y ss..

[29] En relación con el tema puede v. por ej., Kyle D. LOGUE, "If Taxpayers Can't Be Fooled, Maybe Congress Can: A Public Choice Perspective on the Tax Transition Debate - When Rules Change: An Economic and Political Analysis of Transition Relief and Retroactivity", en *The University of Chicago Law Review*, 67, 4, pág. 1.507 y ss..

[30] Cabe. c. en cuanto al desenvolvimiento de la confianza del ciudadano, v.gr., Aurelio GENTILI, "Sulla retroatività delle leggi civili", en Rivista di Diritto Civile, 53; 6, esp. págs. 788 y 795.

[31] ROUBIER, op. cit., pág. 30 y ss..

"No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed." (Constitución de 1887, art. 1º, secc. 9, cl. 3; puede v. por ej., Cornell University Law School, United States Constitution, http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.articlei.html#section9 , 14/3/09).

[32] Idea análoga a la de golpe de Estado.

[33] Es posible v. por ej., Raymond BOUDON, *La place du désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1984.

[34] Puede ser de utilidad c. nuestros trabajos, "Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero", en Revista de Direito Civil, 8, pág. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el derecho", en Boletín del Centro de Investigaciones... cit., Nº 9, pág. 33 y ss.; *El derecho universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

[35] Es posible v. Konrad ZWEIGERT, "Des solutions identiques par des voies différentes", en Revue internationale de droit comparé", año 18, Nº 1, pág. 10 y ss..

[36] Cabe tener en cuenta a Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contín, 8ª reimp., FCE Argentina, 2004, http://www.scribd.com/doc/3121620/Tomas-Samuel-Kuhn-La-estructura-de-las-revoluciones-cientificas , 8/3/09.

[37] Puede v. nuestro artículo: "Complejidad del funcionamiento de las normas", en L.L., 2008-B, pág. 782 y ss..

En cuanto a la interpretación del art. 3º C.C. es posible c. por ej., Carlos A. DE STEFANO, "Retroactividad y constitucionalidad de las leyes", en L.L., 1979-C, pág. 784 y ss..

[38] Suele ser el legislador.

[39] V. en relación con el tema, por ej., ROUBIER, op. cit., pág. 29 y ss..

[40] Puede v. en vinculación con el tema nuestro artículo: "Nuevo derecho internacional privado matrimonial de fuente interna", en Juris, t. 80, pág. 364 y ss..

[41] Incluimos en la horizontalidad toda vinculación no vertical.

[42] En relación con este tema controvertido puede v. por ej., Eugenio BULYGIN, "Tiempo y validez", en Carlos E. ALCHOURRÓN; Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 206 y ss..

[43] V. ROUBIER, op. cit., pág. 89 y ss..

[44] Puede v. nuestro artículo: "Reflexiones sobre los valores jurídicos en una sociedad en transformación", en Zeus, t. 6, pág. D. 25 y ss..

[45] Es posible v. nuestro artículo: "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en E.D., t. 123, pág. 715 y ss..

[46] V. PACE, op. cit., pág. 135 y ss..

La retroactividad y la prescripción hacen primar el presente y el futuro sobre el pasado; la ultraactividad y la imprescriptibilidad hacen prevalecer el pasado sobre el presente.

[47] En cuanto al rechazo de la retroactividad cuando afecta a la libertad, puede v. por ej., GENTILI, op. cit., pág. 795.

[48] Paraautonomía (v.gr., de los árbitros), infraautonomía (por ej., en la democracia) y criptoautonomía (v. gr., en la gestión de negocios ajenos sin mandato).

[49] Cicerón estaba en contra de la retroactividad salvo que lo que se estuviera declarando ilegal y punible fuera absolutamente criminal e infame (Cicerón, Actionis in C. Verrem Secvundae Liber Primus, esp. 41-43, http://www.thelatinlibrary.com/cicero/verres.2.1.shtml , 14/3/09; The Online Library of Liberty, The First Book of the Second Pleading Against Caius Verres. Marcus Tullius Cicero, trad. D. D. Yonge, M. A., XLI-XLIII,http://oll.libertyfund.org index.php?option=com_staticxt&staticfile=advanced_search.
php&pager=true&search=%22Verres%22&s=40&limit=20&exact=&filter_choice=this_set
&historical_period_person=&school_person=&nationality=&historical_period_title=&
discipline_title=&topic=&this_title=&this_set=1736&this_person=&this_subject=#full_
text , 14/3/09; también Discurso contra Verres, 2ª acción, Libro I, Caps. 41-43, ref. de ROUBIER, op. cit., págs. 30/1).

[50] En cuanto al debate acerca de la retroactividad en la audiencia del derecho electoral, es posible c. por ej., Hernán R. GONÇALVES FIGUEIREDO, "La seguridad jurídica y sus proyecciones en el derecho electoral argentino", en L.L., 20 y 21/1/09.

[51] Aunque el modo, el número y la persona y los sentidos pronominales, adverbiales, etc., pueden ser también relevantes. Hay que atender incluso a si el mismo verbo se modifica o se usa otro verbo (convertir satisfizo en no satisfizo; sustituir pagó por anticipó).

Pueden v. elcastellano.org, El verbo en castellano, http://www.elcastellano.org/esbverb.html , 1/3/09; Real Academia Española, *Esbozo de una nueva gramática de la lengua española*, Madrid, eds. vs. Antonio de NEBRIJA, *Gramática de la lengua castellana*, 1492 (Asociación Cultural Antonio de Nebrija, http://www.antoniodenebrija.org/indice.html , 1/3/09). Cabe recordar también a Eduardo BENOT, *Arte de hablar. Gramática filosófica de la lengua castellana*, reproducción facsímil, Barcelona, Anthropos, 1991, esp. págs. 44 (80) y ss..

[52] También pretérito indefinido, o pretérito a secas.

[53] Puede v. nuestro artículo: "Comprensión del 'complejo personal' a través de los pronombres personales", en Boletín del Centro de Investigaciones... cit., Nº 14, pág. 13 y ss..

[54] Es relevante saber, v. gr., si en la retroactividad se pasa de ellos a él, por exclusión, o a la inversa, por inclusión.

[55] Cabe ampliar en nuestro trabajo: *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976.

[56] La dominación retroactiva consiste en resolver el presente y el porvenir como si el pasado hubiese sido diferente La inmodificabilidad del pasado hace que a veces se prefiera decir que las normas son retrospectivas (es posible v. Aurelio GENTILI, "Sulla retroattivitâ delle leggi civili", en Rivista di Diritto Civile, 53, 6, pág. 782).

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y SU PROTECCIÓN LEGAL

por Ariel Alvarez Gardiol

Me he de referir en este trabajo a la necesidad de reglamentar legalmente las técnicas de la procreación humana médicamente coadyuvada, llamadas generalmente técnicas de inseminación artificial, prefiriendo la primera denominación y no ésta, no sólo por una más precisa designación lingüística, sino fundamentalmente por entender que el nombre tradicional, que sugiere una oposición entre lo natural y lo artificial, no se compadece con la realidad, en la que sin duda priman los elementos naturales sobre los culturales y además, porque creo en definitiva que es más genuina la denominación elegida, ya que en realidad en su práctica, no se persigue sólo la fecundación y en modo alguno la asistencia médica se agota en ello, sino que el objetivo perseguido es realmente la procreación y la tarea médica debe realizarse persiguiendo el logro de esta técnica sustitutiva del defecto que intenta corregir.

Sin embargo, fuerza es admitir que cuando una expresión lingüística, adquiere *status* semántico denotativo, la fuerza del uso repetido resiste cualquier examen que suponga la posibilidad de su revisión, aunque sea evidente que la expresión es errónea o poco precisa. Infinidad de expresiones y aun de palabras padecen destino semejante. Bástenos recordar como modelo, el vocablo "átomo" acuñado por Demócrito y Leucipo y formado por el prefijo de negación "a" anexado a la palabra griega *temnein* que significa cortar, con lo que se pretendía significar literalmente lo indivisible.

La locución continúa imperturbable en su uso, no obstante que los científicos alemanes Otto Hahn y Fritz Strassmann han logrado en el siglo pasado, la primera fisión nuclear, la liberación de neutrones y la divisibilidad del átomo. Un átomo divisible, es una negación en sí misma, ya que átomo quiere significar precisamente lo contrario. No obstante le seguimos llamando átomo y difícilmente la historia le cambie esa denominación. No me parece por ello adecuado *inseminación artificial*, ya que la misión de la técnica no se completa en el acto inseminal y los ingredientes de artificio son mínimos, gravitando la esencia natural de los gametos, los embriones formados en su fecundación y todo el proceso de incubación y gestación de las distintas etapas del proceso embrionario y la persona por nacer. Por idénticas razones, aunque tal vez por causas diferentes, tampoco me parece adecuada la denominación "fecundación *in vitro*".

Considero en consecuencia más correcta la denotación sugerida, ya que el objetivo esencial de la tarea es el logro de la procreación, como meta sustitutiva al intento de corregir el problema de la infertilidad de la pareja humana y ello sólo es admisible, con la intervención de la ciencia médica que asiste y coadyuva esa función natural, contribuyendo a introducir los ingredientes que una adecuada tecnología científica, pone al alcance de la humanidad, con fines plausibles y propósitos encomiásticos.

El comienzo de la vida de un ser humano es realmente paradojal, como lo es asimismo el final de su existencia. La unión de dos células germinales -óvulo y espermatozoide- producen como resultado una célula única -huevo o cigoto- integrada por un fluido formado principalmente por material no viviente con un núcleo que contiene la única materia realmente viva. De esa única célula que surge de la confusión fecundamente de dos células seminales, cumplido el proceso maravilloso de la procreación, treinta y ocho semanas más tarde nacerá un ser humano, estructurado aproximadamente por doscientos billones de células, que se han multiplicado y especializado a un promedio de aproximadamente cinco mil millones de células por semana.

Hay una frase de Josserand, con la que Acuña Anzorena [1] comienza la glosa de un fallo trascendente dictado por la Sala Segunda de la Cámara Civil de la Capital Federal del 17 de abril de 1941 (*in re:* "Acosta, Elena C. de c/ Municipalidad de Capital") con el voto magistral de César de Tezanos Pinto que dice "la verdad de ayer no es la de hoy, la que debe, a su turno, ceder el lugar a la de mañana". Huxley [2] prologando esa extraordinaria novela de ciencia ficción

que, a la manera de Julio Verne, se anticipa en la descripción de una Utopía que, en muchos aspectos se ha ido realizando, ya como avanzando sobre un mañana impredecible, pero que auguramos venturoso, dice que "todas las formas de vida "humana actuales están periclitadas y es preciso improvisar otras nuevas formas "adecuadas al hecho -no humano- de la energía atómica.

"Procusto moderno, el científico nuclear prepara el lecho en el cual debe yacer la "Humanidad y si la Humanidad no se adapta al mismo... bueno será una pena para la "Humanidad". No creemos tanto, pero estamos convencidos que nuestro tiempo ha sido testigo y protagonista de una autentica revolución biológica que tiene efectos sobre la sociedad, que parafrasean matices de esperanza y sugieren sombras de recelo y preocupación.

En ese fallo recordado, que sigue la evolución de la jurisprudencia francesa, se modifica la doctrina dominante sobre responsabilidad médica, en tanto especie de la responsabilidad profesional, en el plano de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del art. 1109 C.C., con apoyo en los arts. 1382 y 1383 del Código Napoleón, trasladándola al ámbito de la responsabilidad contractual con modalidades propias y específicas.

Normalmente en la relación jurídica que se entabla entre el médico y el paciente, aquél se obliga a administrarle solícitos cuidados en pos de la curación del mal que lo aqueja, tanto en el cuidado de la enfermedad, cuanto en la realización de técnicas o en la implementación de elementos que sustituyan aquello que obstruye o dificulta el normal funcionamiento del órgano afectado o de la función dañada, como la colocación de marcapasos, la utilización de prótesis, el tratamiento de diálisis, técnicas todas que en modo alguno intentan curar el mal, sino mejorar la función aquejada o alterada por la enfermedad y el paciente, como contraprestación, se obliga a remunerar estos servicios, económicamente cuantificados.

Debemos sin duda considerar definitiva y totalmente situada en el "ayer" la concepción románica y también canónica, que distinguía las ocupaciones en liberales y serviles, afirmando que las obras que son producto de la inteligencia y del espíritu, en tanto no son valuables económicamente, no pueden ser objeto de una relación contractual civilmente exigible. Hoy la tarea intelectual, espiritual y aun la artística, son económicamente ponderables y no hacen al desdoro de su ejercicio profesional.

Las técnicas que estamos analizando fueron sin duda estimuladas con la intención de superar una enfermedad psicosocial muy importante: la esterilidad entendida como la incapacidad irreversible, ante el fracaso de otros procedimientos alternativos para concebir. Frente a este problema, las técnicas tienden, no a curar la enfermedad o el problema que hemos calificado de definitiva, además de inmune a otras terapéuticas alternativas, sino más bien a producir un tratamiento de sustitución, intentando un resultado de procreación, con el fin de producir un fruto que la infecundidad impide o frustra, a fin de restablecer el equilibrio físico y emocional que el trastorno generalmente ha producido en quienes lo padecen.

Sobre la base de este esquema y en la aplicación de las técnicas sobre las que estamos ensayando entonces, no pareciera que puede razonablemente dudarse que sin perjuicio de otros supuestos de responsabilidad extracontractual de la faena médica, en estos casos, estamos claramente en un marco contractual, lo que no sugiere ni implica, menguar el sentido social de la profesión, ni menoscabar la esencia de la tarea que, en razón de los objetos sobre los que recae el vínculo jurídico, que no son cosas y consecuentemente, se encuentran fuera del comercio, hacen que se encuentre fuertemente comprometida la moral, cuando no el orden público institucional.

A partir de la celebre distinción de Demogue [3] entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, pareciera claro que en las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a producir en favor del acreedor un determinado alcance, un *opus*, una prestación claramente predeterminada. En el caso de la locación de obra respecto del empresario o del depositario, con relación al objeto depositado. En las obligaciones de medio, el deudor sólo se obliga a poner su eficaz diligencia para que la consecuencia apetecida por el acreedor se logre, pero no en forma necesariamente absoluta.

El banquero que proporciona adecuados sistemas de seguridad para las cajas de valores de sus clientes, no garantiza la absoluta inviolabilidad del sistema, tanto que si las cajas son

violadas, no hay responsabilidad en tanto el sistema de seguridad implementado, se considere razonablemente adecuado a los fines perseguidos. En esa ubicación, sin duda, colocamos la relación contractual que se establece entre el médico y sus pacientes, en el tema de la procreación humana médicamente coadyuvada.

Uno de los aspectos realmente dramáticos de esta problemática, es la determinación ontológica esencial del embrión y junto con ella, la especificación de su entidad biológica y de su naturaleza jurídica a fin de armonizar este hecho con el comienzo de la existencia de las personas de existencia visible, o de esa curiosa personalidad que reglamenta nuestra legislación civil de las personas por nacer.

En el fascinante proceso de la fecundación, ambos gametos se ensamblan y forman una única célula -decíamos *supra*- que se denomina indistintamente célula -huevo o cigoto-, que contiene cromosomas del varón y de la mujer correspondiente y se genera inmediatamente un denominado "programa genético" que, en esa unidad celular, inicia un proceso de desarrollo que se complementa en la formación de la persona humana.

Los seres humanos somos indudablemente una especie biológica más, y es precisamente esa información inscripta en el programa genético, lo que nos diferencia de los otros seres vivos, ya que sin esa distinción, somos químicamente absolutamente indiferenciados.

Esta célula huevo, que en su núcleo contiene los cuarenta y seis cromosomas aportados por iguales partes por ambos progenitores, tiene poder absoluto ya que es, a partir de ella, que se desarrollan todos los tejidos y órganos que conforman a un ser humano adulto. Cuando esa unión se realiza espontáneamente, la fecundación ocurre en la parte superior de la trompa de Falopio y el óvulo fecundado desciende por ella penetrando en el útero, adonde comienza un proceso de implantación que, generalmente culmina después del décimo tercer día posterior a la fecundación.

Siguiendo la terminología aceptada por los Consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones (Dinamarca, Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica) en las reuniones celebradas en Londres en junio de 1986 bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia, llamaríamos a esta etapa "preembrión" o "embrión preimplantatorio", que se corresponde con la fase descripta de preorganogénesis y que se refiere al conjunto de células que por división y evolución progresiva, se han desarrollado a partir de aquella célula originaria o cigoto y hasta el momento de su implantación definitiva en la pared del útero, o período en el que el embrión se desarrolla con un halo de cierta incertidumbre genética, en cuanto no se podría hablar técnicamente de un ser humano individualizado. La fase que sucede a ésta la llamaríamos "embrión propiamente dicho" o embrión postimplantatorio" en la que se produce el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos y cuya duración es de aproximadamente unos dos meses y medio.

Es decir que, sin mayores tecnicismos científicos, podrían fácilmente detectarse, desde el momento de la fecundación, hasta el momento del nacimiento, por lo menos tres momentos diferentes en la evolución de esa "persona por nacer": el primero sería el preembrión o embrión preimplantatorio; el segundo que, a partir de las nuevas técnicas de fecundación médicamente coadyuvada, podría producirse *in vivo*, es decir en el seno materno siguiendo la terminología del art. 63 C.C. argentino, o en una fecundación médicamente coadyuvada, que conforma el embrión propiamente dicho o embrión postimplantatorio, con una duración de aproximadamente setenta a ochenta días y el tercero, el feto desde ese momento hasta el nacimiento con vida de la persona por nacer.

Estos progresos de la genética, han dejado obviamente desactualizados los debates doctrinarios en cuanto al principio de la existencia de las personas a partir de la nota de Freitas, introducida en el texto de nuestro Código Civil.

En efecto, la fuente seguida por Vélez, en contra de la opinión generalizada de que los concebidos pero no nacidos no son personas y que plasmó en la mayoría de las legislaciones de la época (Código Civil de Alemania, de España, de Italia, de Chile, de Brasil, entre otros) sostiene que las personas por nacer, no son personas futuras porque ya existen en el vientre de la madre. A esta tesis del codificador se opone Orgaz [4] argumentando que es un significativo error confundir vida humana con persona humana, aceptando que la vida comienza en el momento de

la concepción, pero la persona comienza su existencia en el nacimiento, porque es a partir de la separación del vientre materno, que se proyecta en una vida individual autónoma, requisito éste fundamental para que pueda hablarse propiamente de personalidad.

La muy reciente decisión del presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Barack Obama, de dejar sin efecto la restricción impuesta a estas investigaciones en el ámbito de la bioética, ha vuelto a replantear en ese país, la polémica abierta respecto de determinar desde qué momento de la evolución embrionaria, es posible hablar de una persona, de un sujeto de derecho y la globalización trae consigo, tal vez como efecto preterintencional esa misma consecuencia en todo el mundo.

Pero es claro que si de vida se trata, deberíamos pensar que vida hay también antes de la concepción, ya que cada uno de los gametos individual y separadamente antes de la unión que se realiza en el momento de la concepción, están vivos y son, por tratarse de células genéticas, portadoras cada una de las condiciones necesarias para que en la unión, reproduzcan un ser humano desarrollado y completo. El embrión es sin duda un agente moral, pero nos parece que, desde una actitud no inscripta en trincheras religiosas, es sólo un grupo de células con una especial potencialidad de advenir en persona, cumplidos que fueren determinadas condiciones, del mismo modo que cualquier abogado, con una determinada antigüedad, tiene la capacidad latente de ser juez pero no por eso podemos atribuirle jurisdicción.

Esta conclusión nos permite inferir, que el punto de debate, como consecuencia de los progresos logrados a raíz de los colosales avances tecnológicos posteriores a la década del sesenta -entre otras circunstancias relevantes- ha cambiado fundamentalmente de ubicación el tema de conflicto y exige una reubicación del planteamiento ético y consecuentemente jurídico de la cuestión.

No parece plausible, en temas donde las valorizaciones sociales están indisolublemente vinculadas a principios morales y religiosos fuertemente incorporados en la vida de la sociedad, formular un código ético rígido dependiente de una normativa que proporcione directivas morales definitivas para todas las situaciones que puedan plantearse.

Un hecho antropológicamente verificable es que todos, o casi todos los grupos humanos han ideado procedimientos autoprotectivos por temor a la desaparición de la especie. Pero curiosamente éste, nuestro tiempo, es el único que depende más de su reducción que de su aumento y esta mera circunstancia genética, que dirige nuestra preocupación mucho más a la calidad que a la cantidad, ha determinado cambios profundos en el modo de calibrar la valoración social de la vida humana.

Pareciera razonable que el planteo ético de la vida varíe, por ejemplo, entre quienes creen en una vida terrenal, intrascendente y fugaz, mero tránsito efímero que conduce a una vida eterna, definitiva y plena, respecto de quienes entienden que se tiene una sola vida, ésta intrascendente y barrosa, pero única y final y que cuanto más tiempo se la viva tanto mejor, como también otro sería el enfoque para quienes crean en la reencarnación que son, cuantitativamente, una parte realmente considerable de la humanidad.

Así como creo que imponer a los católicos que acaten o incluso apoyen una ley que no se considera persona por nacer a un óvulo fecundado, cuando ello contradeciría importantes documentos vaticanos, es pretender atribuirles una conducta que agravia sus creencias y degrada su ética, también creo que denostaría la ética de los protestantes, de los budistas, o de los musulmanes, de los humanitarios, de los agnósticos y aun de los ateos, -por sólo nombrar una porción de los “diferentes”- asignarles acciones que dirijan su obrar fuera de los límites de sus creencias.

Estamos frente a un enérgico proceso de cambio tecnológico y ello implica necesariamente la mutación de algunos valores proporcionalmente tan trascendentes cuanto enérgica es la tendencia del cambio tecnológico. A veces, ese desarrollo científico compromete valores importantes, como el caso de la contaminación ambiental por la que tanto luchan los ecologistas y que justifica el control político de una sociedad organizada que se autoprotege, establece, o debería establecer. Sin embargo, no siempre el progreso especializado conduce necesariamente

a la destrucción de valores, sino que en casos, se produce una necesaria mutación y reacomodamiento de ellos a la situación de cambio.

La ciencia, desde siempre, contribuyó a la generación y a la conservación de los valores, lo que importaría una afirmación autocontradictoria suponer que los avances contemporáneos de la ciencia constituyan por sí mismos, una amenaza para las valoraciones sociales vigentes.

Una actitud que suponga oponernos a los avances de una tecnología científica genética, importaría bloquear el denso laberinto que queda aun por recorrer, o frustrar insospechadas posibilidades, ya que una permanente característica de la ciencia consiste precisamente en que la investigación sobre un tema, arrastra otros impensados que, casualmente, o causalmente salen a la luz.

Martin D. Farrell en un excelente trabajo sobre *La ética del aborto y la eutanasia* [5] a partir de un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en un clásico en el tema -Roe v/ Wade de 1973- en el que el alto tribunal norteamericano propone, a los efectos de la incriminación del aborto, dividir el embarazo en tres períodos trimestrales, autorizando el aborto sin restricciones en el primer trimestre, (que sería el espacio de total libertad de la mujer gestante), fijando algunas limitaciones, para el supuesto de que el aborto deba practicarse en el segundo trimestre, en razón del interés del Estado por preservar la salud de la madre y reconociendo, recién en el tercer trimestre, la preocupación del Estado en preservar la vida potencial de la persona por nacer, llegando a prohibir el aborto, salvo que se encuentre en peligro la vida o la salud de la madre, propone, con más cautela aún, fijar dos etapas en el embarazo; una primera que abarcaría el primer trimestre y donde debería desincriminarse el aborto practicado por un médico y una segunda etapa, que abarcaría los dos últimos trimestres de evolución del embrión, en que sólo debería permitirse el aborto, a criterio de un médico, cuando estuviera en peligro la vida o la salud de la madre, lo que, indudablemente supone dar a la persona por nacer un tratamiento jurídico diferente, según la evolución de la gestación lo que, asimismo, de alguna manera, compromete su entidad sustantiva.

El tema es decididamente inextricable, tanto que considero que mi temeridad al abordarlo está sólo justificada como acicate para que lo emprendan otros mucho más calificados que yo.

Pero parto del presupuesto de que todos, o la gran mayoría de los problemas, aún los más difíciles, que han significado un escalón, ascendente o descendente, según la óptica del observador, en la historia de la humanidad, han exigido un reacomodamiento del cúmulo valorativo que demandó su inserción.

Vuelvo a la tesis de Orgaz. La vida comienza con la concepción y su protección está justificada en la medida que representa una eventualidad futura; pero la persona de existencia visible, sólo existe a partir del nacimiento, ya que es recién a partir de allí que proyecta su vida individual autónoma. El argumento de Orgaz, tiene además un soporte técnico jurídico importante en nuestra codificación civil, que es el art. 74 en cuanto prescribe que, si el concebido nace sin vida y muere antes del hecho que le da *status* de persona, es decir del nacimiento, es considerado como si nunca hubiera existido.

Encontramos entonces dos argumentos para defender nuestra posición. Uno el señalado por Orgaz que jerarquiza el nacimiento, a punto de considerar inexistente el estado anterior, si no le acompañara la vida. Otro, la exigencia del art. 70 que demanda que la concepción sea en el seno materno, argumento éste desestimado por Zannoni [6] que descalifica la interpretación literal frente al horizonte abierto por la inseminación extracorpórea.

Nuestra ley civil (art. 70 C.C.) exige la concepción en el seno materno, de modo que aplicando estrictamente el texto de la norma, el embrión preimplantatorio, no sería concepción en el sentido de establecer el comienzo de la existencia de la persona humana. Conforme con este desarrollo, la vida de las personas de existencia visible, comenzaría en el momento de la concepción en el seno materno, es decir después de la implantación del embrión fecundado en la mucosa del útero, sea ésta una implantación realizada en forma natural, o una implantación coadyuvada técnicamente con adecuada asistencia médica.

Antes de la implantación hay vida, pero no hay comienzo de la existencia de la persona.

Esta tesis sugiere dos consecuencias sumamente importantes. El hecho de que haya vida, pero no comienzo de la existencia de la persona, determina, que el estado embrionario anterior a la implantación, demanda una protección jurídica esencialmente diferente, ya que las posibilidades de completar la gestación, en uno y otro supuesto son básicamente diferentes. La interrupción del desarrollo de la vida después de la implantación uterina, sería un aborto incriminado por nuestra legislación penal positiva; pero la no implantación del embrión fecundado extracorpóreamente, no configura, en nuestra ley penal ilícito alguno.

La protección legal de esa porción de tejido vital, no debería ser diferente del amparo de cualquier porción de humanidad que, tratada con los avances adecuados de una correcta tecnología médica y con el respeto que todo tejido de un organismo humano merecen. En un trasplante de tejido, se desprecian porciones, partes y aun órganos enteros, cuando las circunstancias terapéuticas así lo aconsejan. El médico responsable del tratamiento clínico de la enfermedad deberá proceder con los embriones preimplantatorios con idéntico criterio. La cirugía exige casi siempre el sacrificio de porciones vitales sanas para asegurar la curación de la enfermedad. El fin legitima la pérdida de materia viva, que carece del *status* ético jurídico de la personalidad. Concluyendo, entonces, el embrión preimplantatorio, no es persona por nacer ya que el hecho de la implantación -natural o médicamente estimulada- es de necesaria valoración biológica, entendiendo con absoluta claridad que antes de ella, el desarrollo embriológico está condicionado por un considerable ingrediente de incertidumbre y sólo una vez que se ha producido la anidación -espontánea o coadyuvada- en las mucosas de las paredes de la cavidad uterina, comienza propiamente la gestación en el seno materno. Durante esta etapa, el embrión no es persona humana, ni puede ser tenida por tal en coincidencia con lo prescrito por los arts. 70 y 74 C.C. argentino.

Esta afirmación concluyente no significa negar al embrión preimplantatorio ninguna protección jurídica, ni consideración valorativa alguna.

No es una cosa, en sentido jurídico, y consecuentemente absolutamente insusceptible de apropiación ni de someterlo al ejercicio del derecho de propiedad. Su vida merece protección y respeto, pero con ese límite valorativo, aun cuando potencialmente con claras posibilidades de desarrollo.

Si un trozo de tejido humano fuese sacado de un enfermo para intentar curar por regeneración una zona del mismo enfermo, y finalizada la operación del injerto, quedara un saldo remanente de tejido, éste sería legítimamente desechado sin reparo ético de ninguna naturaleza. Si esa misma cantidad de tejido desechado, fuese extirpada con una navaja por un agresor, no dudaríamos de calificar este último hecho como una lesión en el cuerpo y en la salud de la víctima. El resultado es exactamente el mismo. En ambos casos hay pérdida de la misma cantidad de tejido, pero en el primer supuesto, hay un acto médico y una finalidad altruista y en el otro hay una agresión que tipifica el ilícito penal.

La pérdida o destrucción de embriones preimplantatorios por plausibles necesidades del acto médico que determinó su producción, está legitimada por el fin.

El *status* moral del preembrión, se encontraría en una suerte de espacio intermedio entre la posición de aquellos que desde el momento de la concepción le conceden personalidad jurídica y aquellos otros que reducen su condición a la que merecería cualquier porción de tejido humano vivo. Aquí, la tercera posición pareciera la más razonable, fijando una suerte de condición intermedia entre la personalidad y la vida, que genera una calidad que reclama respeto y una mayor consideración ética, habida cuenta que tiene los atributos que permitirían, en determinadas condiciones, la realización plena de una persona humana, limitado por el hecho de que, carenciada de ese conjunto de circunstancias gestatorias, podría no desarrollar jamás.

En algún momento y a partir de lo normado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha sostenido que lo allí prescrito al respecto y particularmente cuando el art. 4º se refiere específicamente al derecho a la vida protegido a partir del momento de la concepción, ha significado perfilar con más rigor lo preceptuado por el art. 70 C.C. argentino, que otorgaba personalidad a la persona por nacer, desde el momento de la concepción en el seno materno.

Dicho de otra manera, cuando el codificador argentino, siguiendo a Freitas estructuró los derechos del *nasciturus* a partir del momento de la concepción en el seno materno, esta expresión "desde la concepción en el seno materno " era obviamente una plétora, ya que entonces, ni a Huxley se le había ocurrido aún la fantástica posibilidad de un mecanismo extracorpóreo de fecundación. Sin embargo, esto que era redundante al momento de la codificación, no lo es hoy, ya que a partir del alumbramiento de Louise Brown en 1978, hoy conocemos mecanismos de fecundación que se producen fuera del seno materno.

El tema entonces hoy podría plantearse en estos términos: a) El Congreso de la Nación argentina sancionó el 1º de marzo de 1984 la ley 23.054 aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; b) Los tratados con las potencias extranjeras, pertenecen al orden jerárquico normativo nacional y podrían tener efecto derogatorio de normas internas vigentes y aplicables (art. 31 C.N.); c) La aprobación de este tratado mediante la sanción de una ley de la Nación, tendría efecto abrogatorio o modificatorio, sobre la norma legal anterior. Ergo, la norma del art. 70 C.C., que limitaba el comienzo de la existencia de las personas al instante de la fecundación en el seno materno, ha sido ampliado por la flexibilización contenida en el art. 4º del tratado internacional, que prescindiendo de toda limitación, admite el comienzo de la vida de la persona por nacer, desde el momento de la concepción, de lo que se podría inferir que en los supuestos de fecundación extracorpórea, habría comienzo de la existencia de la persona por nacer, antes de la implantación en el seno materno. Habría entonces existencia real *in utero sunt*.

La conclusión, pareciera responder a la estructura silogística argumental. Sin embargo no nos convence. El art. 2º de la referida Convención Internacional, prescribe taxativamente el deber de los estados signatarios de adoptar las pertinentes disposiciones del derecho interno y en tal sentido dispone terminantemente que si en el ejercicio de los derechos y libertades por ella consagrados no estuvieren ya garantizados, se comprometen a hacerlo con arreglo a sus procedimientos constitucionales, dictando las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades. De ello se infiere que las declaraciones de derechos y enumeración de deberes aceptados y recomendados por la Convención Internacional, tienen fundamentalmente carácter programático y no prescriptivo, no siendo pertinente, en consecuencia atribuirles carácter imperativo, que dicho sea de paso, era el único procedimiento admisible para acordarle eficacia normativa (art. 67 inc. 19 C.N.). Consecuentemente con ello, la sanción de la ley aprobatoria del Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, no tiene otra significación que la de ratificar ese compromiso por parte de la República, de adecuar los textos de su legislación a los principios de la Convención Internacional. Además, por si el argumento desenvuelto no tuviera toda la fuerza convictiva que pretendemos, todavía hay espacio para la discusión, en tanto tengamos en cuenta que ni ese, ni ninguno de los derechos que otorga el texto constitucional, es absoluto

El propio texto de la Convención, cuando en su art. 4º que se refiere al derecho a la vida dispone: "Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción" ratifica esta hermenéutica composicional propuesta.

No modifica nuestro criterio lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, también aprobado por nuestra Nación con el dictado de la ley 19.865, en cuanto establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificativo del incumplimiento de un tratado (art. 27) ya que esa norma se refiere indudablemente a la situación de un Estado firmante del tratado que invoque frente a otro, un óbice de su derecho interno para liberarse de la exigencia vinculante del tratado, pero no aplicable a la inteligencia de las normas del derecho positivo interno y el efecto derogatorio o modificatorio de las disposiciones que surge de los tratados concertados por la Nación.

Esta ha sido, por lo demás, la inteligencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo suyo el dictamen del procurador general en parte transcrito en la causa "Eusebio Felipe E. - Sucesión del 9 de junio de 1987" (J.A. 1988-543).

Cabe señalar que la cita de la famosa sentencia dictada en "Roe v. Wade", por la Corte Suprema de los Estados Unidos, no importa aceptar la tesis mayoritaria de este alto tribunal. Me conmueve pensar que cuando en 1983, se cumplieron diez años de esta importante decisión de la Corte, el presidente Reagan, en un inusual precedente de los jefes del Ejecutivo norteamericano, escribió un ensayo en el que señala que desde aquella trascendente decisión de hace diez años, más de quince millones de niños fueron abortados en los Estados Unidos, lo que significa una pérdida de vida humana, diez veces superior a todas las bajas sufridas por esta Nación, en todas las guerras en que intervino.

La cifra es sencillamente escalofriante, y ello conduce a afirmaciones muy precisas del entonces presidente de los Estados Unidos: *"El derecho a abortar, no es un derecho garantizado por la Constitución de los Estados Unidos"...* El aborto concierne no sólo al niño por nacer, nos concierne absolutamente a todos, y aquí vale la cita del poeta inglés John Donne, cuando dijo: *"... toda muerte humana me disminuye, porque estoy envuelto en la humanidad; de allí que nunca debo preguntarme por quién doblan las campanas: doblan por Ti"*.

La tesis fundamental del ensayo es que "la cuestión real de hoy no es determinar cuándo comienza la vida humana, sino cuál es el valor de la vida humana" porque sobre la base de esa decisión, se habían dicho cosas tremendas y lo que es más grave, se habían consentido verdaderos horrores. La Corte Suprema del Estado de Indiana en el caso de "Baby Doe", en Bloomington, convalidó una decisión inferior que había legitimado dejarlo morir de inanición y no realizar en el pequeño cuerpo indefenso de Baby Doe [7], la operación quirúrgica que hubiera permitido que se le alimentara, simplemente porque exhibía el Síndrome de Down y, en consecuencia, los padres y los médicos estaban legitimados a establecer una suerte de control de calidad que permitiera atribuir humanidad, no a todos los seres humanos, sino a algunos elegidos, porque como lo dijo después la Corte Suprema de Nueva Jersey, "no es necesario ser perfecto, para tener derecho a la vida".

Termina el ensayo con un párrafo realmente patético "... Abraham Lincoln reconoció que no podríamos sobrevivir como una tierra libre, cuando algunos hombres pudieran decidir que otros no tienen derecho a ser libres y en consecuencia deben ser esclavos. De la misma manera, no podremos sobrevivir como una Nación libre, cuando algunos hombres tengan el poder de decidir que otros no están capacitados para vivir y deben en consecuencia ser abandonados al aborto o al infanticidio".

NOTAS:

[1] Arturo Acuña Anzorena, "La naturaleza de la responsabilidad médica y el término de prescripción de la acción resarcitoria" J.A., t. 75, pág. 525.

[2] Aldous Huxley, *Un mundo feliz*, Plaza y Janés Editores, 1976.

[3] René Demogue, "Des obligations en general", párrafo 1237 y t. V párrafo 599.

[4] Alfredo Orgaz, *Personas individuales*, 2ª ed., Córdoba, Lerner, 1961.

[5] Martín Diego Farrel, *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.

[6] Eduardo Zannoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 54 y ss..

[7] Ronald Reagan, *Abortion and the consciente of the Nation*, Thomas Nelson Publishers, 1984.

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS: SIGNIFICADO E INFLUENCIA DEL IV CONGRESO DE DERECHO CIVIL

por DELIA M. FERREIRA RUBIO

SUMARIO: Nuestro enfoque. ¿Qué se discutió? Las ponencias y el debate. La influencia del IV Congreso. El tema entra en la agenda.

Nuestro enfoque

Calibrar el significado e influencia del IV Congreso en materia de derechos personalísimos exige primero una revisión sobre qué se debatió y cómo y desde qué perspectiva se desarrolló el debate. A diferencia de lo que suele ocurrir en este tipo de simposio, la discusión del tema 2: *"Los derechos de la personalidad y su protección legal"* no discurrió por los carriles típicos del paradigma dogmático [1], sino que corrió su eje hacia el campo de las llamadas presuposiciones implícitas en el modelo [2]. Por ello, la re-lectura del desarrollo que el tema de los derechos personalísimos tuvo en el IV Congreso ofrece un interés adicional que es la mirada sobre la ciencia jurídica, en particular en el ámbito civilista.

La ciencia jurídica moderna surge en el siglo XIX con el modelo dogmático -tributario de la obra de Savigny y de Von Ihering- y se consolida como paradigma hegemónico hasta nuestros días. Un paradigma científico [3] es un modelo de operatoria dentro de un determinado campo del saber; se trata de una serie de reglas de juego conforme a las cuales debe actuar el estudioso que aspire a que su labor sea considerada científica por parte de una comunidad. El paradigma delimita no sólo los caminos a seguir y los materiales a utilizar, sino que selecciona también el área temática propia de la disciplina. La función de un paradigma científico es la de legitimar un modo de hacer ciencia y definir en consecuencia quiénes integran la comunidad científica en una disciplina [4].

El paradigma dogmático de la ciencia jurídica se asienta sobre las llamadas presuposiciones implícitas. Estas presuposiciones son un conjunto de ideas políticas y filosóficas, tradiciones, valores y creencias que constituyen el telón de fondo de la actividad del civilista o el penalista y que no son objeto de estudio, análisis o discusión por su parte. El jurista dogmático se ocupa del derecho positivo, con todas las variaciones que pueda tener en el tiempo y en el espacio. Cualquier análisis que trascienda el derecho positivo, corresponde a la filosofía del derecho, la política o la sociología, pero no es tarea del jurista dogmático.

Entre las presuposiciones que están en la base del paradigma dogmático -y sin pretender una enumeración exhaustiva- se destacan: la aceptación del derecho positivo como objeto de estudio; el modelo científico de la modernidad, con la consolidación de la idea de sistema y el paradigma de las ciencias naturales; la separación entre el Estado y la sociedad como subsistemas sociales diferenciados; la diferenciación tajante entre lo público y lo privado; la función del Estado como garante del ámbito de libertad; la desconcentración del poder de crear y aplicar el derecho; la búsqueda de certeza; la creencia en la racionalidad del legislador; la separación radical entre el derecho y la moral [5].

¿Qué se discutió? Las ponencias y el debate

Con esta perspectiva echemos una mirada a lo que se debatió en el IV Congreso [6]. La primera cuestión que llama la atención es la diferencia de enfoque entre las ponencias presentadas y el camino que siguió el debate en el plenario. Para el tema de los derechos personalísimos se presentaron 4 ponencias y dos observaciones.

En su ponencia Jorge Carranza pone de relieve que el tema de los derechos personalísimos ha sido abordado desde antiguo por el derecho público, desde la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, y afirma que el derecho civil argentino "ha padecido de inercia y estatismo".

Explícitamente pasa revista a los cambios científicos y tecnológicos que caracterizan a la sociedad a fines de los '60 y propone concretamente un listado de bases sobre las cuales avanzar en la regulación de los derechos personalísimos. Queda de manifiesto en la ponencia de Carranza su preocupación por la articulación entre los cambios sociales y la legislación. En este sentido, Carranza no es el prototipo del jurista dogmático.

La ponencia presentada por el Instituto de Derecho Civil de Córdoba [7] es una muestra de la forma del operar del paradigma dogmático. El enfoque es meramente privatista; propone la incorporación del Código Civil de normas que regulen los derechos personalísimos; remite como antecedente a los códigos civiles de otros países que ya han incorporado esta materia y menciona como antecedentes nacionales el anteproyecto de Bibiloni y los proyectos de reforma del Código de 1936 y 1954. Siguiendo el paradigma dogmático no hay referencias al derecho público ni a las circunstancias sociales y culturales de la época.

La ponencia presentada por Mosset Iturraspe [8] se inscribe en el mismo modelo dogmático. Propone la incorporación de normas al Código Civil que protejan en concreto algunos de los derechos personalísimos, sin perjuicio de agregar un texto general que asegure el respeto de la dignidad del hombre y su pleno desarrollo.

La ponencia de Piotti refleja el modelo dogmático, pero de un jurista que proviene de otra rama de la ciencia jurídica: el derecho público. Pone de manifiesto que los derechos personalísimos ya están reconocidos por el derecho internacional público tanto en sus normas de derecho positivo, como en la labor de la doctrina y sugiere que las normas a incorporar a la legislación civil "no constituyan declaraciones", porque esa es materia propia del derecho internacional público.

Se presentaron también dos Observaciones. La de Jorge Mosset Iturraspe adhiere a la Recomendación de la Comisión pero agrega que es necesario que el Congreso se expida también sobre el alcance e interpretación de la legislación vigente en materia de protección de los derechos de la personalidad.

La Observación presentada por Luis Moisset de Espanés avanza en la línea de las ponencias de Carranza y Mosset Iturraspe y, a partir de la evidencia de cierto acuerdo sobre la necesidad de la regulación de la materia en el ámbito civil, propone no ya las bases para la legislación, sino un proyecto articulado de regulación integral de los derechos personalísimos. Estos tres juristas son los que inspiran el dictamen de mayoría de la Comisión.

La Comisión encargada del estudio del tema 2 emitió dos dictámenes. El de mayoría recomendaba:

"1º. Que en una futura revisión del Código Civil se incorpore una legislación orgánica sobre los derechos de la personalidad, en cuanto derechos subjetivos de carácter especial.

2º. La reglamentación comprenderá los siguientes tópicos:

- Protección de la vida y de la integridad corporal. Regulación jurídica de los actos de disposición del propio cuerpo.
- Protección de la integridad moral. Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad de la vida privada.
- Derecho al reconocimiento de la propia individualidad. Derecho al nombre y al seudónimo" [9].

El dictamen en minoría, comenzó por reconocer que "aun cuando los derechos de la personalidad tienen en la Constitución Nacional reconocimiento genérico expreso e implícito, es aconsejable que algunas de sus consecuencias sean concretamente reguladas" y, en consecuencia, recomendaba:

"Se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a las disposiciones del propio cuerpo" [10].

El debate que se suscitó en el plenario sobre la cuestión de los derechos personalísimos se apartó del cauce que había fijado la comisión, para adentrarse en discusiones que claramente excedían el campo de la dogmática.

Para ubicarse dentro de la comunidad científico-jurídica, signada por el modelo dogmático hay que excluir del ámbito de interés e investigación cualquier preocupación meta-jurídica, sea de carácter político, filosófico, religioso, ideológico, etc. Lo jurídico se vincula con el derecho positivo, he ahí el eje del "dogma". El jurista dogmático no reconoce como tema de reflexión científica, los principios, creencias, valores que configuran las presuposiciones. Se trata de presupuestos implícitos; operan en la labor del dogmático, aunque no las discuta ni reflexione sobre ellos expresamente; actúan como estructuras mentales subconscientes condicionantes de la labor.

En el debate sobre los derechos personalísimos aparecieron en la superficie temas como el fundamento de estos derechos, el derecho natural, la tutela de estos derechos en el derecho público, o la validez del derecho positivo si no coincide con los principios del derecho natural.

Carranza, por ejemplo, dice expresamente al informar el despacho de mayoría: *"en este despacho... fluye como presupuesto indispensable y se encuentra implícito en su espíritu, el hecho de que estos derechos de la personalidad existen con absoluta prescindencia del reconocimiento que de ellos haga de una manera expresa el legislador. Es decir que son pre-existentes a la normación positiva; que se encuentran por otra parte amparados por la Constitución Nacional y que... constituyen presupuestos lógicos de la personalidad, de acuerdo a la interpretación de la Escuela del Derecho Natural"* [11].

El derecho natural ocupó el andarivel central de la discusión. Molinario sostuvo que *"los derechos de la personalidad ya están reconocidos en la Constitución Nacional... y digo reconocidos, porque encima de la Constitución Nacional, como por encima de todo derecho positivo, está el derecho natural; sea este derecho natural concebido como obra de Dios, sea como resultado de la razón humana. Y lo que lamento, Sr. Presidente, es que en los dos dictámenes no se haya hecho referencia a esta verdad primaria y fundamental"*. Y cerró su intervención diciendo que *"ningún hombre de derecho puede dejar de tener presente que por encima de la Constitución Nacional está el derecho natural"* [12]. A continuación, Abelenda se refirió a los derechos personalísimos como *"elementos fijos e inmutables, que con valor de dogmas eternamente verdaderos integran el derecho natural y forman parte del conjunto de principios generales del derecho que aparecen en nuestra Constitución Nacional"* [13].

Sassot apoyó esta posición -pero sustentando el dictamen de mayoría- al afirmar *"que se daba por sentado... que los derechos de la personalidad son anteriores a toda regulación positiva"*. Y agregó -con total apartamiento de los principios del modelo dogmático- que *"aun en el caso de que la legislación positiva hubiese omitido regularlos o llegara a negarlos, esa legislación positiva carecería de validez"* [14].

La separación derecho público - derecho privado apareció como una de las líneas de exposición. En este sentido, podría decirse que el debate fue un adelanto del *"descubrimiento de la Constitución por parte de los civilistas"* que Bohmer ubica en la década del 80, con el regreso a la democracia [15]. Bohmer hace referencia al desacople entre el derecho civil y la discusión política que instauró el proyecto político de la generación constituyente, en el siglo XIX. Para nosotros ese desacople es coincidente con las presuposiciones implícitas del modelo dogmático que parte de considerar una separación tajante entre Estado y sociedad, entre lo público y lo privado, entre el ciudadano y el individuo.

Esa distinción público-privado está clara en el pensamiento del Codificador que, siguiendo la teoría de Freitas [16], excluye de la legislación civil los que denomina "derechos absolutos" [17], los derechos de la personalidad, a los que define en la nota al art. 2312 como "derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.". La exclusión del tratamiento de estos derechos en la legislación civil no sólo se vincula a la diferenciación funcional entre lo público y lo privado, sino al predominio de los valores económicos o patrimoniales sobre los valores políticos que

también opera como presuposición del paradigma dogmático. No es casualidad que Vélez haga estas reflexiones sobre los derechos de la personalidad al tratar del patrimonio [18].

En el debate del IV Congreso, sostuvo Carranza que el despacho de mayoría *"considera... además, implícitamente la protección constitucional y por mayoría resolvió no hacer mención de la existencia implícita de esa protección, porque se presupone, por ejemplo, al tratar el derecho subjetivo de propiedad, que ese derecho se encuentra también amparado por la ley fundamental del país"* [19].

Novillo Saravia afirmó, al defender el dictamen de minoría, que *"el hombre en toda su plenitud, con todas sus aptitudes, con todas sus fuerzas espirituales y materiales, es objeto de la tutela jurídica. Y esta tutela se hace primordialmente a través del derecho público, de donde nacen evidentemente"* [20]. Y agregó con referencia a la tutela jurídica contenida en la Constitución que *"no se considera indispensable que (se) traslade como una regulación orgánica en forma de otorgamiento de un poder jurídico al sujeto, porque la libertad más que todo es una tutela frente al poder público"* [21].

Tanto se había apartado el debate de los cánones normales de la dogmática que López Olaciregui quiso volver la discusión a su cauce y expresó que *"en efecto la fundamentación que los derechos de la personalidad tengan en una concepción iusnaturalista del derecho comporta un problema ajeno al debate"* [22]. Y Bouzat lo apoyó al sostener que *"a pesar de la modesta pretensión del segundo despacho (el dictamen de minoría), de plantear sólo una cuestión metodológica, hemos desatado una tormenta en torno a la fundamentación filosófica de estos derechos"* [23].

Después de este debate -donde se había hablado muy poco de los derechos de la personalidad, muy poco también sobre las opciones entre un régimen orgánico y la regulación dispersa y casi nada sobre los derechos personalísimos en el derecho positivo vigente- la votación favoreció por una mayoría de 60 a 35 votos a la recomendación del despacho de minoría que hemos trascripto más arriba.

La influencia del IV Congreso. El tema entra en la agenda

Con la inclusión del tema de *"Los derechos de la personalidad y su protección legal"*, los organizadores del IV Congreso de Derecho Civil pusieron en la agenda de la doctrina civilista argentina, un tema que desde principios del siglo XX era objeto de debate académico y de elaboración legislativa en la mayoría de los países tanto de la tradición del derecho continental como del *common law* y que, sin embargo, había tenido muy escaso tratamiento en el derecho argentino. En efecto, la mayoría de los tratados de derecho civil sólo contenían alguna referencia menor al tema. La única obra que profundizaba en la materia era *Personas individuales*, el libro del jurista cordobés Alfredo Orgaz, publicado en 1946 [24].

En el tema de los derechos personalísimos, si se tomara como indicador de influencia del IV Congreso, la cantidad de referencias a las ponencias presentadas, a los debates o a las recomendaciones que se votaron, la conclusión sería que la influencia fue relativamente pequeña. En el total de publicaciones relevadas en las dos décadas siguientes al Congreso [25], los libros o artículos que citan o mencionan el IV Congreso son la minoría.

En la jurisprudencia no hay referencias al IV Congreso y eso tiene que ver con el tipo de debate que se desarrolló que tuvo dos carriles: el filosófico y el de la recomendación *de lege ferenda*. En efecto, los debates sólo de rondón abordaron cuestiones prácticas sobre la regulación de los derechos personalísimos -aun sin darles esa denominación- en el derecho vigente al tiempo del Congreso [26].

Tampoco aparecen referencias al Congreso en los proyectos o debates sobre la legislación en la materia. No es extraño. La recomendación finalmente aprobada no ofrecía soluciones normativas concretas o desarrolladas, sino una mera sugerencia de incluir en la legislación la regulación de las consecuencias civiles del principio de respeto a la persona. El resultado de la votación en el pleno descartó una propuesta con bases para un régimen integral y orgánico

(dictamen de mayoría de la Comisión [27]) y desaprovechó el antecedente del primer proyecto de regulación sistemática de los derechos de la personalidad que fue presentado en el curso de las deliberaciones por el profesor cordobés Luis Moisset de Espanés [28].

¿Cuál fue la repercusión o influencia del IV Congreso en la legislación argentina? En el Congreso se plantearon dos posturas en materia de legislación. Por un lado, la que propiciaba el tratamiento normativo orgánico y sistemático de los derechos personalísimos, a través de un régimen integral, que quedó reflejada en el dictamen de mayoría. Por otro, la postura minimalista que proponía la regulación específica de algunos de esos derechos y sus consecuencias civiles -dictamen de minoría- que, en el debate plenario, resultó aprobada por mayoría.

A cuarenta años del Congreso, puede decirse que aquella decisión sin duda influyó en el desarrollo legislativo que el tema tuvo en Argentina. En efecto, a pesar de algunos proyectos e iniciativas de regulación integral del tema, nunca se aprobó un régimen general orgánico y sistemático en la materia.

Entre los proyectos de regulación integral cabe mencionar, en primer lugar, el presentado en el IV Congreso por Luis Moisset de Espanés, ya citado. En 1984, Santos Cifuentes y Julio César Rivera elaboran un anteproyecto [29] a pedido del Poder Ejecutivo. El proyecto de Código Civil elaborado por la comisión creada por decr. 685/95 [30] abordó la cuestión de los derechos personalísimos. Aunque en los fundamentos del proyecto se expresa que "se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad" [31], en el articulado propuesto se dedican al tema 12 artículos (105 al 116) en los que se mezclan normas supuestamente de carácter general con otras atinentes a algunos derechos personalísimos como la intimidad, la imagen, el honor; la propuesta dista de ser un régimen integral y orgánico sobre la cuestión.

En los años que siguieron al IV Congreso, se sancionaron normas específicas sobre algunos de los derechos personalísimos o la problemática vinculada a ellos, bien a través de la modificación del Código Civil, bien a través de leyes especiales. Con este criterio de técnica legislativa, ya antes de celebrarse el IV Congreso, se había dictado la Ley del Nombre (Nº 18.248) [32], y el derecho a la imagen estaba regulado en la Ley de Propiedad Intelectual (Nº 11.723). Entre las normas dictadas con posterioridad a la celebración del IV Congreso merecen citarse, por orden cronológico, las siguientes:

1. **1974**: Ley 20.889, llamada *Ley Tróccoli*, que incorporó el art. 32 bis al Código Civil, sobre derecho a la intimidad [33].

2. **1975**: Ley 21.173, deroga la ley 20.889, e incorpora al Código Civil el art. 1071 bis que regula el derecho a la intimidad y que, sin modificaciones está vigente en el 2009.

3. **1977**: Ley 21.541, de Trasplante de órganos, reemplazada en 1993 por la ley 24.193 que, con modificaciones, continúa vigente en el 2009.

4. **1983**: Ley 22.990, sobre Regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, que contempla el régimen de donación de sangre.

5. **2000**: Ley 25.326 sobre Protección de datos personales y *habeas data*.

Cabe mencionar también la incorporación al derecho interno de numerosos tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, entre los que merece destacarse: en **1984**, la ley 23.054 que ratifica el Pacto de San José de Costa Rica y en **1986**, la ley 23.313 que ratifica el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Un hito significativo fue la reforma constitucional de 1994 que, a través del art. 75 inc. 22, constitucionalizó los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos [34].

La influencia más significativa del IV Congreso surge de la legitimación del tema de los derechos personalísimos como objeto de estudio de la dogmática civilista. En el marco de una comunidad de juristas signada por el paradigma dogmático de la ciencia jurídica, esa legitimación del tema adquiere una singular significación. En efecto, el tema de los derechos personalísimos era visto como el objeto de estudio del derecho público o de la filosofía del derecho, lo que quedó claramente de manifiesto en los debates del Congreso.

En el ámbito de la doctrina, el IV Congreso disparó el interés y atención sobre el tema [35]. Aunque no son muchos los estudios y publicaciones que mencionan expresamente el Congreso de 1969, una revisión de las publicaciones a partir de 1970 muestra que no sólo los tratadistas incluyeron referencias más extensas sobre los derechos personalísimos [36], sino que se publicaron cientos de artículos y estudios sobre el tema. Más allá de esta incorporación del tema en la agenda, la influencia del Congreso en la mayoría de los casos no se explicita en la consulta, análisis o referencia directa a los debates o recomendaciones del IV Congreso.

En la década del 70, se publica la obra del profesor Santos Cifuentes *Derechos personalísimos* [37] que es el primer abordaje sistemático del tema en nuestro país y continúa siendo en la actualidad la obra más completa en la materia. Se publican también estudios dedicados a algunos de los derechos de la personalidad, entre ellos, los libros del jurista cordobés Jorge Carranza: *Los trasplantes de órganos frente al derecho civil* [38], en 1972 y *Los medios de comunicación y el derecho privado* [39], que se centra en el derecho a la intimidad. En la década del 80 varias profesoras de la Universidad de Córdoba publican obras dedicadas a analizar el derecho a la intimidad [40] y la problemática de los trasplantes de órganos [41]. También de esa década es el libro de Mosset Iturraspe: *El valor de la vida humana* [42]. A comienzos de los 90 se publica la obra de otro profesor cordobés, Daniel Pizarro, sobre responsabilidad civil de los medios de comunicación, que enfoca la problemática del daño a algunos de los derechos personalísimos [43]. En estas dos décadas se multiplican los artículos sobre la temática de los derechos personalísimos en las revistas especializadas [44].

En la década del 80, el tema de los derechos personalísimos fue objeto de tratamiento en algunas jornadas, entre las que cabe destacar las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes (Buenos Aires) [45] y las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mar del Plata, ambas en 1983. En 1986, se celebraron las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, que debatieron el tema del derecho a réplica y la tutela de la personalidad y en 1989 el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños abordó el tema del derecho a la intimidad, la informática y los medios masivos de comunicación [46]. A partir de aquel entonces se han sucedido los encuentros que han abordado aspectos parciales de los derechos de la personalidad. Otra prueba de esta legitimación es la generalizada inclusión del tema en la enseñanza del derecho civil.

El proceso descripto confirma que la inclusión del tema de los derechos personalísimos en un encuentro científico del prestigio de un Congreso Nacional de Derecho Civil fue el inicio de un proceso legitimador del problema como objeto de la dogmática civilista..

¿Se produjo, además, algún cambio en la perspectiva con que se aborda la cuestión en los trabajos científicos? En líneas generales puede afirmarse que la incorporación del tema de los derechos personalísimos en el campo de acción de la dogmática, no trajo aparejado el reemplazo del modelo hegemónico. La mayoría de los autores abordan el tema con la misma óptica, las mismas herramientas y la misma metodología con que tratan el resto de los temas.

En el tratamiento científico-jurídico de los derechos personalísimos hay matices nuevos aunque no son generalizados. Sobre todo después de la reforma constitucional de 1994 se advierte una mayor atención de los civilistas a las normas constitucionales y a los tratados internacionales. En este sentido, las categorías público-privado flexibilizan su separación y distancia.

Un segundo matiz de cambio se refiere a una apertura del jurista dogmático hacia la realidad social, política y cultural en la que desarrolla su labor. Esta apertura trae aparejada una visión interdisciplinaria que enriquece el estudio del derecho y jerarquiza la función social del jurista. Fue precisamente esa apertura, impulsada por los cambios sociales y políticos, la que hizo que la dogmática civilista europea incorporara el tema de los derechos de la personalidad mucho antes de lo que sucedió en Argentina, gracias al impulso del IV Congreso de Derecho Civil.

NOTAS:

[1] Sobre el paradigma dogmático, ver: A. Hernández Gil, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, Civitas, 1981; del mismo autor: *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica,* 2ª ed., Madrid, Civitas, 1981 y E. Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho,* Madrid, Edersa, 1981. Para un análisis del paradigma en acción en el ámbito del derecho civil: D. Ferreira Rubio, "Reflexiones sobre los aspectos metodológicos de la posesión de A. Hernández Gil", Revista de Derecho Privado, Madrid, junio, 1983, pág. 543 y ss..

[2] Sobre las presuposiciones implícitas de la dogmática, ver además de las obras citadas en la nota anterior: A. Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986, en especial, Cap. IV, pág. 93 y ss..

[3] Th. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, (trad. A. Contin), México, FCE, 1977.

[4] Para una descripción de cómo opera el paradigma dogmático en concreto, A. Hernández Gil, *La ciencia jurídica...* cit., págs. 91-92.

[5] Sobre el particular, D. Ferreira Rubio, "Alberdi: hacia la modernidad de la ciencia jurídica argentina", Córdoba, 1984. La primera parte de este ensayo se publicó en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nº 11, Abeledo-Perrot, 1991. Puede consultarse también en: http://deliaferreira.com.ar/pdf/at-derecho/Alberdi-Derecho.pdf

[6] *Actas del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, U.N.C., 1971, t. I, pág. 98. Ver versión escaneada de la publicación en: http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actascuartocongresotomouno2.pdf

[7] Firmada por los Dres. Buteler Cáceres, Moisset de Espanés, Beascoechea, Bonadero, Palmero, Fraga y Ossola.

[8] A esta ponencia adhirió Méndez Costa, por sus propios fundamentos que, por cierto, se apartan del modelo dogmático en cuanto remiten exclusivamente a consideraciones religiosas y a declaraciones del Concilio Vaticano II.

[9] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 103.

[10] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 104.

[11] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 104. Reitera este concepto en una posterior intervención en el debate, pág. 125.

[12] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 111.

[13] *Idem*.

[14] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 112.

[15] M. Bohmer, Conferencia pronunciada en la Primera Jornada "Los jóvenes y la educación en valores: hacia una cultura de la transparencia", Buenos Aires, PNUD, Oficina Anticorrupción, 3/12/08.

[16] E. Martínez Paz, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino*, Córdoba, B. Cubas, 1916, en especial, Cap. "El método del Código", pág. 189 y ss. Ver también, S. Cifuentes, "Derechos personalísimos. Sobre una ponencia elaborada como programa de posible legislación orgánica sobre la materia con algunas otras consideraciones", E.D.106-773.

[17] Nota al ministro de Justicia, elevando el Primer Libro del Código Civil, el 21 de junio de 1865, según A. Cháneton, *Historia de Vélez Sarsfield*, 2ª ed., Bernabé, 1938, t. II, pág. 136; según Cifuentes, la nota es del 24 de junio de 1865: "Derechos personalísimos..." cit., pág. 84.

[18] Ver sobre la opinión de Vélez al respecto, la discusión entre Sarmiento y el propio Vélez Sársfield en la Convención Constituyente del Estado de Buenos Aires mencionada en M. Ekmekdjian, "El derecho a la dignidad y el orden jerárquico de los derechos individuales", E.D. 119-937.

[19] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 106.

[20] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 109.

[21] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 110. Sobre el particular, ver también: J. Mosset Iturraspe, "Daño a los derechos de la personalidad", J.A. Doctrina 1971-341.

[22] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 115.

[23] *Actas del IV Congreso...* cit., pág. 117.

[24] A. Orgaz, *Personas individuales*, 2ª ed., Córdoba, Lerner, 1961.

[25] Para escribir este artículo se han relevado los libros dedicados a la materia, así como los tratados publicados o reeditados entre 1970 y 1990. Igualmente se han revisado los artículos de doctrina, comentarios bibliográficos y la jurisprudencia publicados en el mismo período en Jurisprudencia Argentina, La Ley y El Derecho. Agradecemos la colaboración de Tatiana Bogoslavsky Minolli en esta recopilación.

[26] La observación presentada por J. Mosset Iturraspe ponía de relieve la necesidad de pronunciarse sobre la interpretación del derecho vigente (*Actas del IV Congreso...* cit., pág. 98.

[27] *Actas del IV Congreso*, t. I, p. 103

[28] L. Moisset de Espanés, "Proyecto de regulación legal de los derechos de la personalidad y su defensa", en *Actas del IV Congreso...* cit., págs. 100-102.

[29] S. Cifuentes y J. Rivera, "Anteproyecto de régimen integral de tutela de los derechos personalísimos", E.D. 115-832. El proyecto fue reproducido -sin mencionar el origen- por la diputada Ma. Cristina Guzmán y presentado en

la Cámara de Diputados Expte. 2792-D-85, reproducido en 1993 como Expte. 1966-D-93; S. Cifuentes comenta este hecho en *Derechos personalísimos...* cit., pág. 92, nota 127.

[30] Firman la nota de elevación los siguientes juristas: Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman (*Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999).

[31] *Proyecto de Código Civil...* cit., Fundamentos, punto 15, págs. 24-25.

[32] Dictada el 10 de junio de 1969 y publicada en el Boletín Oficial el 24 de junio del mismo año.

[33] Sobre las falencias del proceso de sanción de la ley 20.889, ver: D. Ferreira Rubio, *El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Universidad 1982, págs. 95-97 y bibliografía citada en nota 114, pág. 95 y M. Zavala de González, *Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, págs. 64-65.

[34] J. Travieso, *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1996.

[35] Conf. J. Carranza, "La Ley Tróccoli (20-889) y el derecho a la intimidad", J.A. Doctrina 1975-240.

[36] Ver, entre ellos, J. Rivera, *Instituciones de derecho civil, Parte General*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992; 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

[37] S. Cifuentes, *Derechos personalísimos...* cit., 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2008. La primera edición es de Editorial Lerner, 1974.

[38] J. Carranza, *Los trasplantes de órganos y el derecho civil,* La Plata, Platense, 1972.

[39] J. Carranza, *Los medios de comunicación y el derecho privado*, Córdoba, Lerner, 1975.

[40] M. Zavala de González, *Derecho a la...*, cit., y D. Ferreira Rubio, *El derecho a la...* cit..

[41] M.T. Bergoglio y M.V. Bertoldi, *Trasplantes de órganos,* Buenos Aires, Hammurabi, 1983.

[42] J. Mosset Iturraspe, *El valor de la vida humana*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1983.

[43] D. Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

[44] Para una bibliografía completa de estos artículos, ver el libro de S. Cifuentes, "Derechos personalísimos..." cit..

[45] Ver S. Cifuentes, "Derechos personalísimos..." cit., E.D. 106-773; A. Morello, "La defensa procesal de los derechos personalísimos", E.D. 113-752 y J. Rivera, "Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos", L.L. 1983-D-846.

[46] Ver D. Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos...* cit, Apéndice, pág. 377 y ss..

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD
Y SU PROTECCIÓN LEGAL

por María Cristina Plovanich

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los despachos de mayoría y minoría. 3. Mirada desde la perspectiva actual. 4. Evolución del pensamiento sobre el tema. 5. Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos personalísimos. Aproximación conceptual. 6. La reforma constitucional de 1994. 7. La dignidad como fundamento. 8. Recepción constitucional de la dignidad. 9. Aportes del IV Congreso. a. Influencia sobre la doctrina. b. Influencia sobre la legislación y jurisprudencia.

1. Introducción

Al pronunciar el discurso inaugural del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, el entonces rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Ing. Rogelio Nores Martínez, resaltó la trascendencia del encuentro para atender a los nuevos requerimientos de la comunidad al decir que daba "fe pública del valor protagónico fundamental que el hombre de derecho cumple en la sociedad contemporánea" y señaló el "reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que es respeto a la libertad" como una de las cuestiones esenciales sobre las que una sociedad ha de reflexionar [1].

Las palabras pronunciadas en esa oportunidad por el Dr. Roberto H. Brebbia indicaron que ese había sido el sentir de los legisladores fundantes del sistema legal argentino, pues la persona humana tuvo siempre reconocimiento y protección tanto en el ámbito del derecho público como en el privado: "Junto con la Constitución Nacional y tal vez en la misma o mayor medida que aquélla, ninguna ley incidió de manera tan directa sobre el progreso y prosperidad de la Nación, como el Código de Vélez, durante los últimos cien años. Estas dos grandes leyes: la civil y la política, presidieron la evolución que condujo al país a lo que hoy es, sentando ésta las bases de una democracia representativa y *estableciendo garantías para el ejercicio de los derechos fundamentales del hombre*; organizando aquélla las *relaciones de los individuos entre sí bajo los signos del respeto a la personalidad, de la igualdad y de la libertad* y asegurando el juego armónico del interés privado sin desmedro del interés general, en el seno de la familia y de la comunidad" [2].

Admitida esta realidad y en consideración a los cambios culturales y científicos producidos desde la sanción de aquellas normas, el IV Congreso fijó como tema para analizar en la Comisión Nº 1: *Los derechos de la personalidad y su protección legal.*

La preocupación de los miembros fue lograr un pronunciamiento que tuviera como resultado obtener una mayor protección de la persona física o natural en aquellos aspectos que hacen a su esencia: la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el nombre, la producción científica, artística o intelectual, la esfera íntima de la propia personalidad, etc. Se admitía la existencia de normas que la amparaban pero se aspiraba a que el derecho civil diera un paso adelante en esa misión.

El reconocimiento de la dignidad del hombre y el pleno desenvolvimiento de su personalidad fue idea primordial, común en las propuestas; sin embargo existieron discrepancias que generaron arduos debates, justificados desde luego, pues como lo planteara el rector en su discurso, los ponentes entendían que "en el campo del derecho, toda reforma ha de venir signada por la prudencia, porque la interna trabazón de las normas jurídicas determina que la sola modificación de un artículo de la ley, repercuta por concordancia y por interpretación sistemática en las más remotas regiones de esa plenitud que es el derecho".

Surgieron interrogantes acerca de cuál era el ámbito apropiado para el tratamiento de estos derechos, si correspondía al derecho público o al derecho privado, si bastaban las normas constitucionales, penales, administrativas e internacionales que ya habían comenzado a dictarse sobre el tema, o debían incorporarse a la legislación civil, modificar el Código Civil como lo habían hecho países extranjeros, o en su caso dictar leyes especiales. Nadie dudaba, tal como lo

expresara Brebbia, que las normas de ambos ámbitos se complementaron siempre para permitir el desarrollo individual y social, pero se pretendía robustecer el resguardo del hombre ante los avances de la medicina y la tecnología que impactaban, (e impactan hoy), cada día más sobre la personalidad.

2. Los despachos de mayoría y minoría

La mayoría proyectó una recomendación que comprendió dos partes. En una primera "aconseja al futuro legislador que en una reforma del Código Civil incluya y reglamente los derechos de la personalidad como derechos de carácter especial, ya que son *sui generis*, porque si bien reconocen los presupuestos clásicos y lógicos de todo derecho subjetivo: sujeto, objeto y causa eficiente, son muy particulares las relaciones que existen entre el sujeto y el objeto o contenido del derecho. Encarece este despacho la necesidad de una legislación orgánica, completa, que enumere y tipifique todos estos derechos subjetivos; sostiene que el ordenamiento deberá regular no sólo los casos de lesión del derecho, sino también la simple amenaza de ellos, haciendo una aplicación expresa del principio de justicia preventiva que se encuentra ya receptado en materia de daños". En la segunda parte la recomendación enumera cuáles son los derechos de la personalidad que deben tenerse en cuenta en una futura reforma. Menciona "el derecho a la vida, a la integridad moral, y en general los derechos más inmediatos del sujeto del derecho, donde se incluye la protección contra tratamientos o intervenciones quirúrgicas contrarios a la voluntad del sujeto, que carecen en la actualidad de amparo específico". Declara, además, que debe incluirse la protección y la regulación de los actos de disposición del propio cuerpo, limitarlos o prohibirlos cuando ocasionen daño, sean contrarios a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. Al referirse a la integridad moral se incluía la regulación del derecho a la propia imagen y a la esfera reservada o íntima de la vida, el reconocimiento de la propia individualidad a través del nombre y del seudónimo [3].

Se aspiraba a obtener la recepción expresa y categórica de los derechos de la personalidad, proporcionando al legislador del futuro las bases mínimas para una regulación de la materia.

El despacho en minoría sostuvo que aun cuando los derechos de la personalidad tienen en la Constitución Nacional reconocimiento genérico expreso e implícito, es aconsejable que algunas de sus consecuencias sean concretamente reguladas. Por consiguiente, propició la aprobación del siguiente despacho: "Se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a las disposiciones del propio cuerpo". Los adherentes encontraban diferencias de carácter técnico-jurídico con el otro pronunciamiento. Por un lado, no acordaban en dar formulación concreta al derecho subjetivo a la vida, que ya tiene su tutela en la Constitución y en el capítulo de los hechos ilícitos en el Código Civil; y por otro consideraban que hacer una legislación sistemática y orgánica sobre los derechos de la personalidad sería hacer todo un código, porque habría que traer todas las disposiciones que regulan la libertad individual, todas las leyes que protegen la vida y la integridad física y moral, el honor de las personas, a todas ellas habría que ordenarlas en un conjunto de normas sistemáticas. En definitiva, no es que se negara la necesidad de la tutela jurídica, sino que se consideraba suficiente lo que existía y desde el punto de vista técnico se veía dificultoso darles un contenido concreto pues en aquel momento aun se discutía si los derechos de la personalidad eran o no derechos subjetivos.

Las ponencias coinciden en la protección de la persona humana y el respeto a su dignidad, pero las diferencias eran importantes al momento de determinar cuál debía ser el ámbito y modo de plasmar ese resguardo.

3. Mirada desde la perspectiva actual

Entiendo que esos desacuerdos encontraban justificación en el modo de concebir el derecho y la vinculación entre sus diversas ramas. Como expresa Julio C. Rivera durante largo tiempo *"el fenómeno de las relaciones entre el derecho privado y el derecho constitucional parecen haberse desenvuelto en* ***majestuosa indiferencia*** *recíproca"* [4]. Se entendía que mientras el derecho público, cuya principal fuente es la Constitución Nacional, rige la situación del individuo frente al Estado, el derecho privado, que encuentra sus principales raíces en el Código Civil, regula las relaciones entre particulares; en otros términos, básicamente, el ordenamiento jurídico se presentaba en dos campos: uno, *"el hombre frente al Estado*" y, consecuentemente, una Constitución que le pone límites al accionar del Estado concediendo a la persona derechos que ella puede ejercer contra él; otro, el de una sociedad casi autorregulada, compuesta de hombres iguales en los que la autonomía de la voluntad es el primer motor del tráfico.

En expresión que comparto, Rivera opina que esta visión ha escondido una cuestión fundamental cual es que la Constitución informa todo el ordenamiento, inclusive el derecho privado [5], ya que mantiene y amplía las garantías y derechos que protegen a la persona, eje central y destinatario de esta área del derecho.

En el largo proceso histórico que llevó a aceptar el postulado de que todo ser humano es persona por encima e incluso antes que la comunidad organizada, que el hombre por sí mismo titulariza bienes que necesitan protección del ordenamiento, aun cuando en alguna época o Estado no haya sido reconocido de este modo por el derecho objetivo, la reforma constitucional operada en 1994 en nuestro país impacta profundamente en todas la áreas del derecho argentino. A la par del reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías, además de la incorporación con rango constitucional de tratados que se refieren a materias que tradicionalmente se entendieron como propias del derecho civil, aceleró y vigorizó el debate sobre si el derecho privado se ha constitucionalizado o si el derecho público se ha privatizado. Creo que la cuestión no debe analizarse en esos términos, sino que cabe aceptar la necesidad de una relectura integradora del orden jurídico. Muchos de esos derechos tuvieron siempre acogida en nuestra Constitución, aunque con un desarrollo escueto, luego fueron ampliándose por vía de la legislación y la jurisprudencia, sobre todo esta última fue la que perfiló y dio contenido a varios de ellos.

El tema en análisis, desde la perspectiva actual, requiere un abordaje sistemático e integrado desde distintas áreas del derecho ya que la protección de la persona atañe tanto al derecho público como al privado, encontrándose regulaciones normativas tanto en uno como en otro campo. No podría ser de otro modo ya que lo público y lo privado no son categorías que hacen a cuestiones esenciales del derecho, sino que son áreas que presentan caracteres distintos, pero las preguntas últimas sobre el derecho apuntan al fenómeno normativo como una unidad; que va más allá de las divisiones y las particularidades concretas de las distintas formas de relaciones jurídicas. La visión actual del derecho así lo impone, cualquiera sea la temática que se estudie, con mayor razón si nos ocupamos de la persona.

4. Evolución del pensamiento sobre el tema

Ya al final del siglo XVIII tenemos al hombre colocado en el centro del universo jurídico, apreciado como ser libre, sujeto de derecho y reacio a la diversificación de estatutos personales, y tenemos también como soporte explicativo de las relaciones humanas un sistema conceptual de origen romano muy racionalizado y "subjetivizado", es decir, explicado en relación con los actos humanos, ejercicio de la libertad que por doquier se reconoce en el hombre. Los teóricos se enfrentarán, a partir de ese momento, con un problema: cómo conciliar el sentido de *igualdad* expresado a través de los valores y prerrogativas universales e innatas en todo hombre con una situación social de desigualdad real que continuaba subsistiendo. Con una cuestión derivada: la de armonizar el derecho objetivo, concentrado en el Estado y manifestado a través de la ley, con el reconocimiento a cada hombre de sus propios valores y derechos, creador del orden real y artífice de su propio destino. El instrumento adoptado fue la creación más interesante y original del sistema codificado, y consistió en la configuración de la igualdad en

términos formales. La igualdad entre los hombres puede ser alcanzada a pesar de su desigualdad real porque es una igualdad formal, una igualdad ante la ley. La función del derecho se agota en la previsión de un orden abstracto, con sistema de reglas objetivas que son esquemas o tipos de actuación respecto de los cuales el sujeto es el destinatario potencial. De este modo, la ley "precede" a la constitución de relaciones entre sujetos, ya que pone las condiciones a través de las cuales cierto sujeto puede pretender un determinado comportamiento de otro sujeto.

Todo ello porque se tenía la convicción de que al liberar a los particulares de vínculos políticos se realizaría por sí mismo un orden justo. Imbuidos de estas ideas se producirán a finales del siglo XVIII una serie de textos jurídicos de capital importancia y trascendencia para desarrollos posteriores. La declaración de Virginia, la declaración de Independencia de las antiguas colonias inglesas en América del Norte: "Todos los hombres son creados iguales, están dotados de derechos inalienables, la vida, la libertad..."; la Constitución de Estados Unidos; en Europa la Declaración de los Derechos Naturales, individuales y sagrados del hombre aprobado por Asamblea Constituyente de 1789; proclamada la República en Francia se aprobó una nueva declaración de derechos, que fue incorporada a la Constitución en 1793. Esta nueva declaración consideraba principios naturales los de *igualdad, libertad, seguridad y propiedad y definía la libertad como el poder que pertenece al hombre de hacer todo lo que no daña los derechos de otro.*

Este mismo ideario informó al Código Civil francés que se presentó como un desarrollo de los principios contenidos en la declaraciones de derechos, y por ello se ha podido decir que las raíces del Código estaban prendidas de las declaraciones de derechos y que en el fondo el puntal de la regulación del Código se encuentra en la Constitución de 1791, cuyo art. 1º proclamaba, según se recordara, que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.

La idea y el objetivo de un Código Civil se extendió por toda Europa, acaso porque el Código Civil francés era una obra que traducía en el campo jurídico una serie de conceptos filosóficos, históricos y económico jurídicos que gozaban de amplio predicamento en todo el occidente. Ha podido hablarse por ello de una eficacia política del Código francés, que también alcanzó a una nueva concepción de las relaciones entre la autoridad del Estado y los derechos de los ciudadanos. El Código alcanzaba de este modo, fundamentalmente, una eficacia decisiva en el modo de concebir la presencia y el valor de la persona humana en las relaciones jurídicas, por lo que se ha señalado que sus disposiciones adquieren verdadero *valor constitucional*, en cuanto expresan las relaciones básicas entre los ciudadanos y el poder constituido, contienen el desarrollo de los derechos civiles que, en esta concepción, son *base y apoyo de las instituciones jurídicas*, y además contiene el desarrollo de los principios constitucionales, lo que no escapó a la sensibilidad de juristas de muy diverso rango y signo.

En nuestro derecho no se dio una situación idéntica, pues no se duda que: la Constitución es una norma jurídica que constituye el sustrato de todo el derecho que se desarrolla a través de la legislación ordinaria (principio de supremacía constitucional sentado por el art. 31 C.N.). La Constitución argentina en su preámbulo y en su capítulo de declaraciones de derechos y garantías incorpora, si bien no de modo sistemático, estos derechos fundamentales, los que se amplían a partir de la reforma de 1994. Pero sí se reconoce que el Código Civil argentino recibe la influencia del Código Civil francés y de sus claves técnicas, por tanto se enmarca en esa línea de pensamiento liberal. El espíritu de las declaraciones de derechos quedó como un trasfondo lejano, que no se recogió en un texto expreso; pero es claro que la teoría filosófica, política y económica que denominamos liberalismo se encuentra en la base del código civil.

La ideología individualista "liberal", además de enfrentarse con el grave problema de la disparidad entre el dogma de la igualdad formal y la acentuación de las desigualdades a lo largo del siglo XIX, fue incapaz de asumir y ordenar los fenómenos sociales derivados de la industrialización, impulsó la aparición de otros planteamientos (romanticismo, idealismo, etc.) que presentaron al hombre como un ser forzosamente *social*, que vive en comunidad y que no puede ser comprendido en abstracto, sino en relación con los demás.

En un proceso dialéctico se produce la reacción que trata de salvaguardar los derechos del hombre entendido como portador de valores autónomos, se incorporan a las constituciones instrumentos de protección y garantía, como *derechos fundamentales* que atañen a cada hombre,

más que en abstracto, en función de la concreta posición que ocupa en el contexto social. El Estado es ahora *social y democrático*, no se limita a prescribir las formas de acción, sino que trata de conseguir la justicia social.

El problema del legislador, la doctrina y jurisprudencia contemporánea consiste precisamente en tratar de que se realice la coexistencia entre el viejo derecho abstracto y las nuevas formas de derecho contenidas o derivadas de los derechos reconocidos en la Constitución.

5. Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos personalísimos. Aproximación conceptual

En la actualidad pareciera haber consenso en que el sistema de derecho ha establecido como postulado básico, el valor de la persona como centro de la construcción [6]. Los principios de igualdad, libertad fueron formalmente establecidos y proclamados. Al aludir a estos valores básicos nos situamos frente a derechos humanos, derechos fundamentales, por tanto considero válido intentar precisar estos conceptos y sigo en esto a Montés Penadés [7], quien dice que se puede entender por derechos humanos *"el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*". Puede decirse de ellos que nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos universales. De este modo al llegar a los tratados internacionales y a las declaraciones universales, contienen en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales y termina con la universalidad concreta de los derechos positivos universales.

Cuando nos referimos a *derechos fundamentales, estamos señalando que algunos derechos humanos han sido positivizados, esto es, incorporados en las constituciones y han sido dotados por ellas de medidas especiales de garantía frente al Estado, especialmente de garantías jurisdiccionales*. No parece ser otra la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales: se trata en el fondo, de limitar las facultades de los poderes legislativo y ejecutivo mediante la imposición del respeto a ciertas libertades individuales que tales poderes no pueden menoscabar o solo pueden hacerlo en forma tasada, limitada y transitoria. Es decir, *derechos fundamentales serían un núcleo o círculo más restringido de derechos humanos especialmente protegido por la Constitución a través de especiales mecanismos de garantía* que, en general pero no exclusivamente, contemplan la defensa frente a la invasión o menosprecio por parte de los poderes públicos. El carácter fundamental de los derechos no les hace ilimitados o expandibles hasta el infinito, *el respeto a los derechos a los demás establece un límite*. Son los propios operadores jurídicos quienes definen tales límites, y de modo especial los tribunales.

Acaso el problema de deslinde entre derechos fundamentales y derechos de la personalidad radica en la propia historia de formación del concepto. Estos últimos fueron identificados y desarrollados por la doctrina civilista desde finales del siglo XIX y eran un útil mecanismo de impulso y protección de la personalidad humana. Con el doble intento de superar el tratamiento meramente formal de la persona y dotar de un mínimo contenido al resguardo de valores inherentes a ella, en el ámbito del derecho privado se crea una específica categoría de derechos subjetivos que se adaptara mejor al objeto sobre el que recae.

Pero en este camino de construcción de protecciones, las constituciones han ido trascendiendo las libertades públicas, incorporando derechos inherentes a la condición de persona y creando mecanismos de garantía. Esto permite pensar que es más claro, entender que la categoría de derechos de la personalidad forma un círculo concéntrico dentro del más general de los derechos fundamentales, que se caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se

superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión. Es más claro un entendimiento de los derechos de la personalidad como un círculo de derechos inserto en el ámbito general de los derechos fundamentales; algunos lo están de modo explícito, otros se pueden derivar o entender que están implícitos, arts. 31 y 33 de la Constitución Nacional.

Así, el principio de la igualdad constitucional, el denominado principio ontológico del derecho según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, el derecho de propiedad, el aseguramiento de la privacidad y la inviolabilidad de la correspondencia, etcétera, constituyen principios que penetran en la estructura más íntima del derecho privado y exigen a éste su adecuación a ellos.

Del mismo modo actúan los principios generales que la Constitución define como las grandes columnas del plan político del Estado: sistema republicano de gobierno, forma de vida democrática, respeto de la personalidad del ser humano y contribución a su pleno desarrollo, que, a no dudarlo, son las fuentes de las cuales emanan los derechos y garantías concretos que la Constitución reconoce en su articulado.

Por ello, la doctrina más autorizada en la materia invita permanentemente a una relectura del derecho privado a la luz de la Constitución, teniendo en consideración la inserción del derecho privado en ese plan político que la Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que la Constitución reconoce de manera explícita o aun implícita (art. 33).

En consonancia con estas ideas, esa concepción de marcha paralela en los órdenes jurídicos, ha cambiado. En especial no puede dejar de apuntarse que en nuestro derecho no se duda que: a) la Constitución es una norma jurídica que constituye el sustrato de todo el derecho que se desarrolla a través de la legislación ordinaria (principio de supremacía constitucional sentado por el art. 31 C.N.); b) por lo que las normas creadas por el legislador no pueden contradecir la Constitución, pues en tal caso serían pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los jueces; c) las normas constitucionales pueden ser programáticas o directamente operativas. Estas últimas pueden ser invocadas por los particulares para fundar sus reclamos; d) algunas cuestiones de derecho privado están incorporadas a la Constitución desde su sanción en 1853: protección de la privacidad (art. 19 y concs. C.N.), de la propiedad (art. 17); reconoce a los extranjeros los derechos de testar, y casarse conforme a las leyes (art. 20). De todos modos, la exteriorización de estas materias de derecho privado en la Constitución ha sido parca y su desarrollo ha provenido de la legislación dictada por el Congreso en ejercicio de las atribuciones del art. 67 de la Constitución Nacional.

6. La reforma constitucional de 1994

Sin embargo, aparecen algunas razones que mueven a hablar hoy en Argentina de derecho civil o privado constitucional, las que se vinculan de manera directa con la reforma constitucional de 1994. En efecto, esa reforma incorpora al texto constitucional de manera expresa materias que son propias del derecho privado. Así se puede apuntar:

- una regla sobre reparación del daño ambiental incorporada al art. 41, primer párrafo, *in fine*, que dice: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley;

- el art. 42 se dirige íntegramente a la protección del consumidor y usuario de bienes y servicios, a quienes reconoce derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (primer párrafo);

- el art. 43, tercer párrafo, autoriza el ejercicio de la acción de amparo para que la persona concernida pueda 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.

El art. 75 incluye un inciso 22 que, en su primer párrafo, incorpora una regla fundamental en materia de fuentes del derecho al establecer que los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes. Con lo cual incorpora a la Constitución el criterio que doctrinariamente tenía vasta aceptación pero que la Corte Suprema sólo legitimó a partir del *leading case* "Ekmekdjian c/ Sofovich" [8].

Y finalmente, el mismo inc. 22 del art. 75 alude a ciertos documentos internacionales que enumera, los que... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Se trata, como se advierte, de los tratados que constituyen lo que se ha dado en llamar el derecho supranacional de los derechos humanos. Esta incorporación de los tratados a la jerarquía constitucional tiene una relevancia sustancial, de modo que por vía indirecta toda esa temática de derecho privado viene a tener ahora jerarquía constitucional.

En síntesis, en Argentina advertimos una constitucionalización de materias del derecho privado por reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías constitucionalmente amparados y por vía del reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de derecho civil.

7. La dignidad como fundamento

En general los autores encuentran el fundamento de los derechos humanos en la dignidad humana. En expresión de José Castán Tobeñas: *"La dignidad humana parece ser el único concepto aceptado de manera universal e incontrovertida como fundamento de los derechos humanos en los textos jurídicos internacionales. En los "Preámbulos" de los Pactos Internacionales (tanto en el de Derechos Civiles y Políticos como en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) se señala textualmente que: 'Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana…'. Se puede decir por tanto que la idea de "dignidad" funciona como un 'prius' o antecedente lógico respecto de cualquier intento de concepturalización o fundamentación ulterior de los mismos"* [9].

En el concepto que he adoptado de los derechos humanos también se expresa que ellos son el *conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad.* Aunque asumiendo la dificultad que ello implica, trataré de precisar de qué se habla cuando se la invoca.

A la dignidad se la suele entender como un derecho subjetivo de categoría superior a los otros derechos fundamentales o como un valor. Reitero lo ya expresado en otra oportunidad [10], la referencia al principio de la dignidad humana es hoy muy habitual en el derecho contemporáneo, tanto público como privado, sin embargo la frecuencia en el uso del concepto y los argumentos que la utilizan va acompañada de imprecisión, al punto que se corre el riesgo de convertirla en una expresión vacía de contenido. La expresión "dignidad humana" es a la vez rica como importante y en cualquier caso, se presenta de modo exigente, ya que demanda ciertos comportamientos y rechaza a otros. Opera como valor, como derecho y como principio.

Si se la ubica como un derecho subjetivo fundamental de categoría superior a los otros [11], corresponde otorgarle un contenido preciso y distinto de los demás, asimismo debiera darse un consenso doctrinario notable lo que no siempre es posible. Algunos consideran que puede realizarse una clasificación en cuanto a cuáles derechos fundamentales son prioritarios a otros, pero no siempre se coincide en dicho orden [12]; mientras que otros piensan que no es posible tal clasificación, sino que en cada caso concreto se deberá decidir y argumentar, la cuestión se torna más difícil cuando el enfrentamiento es entre derechos fundamentales.

Además, si se considera a la dignidad como el *derecho subjetivo fundamental* de categoría superior y no se le otorga un contenido cabal y diferente, sino que sólo se lo invoca como justificatorio de los demás, se incurre en un razonamiento circular dentro de la misma categoría.

Invocar la dignidad como un *valor* o como un *principio* no corre esos riesgos, pero también presenta dificultades, ¿se trata de valores jurídicos -los que se encuentran o derivan de un sistema de derecho positivo- o extrajurídicos?

Desde otra perspectiva, resultaría un valor absoluto incluso superior al valor vida, ya que éste puede ceder en aras, por ejemplo, de la defensa de la patria, mientras que la dignidad debería actuar siempre (aun el condenado a muerte, v.gr., tiene el derecho a ser ajusticiado con dignidad de trato) [13]. Configuraría entonces un derecho irrestringible.

Pero también hay posturas reduccionistas, en el sentido, por ejemplo que de la idea de dignidad humana se desprenden ciertos derechos, y no la totalidad. Así, comprendería los derechos de libre conciencia, intimidad, honor, propia imagen [14] y simultáneamente, mandatos negativos, como la prohibición de mutilaciones, maltrato en las prisiones, torturas o experiencias médicas contra la voluntad del sujeto, empleo del detector de mentiras o de drogas para hablar.

Una concepción también limitativa del área del derecho a la dignidad puede hallarse en Nino, para quien es posible pensar en alguna teoría moral que justifique desde fuera del sistema del derecho positivo a los derechos fundamentales, y propone tres principios morales fundamentales de los cuales se derivan los derechos básicos. A dichos principios los considera categóricos y *erga omnes*, son: a) de inviolabilidad de la persona: que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos, b) de autonomía de la persona: que asigna un valor intrínseco a la prosecución de planes de vida y c) de dignidad de la persona, que prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. Conforme a este último, exaltaría la relevancia de la voluntad o del consentimiento de los individuos: "de este modo, cuando se toma en cuenta la voluntad del individuo perjudicado no se lo está tratando como un mero medio en beneficio de otro". No se trata, explica Nino, de sostener que la mera voluntad sea el elemento final de la justificación moral de una conducta; hay marcos normativos (prohibiciones, obligaciones, responsabilidades, etc.) que delimitan la admisión de esa voluntad, por ejemplo que no produzca ciertos daños al sujeto que la emite o a otros vinculados con él (por ejemplo, la decisión de divorciarse debe compatibilizarse con los derechos de los hijos) [15].

Los derechos fundamentales derivados de los principios mencionados, pueden ser caracterizados como derechos subjetivos morales en el sentido de adscribir a alguien el derecho moral de acceder a una situación que implica un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso y es moralmente erróneo impedir tal acceso. Ya en el derecho positivo cuando los derechos fundamentales encuentran protección, es posible hablar de bienes jurídicamente protegidos y de la noción de derecho subjetivo jurídico.

Por su parte, Sagüés prefiere ubicar al derecho a la dignidad humana como una manifestación más (pero harto significativa, por supuesto) del derecho a la condición humana (que comprende, a más del derecho a la dignidad de trato, los derechos a la vida, salud, personalidad, nombre, etc.) [16].

Peces-Barba define la dignidad *"como libertad o autonomía moral", en la medida en que el hombre no puede realizar sus fines y objetivos…sin esa libertad"* [17]. A su vez, Eusebio Fernandes García, entiende a la dignidad humana como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sean sustituidas por cualquier otro valor social. Utiliza el principio de la dignidad de la persona humana como fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos. En su opinión resulta difícil determinar cuándo es vulnerada, siendo necesario para ello analizar el caso concreto en su contextualización [18]. Coincide con Peces-Barba en la necesidad de realizar la conexión entre la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento constitucional, pues en definitiva aquella se plasma y delimita a través de otros valores como la autonomía, la seguridad, la

libertad o la igualdad, valores éstos que se encuentran receptados en el concepto de derechos humanos [19].

Podemos preguntarnos qué función cumple la dignidad en el marco de la aplicación del derecho. Se dice que "es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da". Por tanto la autonomía es el fundamento de la dignidad de la persona humana, ser racional; ella no puede ser tratada como un medio sino que debe ser considerada siempre como un fin en sí misma. Sería considerada un medio cuando se atenta injustificadamente contra su autonomía, a su seguridad, su libertad o a su igualdad. Por el contrario se la trata como un fin en sí misma cuando se crean normas o instituciones que respetan y garantizan el ejercicio de los derechos humanos.

De los distintos conceptos que brindan los autores citados, surge la estrecha vinculación entre la autonomía y dignidad humana lo que permite considerar que la primera tiene recepción constitucional y que por consiguiente, también el principio de autonomía privada (manifestación específica de esa autonomía moral genérica) está recogido en la Constitución, ya que en expresión de Diez-Picazo *"sólo se reconoce la dignidad de la persona si se le permite autorregular sus marcos de intereses"*.

8. Recepción constitucional de la dignidad

El principio de dignidad de la persona ha ingresado con frecuencia al derecho constitucional, a menudo de modo explícito, por ejemplo, art. 1º de la Constitución de Alemania, art. 10 de la española, donde es uno de los "fundamentos del orden político y de la paz social" . La Constitución española en su artículo 10 consagra formalmente la dignidad de la persona humana al decir: "La dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social".

A su vez, la Ley Fundamental alemana en su artículo 1º dice: "1.1.) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 1.2.) El pueblo alemán se identifica por lo tanto con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y la justicia en el mundo". El art. 2.1. recepta especialmente el principio de autonomía: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de los demás ni atenten contra el orden constitucional o la moral".

En Latinoamérica está receptado de modo expreso en las constituciones de Chile, art. 1º; Perú, art. 1º; Paraguay, art. 1º; Bolivia, art. 6º; El Salvador, art. 10, etc., y en otros reputado como derecho constitucional implícito. Este es el caso de Argentina, cuya Corte Suprema lo detectó dentro del art. 33 de la Constitución (cláusula de los derechos no enumerados, al estilo de la IX enmienda de los EE.UU.). La Corte dijo en "Costa" que de ese derecho a la dignidad individual se desprende el derecho al honor, y en "Sejean", que entre sus contenidos figura que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, en orden a la realización de la persona [20].

Si bien la Constitución argentina no tiene una disposición que de modo directo consagre la dignidad de la persona, de su articulado surge claro el espíritu de resguardo que conlleva, según se desprende de los diferentes artículos que tutelan la libertad, igualdad, arts. 14, 16, 18,19 que consagra el "principio de reserva" del sistema, las protecciones de orden social que consagra el art. 14 bis, además de los derechos implícitos o no enumerados del art. 33, todo esto reforzado y reafirmado por la incorporación de normas internacionales de derechos humanos, art. 75, inc. 22, en los cuales sí se regula de manera explícita sobre la dignidad humana.

Las constituciones provinciales más modernas han incorporado textos expresos en ese sentido. En el caso de la Constitución de la Provincia de Córdoba lo hace en el art. 4º: "La vida desde su concepción, la *dignidad* y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos". Además

en el art. 18 asegura el goce de todos los derechos y garantías que consagra la Constitución Nacional, el art. 19 enumera una serie de derechos refiriéndose en particular el inc. 3 a la libertad.

Las referencias en los textos fundamentales al *libre desarrollo de la personalidad, la realización personal* se ligan de modo directo a la dignidad a través del valor libertad y autonomía, que en el campo del derecho privado, según ya se dijera, consagra la autonomía de la voluntad o autodeterminación.

Al respecto ha dicho nuestra Corte Suprema que la interpretación sistemática u orgánico-armonizante es aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma (en particular, de la Constitución, que posee "unidad sistemática" [21], así como su enlace con todas las del ordenamiento jurídico (en particular, con las que disciplinan la misma materia), y del modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional [22]. Es una fórmula que descarta la interpretación aislada de un precepto jurídico [23].

También ha explicado la Corte Suprema qué entiende por interpretación "jurídica": "No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, y en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo" [24].

Además se ha pronunciado por una interpretación dinámica y evolutiva, de la Constitución, apartada, si es necesario, de la voluntad del legislador o constituyente histórico. En "Chocobar", por ejemplo, la Corte hizo suyas las palabras de Marshall en "Mc Culloch v. Maryland", en el sentido de que "es una Constitución lo que estamos interpretando: una Constitución está concebida para proyectarse hacia el porvenir, y en consecuencia, para adaptarse a las distintas crisis de los asuntos humanos" [25]. Es la propuesta de una interpretación maleable de la Ley Suprema, en función de las necesidades del presente. "La obra genuina de los intérpretes, y en particular de los jueces, es permitir el avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no contradicción", teniendo en cuenta, entre otros factores, a "la dinámica de la realidad" [26]. Avanzando en tal postura, la Corte señaló que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele a ello el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera [27]. En "Avico v. de la Pesa" [28], emitido en 1934, puntualizó, que eran elogiables los jueces que "habían sabido no solamente aplicar la ley cuando era oscura sino completarla cuando era deficiente, suplirla cuando les parecía muda, y adaptar el texto, liberal y humanamente, a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar obstinadamente cuál había sido, hace cien años, el pensamiento de los autores del Código al redactar tal o cual artículo". Igualmente, en "Fernández Orquín" destacó que "el excesivo apego al tradicionalismo jurídico ha sido catalogado como uno de los más serios obstáculos al éxito de la promoción de la expansión económica y de la justicia social" [29].

9. Aportes del IV Congreso

a. Influencia sobre la doctrina

Creo que la evolución del pensamiento jurídico deja trascender que la persona humana y su protección fue motivo de atención permanente para el derecho, no obstante la ausencia de incorporación legal expresa en el orden positivo. Los principios jurídicos que inspiraron el pensamiento tanto el orden internacional como nacional, se vieron reflejados en la doctrina y fundamentalmente en las resoluciones judiciales que fueron creando modos de resguardo cada vez más extendidos. Pero indudablemente la realización del IV Congreso fue disparador de renovadas inquietudes que se plasmaron en nuevos análisis académicos, leyes y resoluciones judiciales.

En doctrina nacional si bien con anterioridad existían señeros trabajos de juristas como Orgaz [30], Salvat, Borda, Llambías, con posterioridad se desarrollan obras profundas y medulosas, puediendo citarse como las de mayor envergadura y sistematicidad en el tratamiento de la cuestión las de Cifuentes y Rivera [31]. Son casi innumerables los escritos desde entonces hasta hoy al respecto, algunos mediante un análisis integral, otros referidos a aspectos particulares; como así también las jornadas, simposios, seminarios, que intentaron aproximar respuestas. Por caso las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en 2005 [32], cuya Comisión Interdisciplinaria trató la "Constitucionalización de los derechos personalísimos", en esa oportunidad el despacho por mayoría propuso que "No es necesaria la incorporación formal de los derechos personalísimos en la parte dogmática de la C.N., toda vez que ésta ya los recepta con singular amplitud por los principios que consagra (arg. art. 33, 75 inc. 22 y concs.)". El espíritu que inspiró esta propuesta es semejante al del despacho de minoría del IV Congreso.

b. Influencia sobre la legislación y jurisprudencia

Pareciera que esa es la línea de pensamiento que se ha impuesto hasta el presente pues no se ha aprobado una ley integral, ya sea incorporada al Código Civil o como ley especial. Hubo intentos en este sentido, el Anteproyecto de Cifuentes-Rivera, el proyecto de Reformas al Código Civil, elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92 que incorporaba en la sección primera del Libro Primero un estatuto integral de los derechos de la personalidad [33]. El Proyecto de Unificación de 1998 incluyó normas tendientes a adecuar el derecho común a los tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional en 1994, en especial, el derecho a la vida, a la dignidad y a la seguridad de la persona humana, respeto a la vida privada, resarcimiento de los daños injustos que sufra, etc..

Si bien no se ha dictado una legislación integral, sí se han aprobado normas especiales, entre ellas las que protegen:

- Intimidad fue incorporada al Código civil, como art. 1071 bis [34]. La Constitución Nacional ya la consagraba en el art. 19, pero era conveniente una norma que determinara el objeto de protección y las consecuencias de su vulneración, aunque esto recién se logra plenamente por vía de creación jurisprudencial. La Corte Suprema al resolver el caso "Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida" [35], delineó con claridad el contenido de la intimidad, la extendió a la intimidad familiar, determinó la protección de las personas públicas, y sentó las líneas de solución para los conflictos entre intimidad y prensa. En la actualidad conviven viejas cuestiones que parecieran aun no resueltas, con nuevas formas de invasión a través del desarrollo de la informática y el uso de Internet, como lo deja ver el tema de Parte general de las XXI Jornadas de D.Civil: La intimidad. Su relación con las cartas post mortem y con las comunicaciones electrónicas [36].

Fue también la Corte federal la que trazó las bases de análisis para los conflictos entre honor y prensa, libertad de información [37].

- Los trasplantes de órganos tuvieron recepción legislativa, primero por la ley 21.541 del año 1977, reformada diez años más tarde por ley 23.464, y en 1993 por ley 24.193, modificaciones que variaron el carácter de subsidiariedad de la práctica, la edad para ser dador, se incorpora el principio de que toda persona es dador presunto. El art. 13 fija la obligación de contar con el *consentimiento informado,* da una noción del mismo y los requisitos para su validez. Pero los caracteres de gratuidad, voluntariedad, solidaridad que fija la legislación responden a los principios que sentaron los juristas en el IV Congreso.

- Algunos aspectos ligados a la disposición del propio cuerpo han sido regulados, por ejemplo la llamada ligadura de trompas. En el orden nacional la ley 26.130, "Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica", fue sancionada por el Congreso el 9 de agosto de 2006, dispone que las intervenciones quirúrgicas deben ser realizadas ***sin cargo en el sistema público de salud*** *a* ***toda persona "capaz" y "mayor de edad.*** En este caso particular y respecto del consentimiento informado, la ley exige que el médico interviniente, individualmente o en

equipo interdisciplinario, debe informar a quien solicite estas prestaciones médicas sobre: a) La naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias; el art. 2º, no exige el consentimiento del "cónyuge" o conviviente (de ello se presume en uno de los casos la existencia de un matrimonio).

A partir de decisiones del máximo tribunal se ha ponderado la dignidad y la libertad como valores superiores por sobre la vida, en los casos en que una persona exprese su negativa a someterse a práctica médicas que atenten contra la libertad religiosa manifestando la objeción de conciencia, aun a riesgo de perder la vida, siempre que en forma libre y sana, expresen su voluntad a través del consentimiento informado [38]. Llegándose a determinar que corresponde otorgar una indemnización por daño moral a quien fue transfundida a pesar de haber dejado constancia clínica de su negativa, en razón de sus creencias religiosas, pues el sufrimiento moral importó no sólo la violación de la autodeterminación del sujeto, sino la realización de una práctica vedada por su credo [39]; se ve receptada una recomendación que se hiciera en el IV Congreso en el sentido de reconocer el derecho a la reparación del daño moral en caso de vulneración de derechos de esta categoría. Por otra parte ha alcanzado jerarquía constitucional el derecho a la reparación a partir del principio de no dañar a otro.

El derecho a la identidad reconoce hoy recepción en tratados internacionales y a partir de allí se lo ha incorporado en algunas normas específicas como la referida a la adopción y el derecho a conocer el origen biológico. En otro aspecto vinculado a la identidad, el de la identidad sexual se admiten hoy las intervenciones quirúrgicas con autorización judicial, ordenándose la consiguiente modificación del nombre en el registro pertinente.

La efectividad de la protección constitucional se prevé a través del recurso de amparo, que el art. 43 de la C.N. concede "contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares…".

Quedan aún sin resolver en nuestro sistema algunos aspectos muy trascendentes, entre ellos la llamada "muerte digna" y los testamentos vitales, aunque ya se cuenta con valiosos precedentes judiciales [40]; el estatus jurídico del embrión concebido fuera del seno materno; el alquiler de vientres, etc.

En síntesis, entiendo que la ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso impedirlo, pues éstos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema. La labor de los jueces supone una nueva toma de posición frente a la interpretación de los textos, en su actividad hermenéutica deben recurrir siempre de modo directo e inmediato a los principios del ordenamiento constitucional, ya que estos son el fundamento de las instituciones del derecho civil; no sólo cuando falta la ley ordinaria o la costumbre, sino también cuando se halle presente. En cada institución particular del derecho civil, se puede dar entrada al espíritu y los valores de la Constitución, a través de la interpretación y dentro del respeto de sus reglas técnicas. La doctrina a su vez, debe colaborar en la delimitación de los conceptos e instituciones, conforme lo imponen las necesidades sociales de cada época, tal como lo hicieron los participantes del IV Congreso de Derecho Civil.

NOTAS:

[1] Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil.

[2] Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil.

[3] Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. El dictamen preliminar presentado por los Dres José A. Buteler, Luis Moisset de Espanés, Ketty R. Beascoechea, Juan Carlos Palmero, Jorge Fraga, (Inst. Derecho Civil Universidad Nacional de Córdoba) manifestaba:

I. Que en una futura revisión del Código Civil se incorpore a la Sección I del Libro I, un título nuevo que contenga una legislación orgánica sobre los derechos de la personalidad en cuanto derechos subjetivos de carácter especial.

II. Las nuevas normas que hayan de elaborarse, atentos los precedentes de doctrina y de legislación extranjera, han de acomodarse a este esquema sinóptico:

1) Protección de la vida y de la integridad corporal. Regulación jurídica de los actos de disposición del propio cuerpo.

2) Protección de la integridad moral. Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad de la vida privada.

3) Derecho al reconocimiento de la propia individualidad. Derecho al nombre y al seudónimo.

[4] Julio César Rivera, "El derecho privado constitucional", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

[5] Julio César Rivera, ob. cit.

[6] María Cristina Plovanich, "Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad", *Anuario del Centro de Investigaciones*, 2006, p. 179**.**

[7] V.L. Montés Penadés, *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, pág. 251 y ss..

[8] "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros". En esa ocasión, el alto tribunal dejó sentado que "La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse" (C.S.J.N., 7/07/1992; L.L. 1992-C-541).

[9] José Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre,* 4ª ed., Madrid, Reus, 1992, pág. 24.

[10] María del Carmen Cerutti - María Cristina Plovanich, "Identidad personal", en Revista de la Facultad, vol. 6, Nº 1, Córdoba, Lerner Editora, 1998, pág. 147 y ss.

[11] En esta postura se ubica a Bidart Campos quien ve en la dignidad humana un derecho que engloba a todos los demás. Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos,* México, UNAM, 1989, pág. 88.

[12] Miguel A. Ekmekdjian, *Tratado de derecho constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1993, t. 1, pág. 482 y ss.

[13] Idem nota 8.

[14] Miguel A. Ekmekdjian, ob. cit., págs. 486/7.

[15] Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, págs. 46 y 267, 299.

[16] Néstor P., Sagüés, "Dignidad de la persona e ideología constitucional", J.A. 1994-IV-904.

[17] Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1995.

[18] Eusebio Fernandes García, "La dignidad de la persona", Comisión Nº 1 del Congreso Internacional sobre "La persona y el derecho en el fin de siglo", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, pág. 60 y ss.

[19] Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

[20] Corte Suprema, Fallos 310:526; 308:2268, consid. 7.

[21] Corte Suprema, "Chadid", Fallos 320:74; J.A. 1997-III, síntesis.

[22] Corte Suprema, Fallos 314:445, 321:730, 324:4349.

[23] Corte Suprema, "Carrefour v. Senasa", Fallos 324:4367, del dictamen del procurador general de la Nación, compartido por la Corte Suprema, con cita también de Fallos 320:783.

[24] Corte Suprema, "Echavarría v. Instituto de Obra Social", Fallos 324:3602, consid. 4, con mención de Fallos 312:111 y 319:840 [J.A. 1999-II, síntesis]. Fallos 324:2934.

[25] Corte Suprema, Fallos 319:3267, consid. 14.

[26] Corte Suprema, Fallos 320:2701; dictamen del procurador general, punto V, compartido por la Corte, y cita de Fallos 320:875.

[27] Corte Suprema, Fallos 211:162, [J.A. 1948-II-408], "Merkc Argentina". Conf. también 316:2624 [J.A. 1994-II-557].

[28] Corte Suprema, Fallos 172:29 [J.A. 48-698]. Ver también "Chocobar", Fallos 319:3266, consid. 14.

[29] Corte Suprema, Fallos 264:416.

[30] Si bien no reconoció la categoría de derechos subjetivos a los derechos de la personalidad los consideró "presupuestos jurídicos de la persona individual". *Personas individuales*, Córdoba, Assandri, 1961, pág. 107 y ss.

[31] Santos Cifuentes, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995. "Anteproyecto de régimen integral de tutela de los derechos personalísimos", elaborado por los doctores Santos Cifuentes y Julio C. Rivera, en *Derechos personalísimos* de Santos Cifuentes, pág. 673.

[32] XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión Nº 1, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005.

[33] Los autores del Proyecto citan como fuentes el Código Civil de Québec, el Código Civil suizo, el Código Civil peruano de 1984, el Código Civil portugués, las leyes francesas, etc., además de numerosos encuentros jurídicos y el citado Anteproyecto.

[34] Ley 21.173.

[35] "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.", 11/12/1984; J.A. 1985-I-510; L.L. 1985-B114.

[36] XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de Zamora, Facultad de Derecho, del 20 al 22 de septiembre de 2007, Comisión 1: Parte General: La intimidad. Su relación con las cartas post-mortem y con las comunicaciones electrónicas.

[37] Corte Suprema, “Campillay, Julio C. c/ La Razón y otros”, 15/5/1986; L.L. 1986-C-411.

[38] Corte Suprema, “Bahamondez, Marcelo”, 6/4/93; L.L. 1993-D, 126; J.A. 1993-IV-568.

[39] CNCiv., Sala I, 31/5/2007; “G., C. L. c/ Mediconex S.A. y otros”; L.L. 30/8/2007, 3.

[40] Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Nº 1 de Mar del Plata (Buenos Aires), 25/7/2005, caso “M”.

DERECHO A LA INTIMIDAD

por SANTOS CIFUENTES

SUMARIO: Concepto. Actualidad de la materia. Despertar del derecho a la vida privada en los EE.UU. Los tratados y las directivas internacionales. El derecho argentino. Entrometimiento en la vida familiar y afectiva. Vicisitudes y circunstancias que afectan a las personas. Enfermedades contagiosas. La minoridad. Las molestias y mortificaciones. Medios de defensa. Parciales límites al amparo de la intimidad. La prohibición de la censura previa.

La intimidad es uno de los bienes principales que caracterizan a la persona y que en las sociedades organizadas y democráticas, da posibilidades de plenitud a la convivencia humana. En estas sociedades, los actos que la vulneran, la desconocen o menoscaban en algún sentido, deben ser considerados ilícitos, pues no sólo son reprobados por el ordenamiento jurídico, sino que quebrantan la faz espiritual del ser, dañan e inciden negativamente en el libre desarrollo de la personalidad y conculcan los planos interiores de su trayectoria vital. Al revelarse lo que está destinado naturalmente, es decir, por la naturaleza o circunstancia de haber nacido a mantenerse fuera del conocimiento de los otros, o lo que más tarde en el transcurso de la vida por propia decisión se ha puesto en zonas de reserva, las que quedan apartadas de toda comunicación informativa general, se produce una lesión no legítima ni sustentada jurídicamente. La construcción y desenvolvimiento de la personalidad psicofísica, sólo es posible si el ser humano puede conservar un conjunto de aspectos, circunstancias y situaciones que se ocultan, se preservan y se destinan por propia iniciativa a no ser comunicados al mundo exterior. Luego, cuando se los exponen contrariando la voluntad del sujeto, puede catalogarse a los hechos de antijurídicos o reprobados por las normas con sentido objetivo, hayan sido o no obrados con negligencia o dolo por parte de los que programan, dirigen, colaboran y realizan la publicidad indebida. Esos actos son productores de daños morales, pero también, indirectamente, pueden producir daños materiales.

Bien se ha señalado que si no somos conscientes de que el hombre, para desarrollar su libertad, necesita tener una parcela de la que sólo él es soberano, no podríamos comprender el sentido ni del derecho a la intimidad ni del derecho en general. La intimidad *"es una necesidad vital, sin la cual el hombre no puede formar ni desarrollar su personalidad, siendo en la intimidad en donde configura sus pensamientos, sus creencias, su conciencia. Pero también es en la intimidad en donde el individuo va fraguando el modelo de relación que quiere compartir con los demás y que le permitirá desenvolverse con ellos"* [1].

No sólo es una condición esencial positiva o afirmativa del hombre, sino que como derecho subjetivo que se goza y se ejerce, contiene asimismo la posibilidad negativa, que viene a ser la facultad de no impedir las intromisiones y soportarlas, o bien, por el contrario, poner en ejercicio el poder jurídico para excluir a terceros de tales intromisiones a fin de gozar plenamente de ese bien.

La intimidad abarca lo interior de la vida personal y de la conciencia, pero también lo exterior y conocido por otros aunque no el público general. Es decir que comprende las acciones interiores del hombre y las exteriores no publicadas o excluidas de la publicidad colectiva, o sea que están jurídicamente protegidas por ser asuntos ajenos a la difusión masiva y no están expuestos a la pantalla pública, o sea que son diversos de aquellos hechos humanos que trascienden al sujeto y llegan genéricamente a los terceros, sea a través de la prensa, la televisión, la radio o el Internet. Tal es el área que debe considerarse en la frase *"acciones privadas"* del art. 19 de nuestra Constitución Nacional [2]. He aquí la vital comprensión hacia todos los tiempos y su proyección histórica universal, ya que es una norma dictada cuando ni se imaginaban los actuales medios masivos de comunicación, como la cibernética o telemática de proyección supranacional.

Concepto

Abarca la definición, además de las difusiones que se entrometen en lo reservado, el hostigamiento y el acoso, las perturbaciones que afectan lo íntimo de las personas, aun cuando el ataque y el medio empleado para la ejecución de tales actos no fueran la publicidad y los medios de difusión.

Es la siguiente: *"la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos".*

Actualidad de la materia

En los tiempos que corren se ha levantado la necesidad de la defensa de la intimidad con mayor premura, fuerza y decisión que en años pasados ante el avance y derivaciones de la tecnología en las comunicaciones. Puede decirse que es la natural reacción frente a la existencia, cada vez más intensa, de la actitud entrometida de los medios, con noticias que fácilmente se propalan y que alimentan la curiosidad a veces sana y hasta en muchas ocasiones necesaria, pero también muchas otras veces malsana de parte de los propagadores y de los destinatarios, que suelen pertenecer unos y otros a una masiva sociedad inculta, dispuesta a exponer y gozar sólo de lo impactante y sensacional de los asuntos del momento, o sea los de corta mira y actualidad fugaz. Es la sociedad del espectáculo inferior y del escándalo, que se regodea con los personajes de moda y que produce ganancias fáciles para el divulgador, propenso a saber y revelar todo de todos, especialmente si se trata de los llevados a la fama, y que generalmente se alimenta en los turbios deseos de la indiscreción. Sociedad que ahora cuenta, y es notorio el avance en este sentido, con medios técnicos óptimos al respecto, no sólo por su fuerza expansiva, sino por la enorme celeridad en la difusión y su gran caudal de almacenamiento y distribución. Queda expuesto en mayor medida el derecho a la vida privada de las personas que no pertenecen a esos grupos y están ajenas al entrechoque de los medios y de sus propietarios. Contar en el haber con un canal de televisión, un periódico o revista, la computadora e Internet, es una fuerza que tiene hoy importancia inobjetable.

Despertar del derecho a la vida privada en los EE.UU.

No antes de variados factores, hechos y circunstancias que han revelado al mundo contemporáneo la fragilidad del bien de la intimidad, se ha apreciado su valor y la necesidad de su resguardo.

La vida privada como derecho de concretos contornos propios, sólo se reconoció a partir de 1890 por obra y gracia del artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, publicado en la Harvard Law Review, intitulado "The rigth to privacy" [3].

El trabajo de Warren y Brandeis, fue elaborado por reacción de la publicación, con detalles personales y desagradables, de los periódicos locales, particularmente, la revista Saturday Evening Gazette, de las fiestas sociales que la Sra. Warren, hija del senador Bayard de Delaware, solía dar en su casa de Boston, en especial, la brindada a raíz del casamiento de una de sus hijas. Los jóvenes autores citados señalaron en 1890 que los recientes inventos y métodos de negocios, llaman la atención sobre la necesidad de proteger a la persona y asegurarle lo que el juez Cooley denominó *"el derecho a ser dejado en paz"*. Fotografías instantáneas, con modernos mecanismos, y empresas periodísticas han invadido el recinto sagrado -decían- de la vida privada y doméstica, y numerosos aparatos mecánicos amenazan hacer buena la predicción de que "lo que es susurrado en lo cerrado se proclamará en los tejados". Insistieron en la necesidad de protección de la persona, ante una prensa que en muchos casos se orientaba hacia el "chismorreo", en busca de satisfacer el deseo libidinoso de conocer detalles, ocupando con

trivialidades el espacio de asuntos de real interés para la comunidad. La *privacy* debe destacarse del derecho de propiedad, e incluso de la estricta protección del honor. Cuando se pide que se repare o prevenga un daño, no es por causa de la reputación, sino de la intimidad, que implica el derecho no sólo a impedir una descripción inexacta de la vida privada, sino a prevenir que sea descripta de todos modos, con exactitud o sin ella. Los derechos protegidos no surgen del contrato o de una especial relación de buena fe entre dos partes determinadas, sino que son *erga omnes* [4].

La Corte Suprema de Georgia en el fallo "Pavesich" (1905) aceptó la tesis de Warren y Brandeis y reconoció el derecho a la imagen y a la intimidad de la vida privada [5].

Los tratados y las directivas internacionales

En diversos países del mundo occidental, el derecho a la vida privada fue arrancado del anonimato y de las interpretaciones judiciales extensivas a partir de otros principios y derechos, para consagrarlo por legislación positiva expresa.

A solo título ilustrativo, las Naciones Unidas, siete meses después de esa Declaración de las Américas, el 10 de diciembre de 1948 en Nueva York, aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconociéndolo en su art. 12.

El derecho argentino

La ley 21.173 [6] vino a llenar un vacío y que importó una especie de reglamentación de la directiva general del art. 19 C.N., norma acompañada en otros aspectos por los arts. 18, 43 y 75 inc. 22. Incorporada como art. 1071 bis C.C., estatuye: "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres y 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 hubiesen 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 fuere procedente para una adecuada reparación".

La posterior sanción de la ley 23.054 y de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, han clarificado los alcances de la protección, al ratificar y dar jerarquía constitucional al art. 11 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica de 1969, que dispuso: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia..." (ap. 2), y "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias..." (ap. 3).

La Convención Interamericana transcripta, protege extensamente, sin reparos. No exceptúa de esa tutela a las libertades ni a las de prensa o información. Cualquier injerencia "abusiva", como principio amplio, queda prohibida. Cuando su art. 13 confiere a toda persona los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, descartando la censura previa, comprende a las responsabilidades "ulteriores" para el respeto de los derechos, sin que se advierta alguna exclusión sobre el abuso informativo [7].

Entrometimiento en la vida familiar y afectiva

a. Difusión televisiva

Las primeras emisiones televisivas se hicieron en 1936 en Inglaterra a cargo de la British Broadcasting Company (BBC), pero sólo después de la Segunda Guerra Mundial tomó verdadero impulso con sistemas regulares y mejores en los EEUU. En la Argentina apareció en el Ministerio de Obras Públicas la señal pionera LR3 TV Canal 7 en 1951, con vistas

panorámicas de la ciudad. La televisión privada comenzó en 1958 mediante decreto del presidente Pedro Eugenio Aramburu, que adjudicó las primeras licencias de canales. El desarrollo posterior fue categórico y concreto, agregándose en 1960 la televisión por cable [8].

Desde ya que la televisión tiene una fuerza expansiva muy acentuada, pues penetra en el hogar y se encuentra a diario en todos los locales públicos, sean de comercio como restaurantes, bares, clubes, etc., mostrando, haciendo crónica, difundiendo el deporte, creando personajes, relatando hechos ficticios y dando noticias de personajes públicos y de particulares de toda clase, a la par y a veces con mayor audiencia que la prensa escrita o radiofónica. Permite que se expanda la noticia según convenga a quien explota los canales y del modo como a él subjetivamente le parezca apropiado. Por eso es de suma importancia evitar el monopolio y que los televidentes puedan tener un amplio espectro, con diversos canales que pertenezcan a distintos dueños y productores, a fin de que el pueblo en general pueda comparar, elegir y que de tal forma se expanda el conocimiento real de los sucesos, dando todas las interpretaciones posibles y con comentarios de ellas en variados canales y por diversos cronistas.

Por todo lo expuesto, es fácil caer en la realización de actos visuales y hablados televisivos que lesionen la privacidad.

Es claro que si se trata de un personaje público que actúa en el medio artístico con una exposición pública intensa, bien se ha dicho que no hay motivos para considerar violada la intimidad con las tomas por televisión sobre su matrimonio, divorcio y posteriores relaciones afectivas con su ex cónyuge, pero eso sí se debe resarcir cuando además se hacen comentarios hirientes. La mayor difusión de todo ello por la televisión no aumenta la posible indemnización por injurias [9].

b. La correspondencia

En este radio entran: 1°) la correspondencia y papeles privados de toda índole, aunque el contenido no fuere expresamente reservado o confidencial (art. 155 C.P.); 2º) las comunicaciones telefónicas y sus análogas por otros procedimientos técnicos.

No debe olvidarse que el art. 18 C.N. declara inviolables no sólo el domicilio sino también *"la correspondencia epistolar y los papeles privados"*. Pero esa norma agrega: *"y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación"* [10].

La prohibición del art. 1036 C.C. que establece que las cartas dirigidas a terceros no serán admitidas para su reconocimiento, se considera que hace referencia a las que tienen carácter confidencial, lo que depende para algunos autores de su contenido. Quizá pueda sostenerse que la correspondencia como principio es reservada, es confidencial. De todas formas si hubiere duda se la presume como tal.

Los límites a la publicación de las cartas están dados por el paso del tiempo, puesto que sin autorización del autor no se pueden publicar, y muerto éste sólo transcurridos 20 años a partir de la muerte. Mientras tanto su publicidad sólo puede realizarse legítimamente con conformidad de los herederos que enuncia jerárquicamente la ley de propiedad intelectual (arts. 32, 33 y 35 ley 11.723); y ello aunque tengan o no valor literario [11].

Frente al amplio panorama del *secreto de la correspondencia*, hay que pensar que comprende no sólo el epistolario o las misivas, sino también las memorias familiares o en general los escritos de otro tipo que sean confidenciales. En cualquiera de esos supuestos se produce la violación.

E incluso ese respeto se ha extendido a la correspondencia que envían los presos desde los penitenciarios, de ahí que la censura y el Reglamento que permite ese proceder, fue declarado inconstitucional, a lo que el tribunal agregó que no hay una ley que en ese caso lo permita. Declaró el máximo tribunal que es irracional que las autoridades se nieguen a enviar la correspondencia del interno y que si hubiera razones fundadas de que por esa vía pudiera cometerse un delito, debía requerirse en sede judicial la intervención de la correspondencia [12].

c. Las comunicaciones telefónicas

Se ha equiparado la comunicación epistolar con la telefónica, sosteniéndose que queda reglada de igual modo por extensión del transcripto art. 18 C.N..

La ley de comunicaciones 17.898, preveía la inviolabilidad y la actual 25.520 de inteligencia nacional, asimismo lo establece en el art. 18, que textualmente establece: "Las comunicaciones telefónicas, postales de telégrafo o facsímil... son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario".

Sin embargo, la ley 25.760 del 11 de agosto de 2003, faculta limitadamente al fiscal, lo que antes le estaba vedado, a intervenir en ciertos supuestos los teléfonos siempre que haya un proceso penal iniciado o sea que se esté investigando un delito concreto. Aunque el fiscal debe dar inmediata cuenta al juez y únicamente su acción es admisible si existe peligro en la demora.

En un caso, sin embargo, ha habido verdadero conflicto y es cuando los familiares han grabado las conversaciones de un secuestrador o secuestrado con pedido de rescate, grabación que en general es prohibida pero que permitiría encontrar a la víctima. De ahí que dentro de la famosa frase de los "frutos del árbol venenoso" habría que atemperar el rigor del secreto en casos tales [13].

d. El domicilio

El natural ámbito dentro del cual tiene desarrollo una parte sustancial de la vida privada, es por fuerza el domicilio de las personas. Este atributo espacial que permite localizar al sujeto de los derechos y de las obligaciones, concentra en su interior los aspectos más representativos de las actividades que se alejan de la exposición y de la vista de los demás. Sea porque allí asienta el grupo familiar y parental, sea porque se aloja en él a los más allegados y cercanos, lo cierto es que como alguna vez se advirtió, ese recinto representa el reino de cada uno, espacio en el cual ni el Estado puede entrar, menos por cierto los medios masivos de comunicación. Un fallo de la Cámara Civil, cuya redacción que me pertenece cuando integraba dicho tribunal, dice: *"comodatario precario o no, lo cierto es que la acción impugnada pudo herir su intimidad, la cual se protege no solamente frente a los propietarios, poseedores o tenedores, sino frente a cualquier persona que tiene su recinto individual donde desarrolla su vida privada"* [14].

Cuando se habla de domicilio como asiento jurídico de la persona, también quedan reconocidos distintos tipos de lugares que hacen sus veces y en los cuales, asimismo, van a conjugar y recrearse los actos menos dados al público, los más íntimos y recoletos del individuo. Por un lado el domicilio general que el Código Civil reglamenta (a partir del art. 89).

Pero también debe reconocerse la simple residencia que si bien es la parte material del domicilio porque habitualmente la persona está allí, en ocasiones no se usa como domicilio porque falta el ánimo de permanecer, sino sola se lo tiene para estar un tiempo (caso de la casa de vacaciones o de veraneos), o bien la "habitación" en que la persona dura poco, apenas si pernocta y cubre las necesidades de estar solo uno o algunos días por diversas razones que pertenecen a su quehacer y voluntad, como es el caso del mero paso por los hoteles y hosterías en los viajes.

Asumo la idea de que sólo es posible la requisa de los lugares reservados, como el ropero de un club o la guantera de un automóvil, por orden judicial, quedando invalidadas las actuaciones policiales sin tal orden, a menos que luego se advierta y pruebe la urgencia y la necesaria prevención cierta de un delito que inminentemente se habría de cometer, o bien por causa de incendio, derrumbe, inundación, etc. Pues aun cuando no haya una norma expresa de nuestra Ley Fundamental, la que sólo hace referencia al domicilio, se extiende su alcance entre

otros casos al vehículo que sirve de vivienda, a la habitación de un hotel, el camarote de un barco, etc..

En el área de la propiedad intelectual se discutió si la música propalada en los hoteles debía generar regalías de derechos de autor, sobre todo si se tiene en cuenta que la recepción de las emisiones depende del encendido del pasajero, que puede o no aprovechar el servicio de radio y televisión. De ahí que el cobro de esas regalías se ha valido de la analogía de otras explotaciones. Es claro que la música que se goza y escucha en los hogares no comerciales y en el entorno familiar, está exenta de todo cargo y de la acción de las entidades recaudadoras de los derechos de autor, pero por más privado que fuere el ámbito habitacional de los hoteles, se estima que aquel servicio que proporciona música a los clientes del hospedaje está fuera de ese radio de intimidad y debe el dueño o la empresa hotelera pagar las regalías que cobran en beneficio de los autores, compositores y discográficas AADI-CAPIF. Esta obligación se extiende en el tiempo hasta que el establecimiento cierra sus puertas al público cliente [15].

e. Difusión del nombre

El nombre cumple una función individualizadora de primer orden. La sociedad humana no es concebible sin los nombres personales. Todos los aspectos primordiales de la vida, las facultades, obligaciones, prohibiciones, imputaciones, ejercicio de poderes y establecimiento de todos los vínculos no serían, como enseñó Pliner, posibles si los titulares de derechos y los obligados no pudieran distinguirse a través de un signo específico que es el nombre. La individualización hace que cada uno sienta su "yo" personal y que los demás lo reconozcan dando así posibilidad al desarrollo de la personalidad de cada uno.

Este atributo de la persona ha sido materia de juzgamiento, en la medida en que fue utilizado sin autorización. Al respecto, en un fallo judicial resuelto por mayoría, se dijo que "la simple inserción del nombre de la actora en una tarjeta de la demandada, sin ningún otro dato que permita conectar la persona de aquella (fotografía, datos personales, domicilio, etc.) no alcanza a afectar en modo alguno el ámbito de su privacidad, a la luz de lo dispuesto en el art. 1071 bis del Código Civil". Que, no se advierte intromisión "arbitraria" en la intimidad, ni nada con virtualidad suficiente como para provocar la reacción del reclamante, no ha sido objeto de burla, ni de escarnio, nada ha sido publicado que afecte su vida íntima, ni su conducta pública o privada, ni sus más íntimas convicciones religiosas o filosóficas. Ni se advierte tampoco maniobra alguna tendiente a espiar, fisgonear o amedrentar en forma alguna.

En ese fallo, en cambio, en el voto en disidencia de la Dra. Teresa Estévez Braza consideró que la conducta de la empresa telefónica que sin advertencia ni consentimiento incluyó el nombre del actor en una tarjeta de publicidad, comporta por solo ello una turbación total de la intimidad y el respeto que merecen la persona y el signo que la caracteriza y distingue [16].

f. El Internet

La *informática*, vocablo que tiene su origen en Francia al reflejar la síntesis de las palabras "información" y "automática", tiene una expansión incalculable a partir del uso de las computadoras y de los equipos de computadoras, de los que nace la llamada *"telemática"* que combina la *"telecomunicación"* y la *"informática"* [17].

Las posibilidades cada vez más ciertas y extendidas sobre almacenamiento de datos y su tratamiento, revelan la peligrosidad del empleo de esas herramientas por la administración, ya que un ordenador central o por el entrecruzamiento de ficheros, permite reagrupar todas la informaciones dispersas personales de un individuo. Los riesgos y amenazas para los derechos de la esfera de intimidad, dieron pie al *eslogan* de finales de 1970 *Informatique et Libertés* ("Informática *versus* Libertades"), que a partir de la ley francesa de 1978, sobre regulación de ficheros nominativos y consiguiente protección de las libertades, fue cita recurrente.

La red de redes, o gran red integrada por infinidad de redes de computación, se pone a la par de las comunicaciones por el correo tradicional [18], e importa una suerte de biblioteca virtual, como una especie de poderoso instrumento para expandir el conocimiento y favorecer la comunicación entre personas y grupos. Antes de toda regla positiva, la jurisprudencia ha establecido que el Internet es un nuevo medio de comunicación por el que se expresan actividades de todo orden (científicas, comerciales, periodísticas, personales) que está al amparo de la Constitución.

Nada impide considerar que a los actos ilícitos cometidos a través de este medio, como pueden ser las injurias o calumnias, se les aplique el conjunto de normas que fueron creadas cuando ni siquiera imaginaba el legislador la existencia de este tipo de comunicaciones, es decir, los arts. 512, 1109, 1113, 1114, 1122 y concs. C.C. Por de contado que asimismo se aplicará a los actos realizados a través de la electrónica y telemática, las disposiciones que resguardan la intimidad, como el art. 1071 bis. del Código.

Luego, violentar el e'mail mediante el acoso indebido al correo electrónico ajeno, como dar a conocer el contenido de sus datos, afecta la intimidad del emisor del mensaje. Ello puede ocurrir cuando el empleado utiliza para su propio beneficio los correos electrónicos de los empleadores, tanto los que emiten como los que reciben comunicaciones desde el lugar de trabajo donde están las computadoras. Pero también con el *spam*, o correo basura, o con los llamados *cookies*. El *spam* es la utilización del e'mail para mandar publicidad no solicitada [19]. Se dan a publicidad productos y servicios a miles de direcciones electrónicas que reemplazan a la carta de propaganda tradicional, o sea postal, con un costo mínimo. El remitente en este caso no se hace cargo del costo, sino quien recibe la propaganda que tiene a su cargo el mantenimiento del portal, ello inclusive dejando de lado el tiempo que pierde en borrar lo que no le interesa ni ha pedido.

El problema del "marketing" informático tiene diversas variables y dificultades, porque también se ha señalado que frente al derecho de consentir, controlar y, en su caso, rectificar los datos informativos sobre la persona, la aplicación lisa y llana de tal medida, podría producir un aumento de correspondencia por parte de las empresas que lanzan indiscriminadamente la publicidad de sus productos. Por ello se dice que sería beneficioso permitir que figuren las preferencias de las personas en los bancos de datos, de tal modo que el ofertante de un producto, que no está acorde con nuestro "perfil", gustos o ingresos evite comunicarse o enviar folletería que no sea de interés del que la recibe.

Vicisitudes y circunstancias que afectan a las personas

Las personas suelen pasar por una serie de circunstancias buenas y malas. Muchas veces se convierten sin buscarlo en el centro de una situación por mediar dificultades en su vida, en su salud, o en su nacimiento y trayectoria. Todas esas circunstancias le pertenecen a cada uno y puede tenerse el legítimo deseo de que no se expandan, se publique, no se den a conocer a terceros, en forma masiva o individualmente. Por eso algunos ejemplos demuestran la necesidad de respetar esas vicisitudes en las que se suele estar con no si intención.

La ofensa al derecho a la intimidad, ha dicho la jurisprudencia, puede materializarse con el acoso sexual en la esfera laboral, siendo causa de aflicción mortificación, apesumbramiento, dolor, angustia, humillación y desmedro de la dignidad, todas ellas, en definitiva, afecciones legítimas de la zona espiritual íntima y reservada de la persona que resulta ser sujeto pasivo de tal accionar. Y respecto de la defensa que se opuso en el sentido de que la mujer del caso habría tenido relaciones íntimas con un cliente del hotel; que, además, se desempeñaba en forma provocativa, con polleras más cortas que su compañeras, lo cierto es que tenía el derecho de mantener contactos íntimos con quien así lo deseara, pero no por ello cabría obligarla o coaccionarla a mantenerlos con quien no quisiera [20].

En la publicación de actos de violación de personas, se puso de manifiesto claramente la necesidad de evitar la identificación ante semejantes actos que producen bochorno. En la revista

de la Editorial Perfil "Casos policiales", N° 4 del 28 de agosto de 1986, apareció en la portada "violaron a un colectivero", con el siguiente título: "Pepita era la jefa. Le propuso hacer el amor. El no pudo. En represalia la banda lo sometió. Una patota viola a un colectivero". Pero se probó que ese hecho era falso, tanto así que en la revista "Libre", también de la Editorial Perfil, se puso en claro que R.A.C., el colectivero no había sido violado sino asaltado. El tribunal que hizo lugar a la acción indemnizatoria, sostuvo que no se había probado que los responsables de los medios hubieren tratado de verificar la verdad de los hechos de manera diligente y razonable. Es destacable la opinión de los comentaristas de ese fallo, Germán J. Bidart Campos y Daniel Herrendorf. En efecto, pusieron en primer lugar de relieve que la libertad de expresión, de información y de crónica no tiene "piedra libre". El importante resguardo constitucional de dicha libertad, dijeron, no alcanza para priorizar los bienes jurídicos que ella cubre sobre otros bienes de terceros que cuentan con mayor jerarquía axiológica.

Hay que aplicar el sentido común, puesto que constitucionalmente no todos los bienes son iguales. Hay una escala de valores: la vida, por ejemplo, vale más que la propiedad, pero difundir que fulano fue lesionado o muerto no le infiere ofensa o agravio en cuanto víctima, pese a que la integridad física, la salud y la vida tienen alto rango axiológico dentro y fuera de la tutela penal. Si la dignidad, privacidad, pudor personal, la honestidad, el honor son bienes muy valiosos, pero menos que la vida porque para gozarlos hay que estar vivo, no obstante la violación de esos bienes en informaciones periodísticas que identifican a la víctima le causa a ésta daño moral, daño que no concurre cuando se menciona a la víctima de homicidio o lesiones graves.

Desde otro punto de vista hay ciertas circunstancias que rodean a la persona que han hecho vacilar a la jurisprudencia. Una de ellas es la publicidad de las casas o residencias de individuos particulares. En un primer momento se negó protección frente a la fotografía con fines publicitarios de una fácilmente identificable, sosteniéndose que las casas no tienen intimidad propia. Pero fallos posteriores extendieron la protección frente al propietario, poseedor o tenedor y cualquier persona que tiene su recinto individual. La sola fotografía de la fachada de la vivienda puede perturbar especialmente si es caracterizadora arquitectónicamente. Es claro que si ese edificio ya había sido difundido como propaganda, la sola autorización de un dependiente le quitaba al hecho toda ilicitud [21] .

Enfermedades contagiosas

En la relación médico-paciente se acrecienta la necesidad de mantener en reserva los diagnósticos y pronósticos correspondientes. Los profesionales de la salud, salvo la necesidad de comunicar a los parientes más cercanos a quienes tienen a su cargo y se ocupan de un enfermo en particular, para que tomen las medidas adecuadas a su patología, deben guardar especial cuidado en no difundir a terceros sus investigaciones sobre el enfermo. Pero esto es particularmente notorio en enfermedades que pueden producir una reacción de discriminación social.

Entre nosotros se ha dictado la ley 23.798, con su decr. reg. 1244/91, para proteger a los enfermos de Sida y hacer efectiva la ley antidiscriminatoria 23.594. De ahí que si bien se debe informar por los médicos al portador del HIV por notificación fehaciente, ésta debe ser reservada y de ser posible entregada al interesado personalmente, quien la firmará y devolverá para ser archivada.

Por otra parte, la reserva que se exige a los médicos debe extenderse a todos los medios de difusión, los cuales no pueden ni deben señalar o identificar a esos enfermos.

La minoridad

Hay un criterio bastante generalizado, según el cual cuando se pone en juego la intimidad de los menores se debe ser más cuidadoso en la protección de sus derechos [22]. Sin embargo, y muy a pesar de que entra a tallar el problema del carácter personalísimo de este derecho, con lo cual siempre pareciera necesario contar con su voluntad en la toma de decisiones, suele admitirse que sean los padres que ejercen la patria potestad, quienes decidan con exclusividad y no se preocupa el medio por recabar esa voluntad.

Es claro que tratándose de menores de 14 años por principio carecen de discernimiento para la realización de actos jurídicos lícitos (art. 921 C.C.). No obstante bastaría su sensible y acérrima negativa para preocuparse y atender con cuidado la cuestión. Por otra parte, una pauta sumamente clara es la afectación de las buenas costumbres o de la moral media de la sociedad, de ahí que si están en juego estos valores no sería admisible, aun con la voluntad concurrente de los incapaces, develar aspectos que están reservados por la privacidad.

En general, la justicia se inclina por una sobreprotección, e inclusive resguardando el entorno familiar. Se ha declarado en ese sentido que los niños tienen derecho a mantener una imagen familiar íntima y por lo tanto que debe resguardarse la de sus padres. De ahí que se ha considerado inadmisible que la editorial pretenda utilizar para sí el retrato de la madre desnuda, con publicación varios años más tarde al tiempo que esas fotografías fueron tomadas [23].

La Corte Suprema invocando la Convención Interamericana Derechos Humanos, en cuyo art. 13, apartado 4 admite la censura previa dispuesta por la ley de los espectáculos públicos, "con el excluido objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2", es decir, del resarcimiento posterior o responsabilidades posteriores fijadas en la ley para asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás [24].

La ley 20.056 de 1972, prohibió la difusión o publicidad de hechos de menores de 18 años, así ellos hayan sido víctimas o autores de delitos e infracciones, o bien si se encuentran en estado de abandono o peligro material y moral, o cuando por su publicidad o difusión fuere escuchado y exhibido el menor se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares con posibilidad de su identificación. Al margen de la discusión producida sobre la vigencia de esta ley [25], los jueces en resguardo de la intimidad de los menores suelen evitar que los medios de comunicación masiva den a conocer reportajes o imágenes de los menores impúberes en cuestiones referidas a la filiación en trámite. Y ello ha ocurrido inclusive si la propia madre da al público, a través de notas periodísticas, la situación de esos niños [26]. En resguardo de dicha intimidad de los niños y de su interés superior se ha prohibido publicar noticias y reproducir fotografías, admitiéndose medidas precautorias que detengan esa publicidad que excede, se ha dicho, los límites externos, es decir, porque es noticia que carece de interés general y con mayor razón si también carece de actualidad. En un caso se insinuaba que una de las hijas era la amante de un conocido hombre de negocios. En estos supuestos se ha sostenido que no es un caso de censura previa, sino un dispositivo tendiente a resguardar la intimidad frente al menoscabo que producen las publicaciones periodísticas, que no tuvieron la precaución de mantener en reserva la identidad de los menores [27]. La Corte Suprema ha llamado la atención de jueces que dieron a publicidad actuaciones en las que los menores están implicados, como la hija de padres desaparecidos adoptada por un tercero que fue condenado penalmente [28].

Por otra parte no debe la Convención Internacional de los Derechos del Niño. El art. 16 de esta Convención estatuye: "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias".

Las molestias y mortificaciones

Se ha ponderado con justa razón la amplitud tutelar del art. 1071 bis. Existen agresiones que sin ser verdaderas injurias, calumnias o ataques al honor, perturban, molestan o mortifican. Todas ellas quedan abarcadas por la frase de la norma que dice *"mortificado en sus costumbres y sentimientos..."*. Porque además, basta que de cualquier modo se perturbe a la persona, la que

puede entonces peticionar el cese de esos actos y reclamar una indemnización. Como bien se ha señalado queda librada la cuestión a la labor interpretativa de los jueces determinar, con arreglo a las circunstancias del caso, si la conducta denunciada es o no una perturbación a la vida reservada.

En tal sentido, cuando un particular, sin acudir a la justicia o autoridades competentes, pretende corregir a otro con el escándalo difundiendo un estado de deuda, una posesión que estima ilegítima, o alguna otra circunstancia que al hacerla pública denigra o rebaja frente a los demás, si considera afectada la intimidad. Ello ha ocurrido cuando un comerciante que se queja porque un comprador no le ha pagado, o un locador de obra porque ha efectuado un arreglo y el locatario no le pagó el precio, para poner en evidencia ante los vecinos colocan carteles en la vidriera de su negocio comunicando públicamente el estado de deuda. Con mayor razón si tal publicidad se realiza en tiempos en que ya la deuda estaba saldada, tal el caso que ha versado sobre el pago de expensas comunes en propiedad horizontal. El tribunal en esa ocasión dijo por mayoría que si bien puede aceptarse que la situación de moroso no forma parte de la vida privada del copropietario, pues hace al patrimonio de todo el consorcio, destacar dicha morosidad ante lo demás, cuando ya no lo era, provocando una mortificación en los sentimientos que es lesiva del derecho a la *intimidad*. Yo sostuve aun más allá, que la exhibición del estado de incumplimiento de las obligaciones patrimoniales interpartes, aunque fueren ciertas, puede herir la delicada entretela de la vida íntima, pues no asuntos de la generalidad sino del acreedor y deudor; aquella se basa en la tranquilidad de no ser molestado con publicidades que no se quieren difundir, comprendiendo aspectos no brindados al público aunque se trate de vínculos monetarios. Una obligación de tal carácter se paga voluntaria o compulsivamente y, si hay retraso, se resarce con los intereses. Agregarle el bochorno, el descubrimiento al público y el señalamiento artero, ya es mucho más de lo debido y suele ser injusto. Con mayor razón si no se sabe si hay derecho al reclamo, porque aparece el cartel sin haberse juzgado la situación [29].

En otro fallo se estimó que la publicación que da por muerta a una persona viva ha lesionado el honor, si el medio periodístico no se informó debidamente acerca de la veracidad de la información. Y pienso que en ese caso estaba afectada la intimidad, más que el honor pues morirse y dar a conocer ello no es una injuria o agravio, pero sí es una intrusión en aspectos reservados [30].

Medios de defensa

La acción preventiva

En una especie de encuadramiento preventivo, la norma contempla el cese forzado de la publicidad dañosa. Es decir, pone en el frontispicio de la defensa la posibilidad de solicitar al juez la eliminación del ataque a la intimidad. Sin embargo, no contempla expresamente la facultad de adelantarse a solicitar preventivamente y frente a las amenazas, una sentencia declarativa que impida el comienzo de esa ofensa futura. Es lo que en Italia se llama la *azione inibitoria*. Este vacío sustancial puede, si embargo, por un rodeo sistemático legítimo, eludirse a través de la aplicación del ejercicio abusivo del derecho.

Puede decirse que cuando el resarcimiento que acogen los jueces es cuantitativamente doloroso para el condenado, esta actitud judicial por sí misma tiene una gran caudal de prevención para el futuro en la sociedad. Lamentablemente, en nuestro medio, las indemnizaciones que se confieren son en general de poco monto y tampoco existe el *punitive damage*.

El art. 1071 del Código, veda el ejercicio irregular de un derecho en tanto establece que no se lo ampara, ya que solamente queda tutelado el ejercicio regular que no puede constituir en ilícito ningún acto. Es decir que por esa vía puede sostenerse que ante una amenaza latente, objetiva y seriamente probada de un ejercicio irregular del derecho a publicar, a través de la

prevención inhibitoria podría solicitarse que el juez la prohíba, previniendo al interesado con aplicarle una pena en caso de desobediencia.

El resarcimiento

Según la norma debe ser equitativo. Es decir que descarta el llamado resarcimiento por el equivalente, o sea el que mide las consecuencias del daño tanto emergente como de utilidad perdida, para dejar en manos de los juzgadores la determinación reparadora.

Los daños pueden ser materiales o morales. Los primeros naturalmente, ante la materia de que se trata, son daños indirectos. El damnificado debido a las tribulaciones y pesares que ha debido soportar con la invasión abusiva e ilícita, desmejora en sus negocios, deja de trabajar, malgasta su tiempo o disminuye en su rendimiento.

Pero, en realidad, el daño apropiado que es directo, no requiere más que la prueba del hecho. Es el daño moral que esta reglado en el art. 1078 C.C., para los hechos extrajudiciales y en el art. 522 para la responsabilidad contractual.

Además, los fallos se cuidan de no exagerar la protección de los personajes, por cuanto el exceso tutelar podría debilitar el desempeño de la prensa responsable. Pero ello no quita que por su naturaleza no se conceda de una reparación simbólica, así como tampoco una que implique un enriquecimiento indebido.

La publicidad

La reposición es un medio reparador que la ley contempla muy especialmente en el art. 1083 C.C. Reponer significa volver a poner, colocar un objeto o una cosa en el lugar o estado que tenía. Vale por reintegrar a la condición anterior al daño. El equivalente no pecuniario cuadra en un modo de reposición, no tan exacto como la devolución o restitución pero cercano a ello. Es claro que la reparación en especie o reposición, puede ir acompañada de una condena indemnizatoria complementaria, por detrimentos sufridos que se agregan a la primitiva lesión.

Hay tres maneras de considerar la aplicación del llamado equivalente no pecuniario: a) *la publicación* de la sentencia condenatoria; b) *la retractación*, que importa hacer público el arrepentimiento por la falta cometida; c) *la rectificación y respuesta*, que es revelar la verdad de la información falsamente emitida y proclamar públicamente que el acto es lesivo [31].

Si bien el art. 1071 bis pareciera colocar al juez en árbitro discrecional de la publicidad de la sentencia, y así lo han entendido algunos autores [32], no debe dejar de señalarse que están afectados en todo este asunto los intereses privados del ofendido, no los intereses públicos.

Estos remedios publicitarios son los más prontos y al tiempo comprensivos, pues suelen recuperar el equilibrio perdido por causa de la ofensa. Lo más importante es el interés del damnificado, pues corresponde a la víctima medir la idoneidad del medio reparador, o sea la publicación de la sentencia [33].

En suma: *"la publicación de la sentencia que no atente contra los intereses públicos, es condena del ofensor que no puede ser negada al ofendido. La subjetividad apreciativa de éste se independiza de la del juez al valorar la calidad reparadora de la publicación, debiendo prevalecer, a menos que interfiera valores de la comunidad. En todo momento es válido evitar la subjetividad totalitaria del juez"* [34].

La ley 25.326 de protección de datos personales

Nuestra ley del año 2000, tiene por objeto, según enuncia su art. 1°: "... la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

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

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

Se considera que son bancos públicos los que operan en la organización estatal, y, según el texto transcripto, no se impone el requisito de que estén destinados a proveer informes.

Los bancos privados en cambio deben estar destinados a "proveer informes" sean onerosos o gratuitos, por lo que sólo quedan excluidos de la protección legal los que no tengan organización y funcionamiento para difundir o hacer conocer los datos que registran. Aunque, como bien se ha señalado, a través de la informática los exclusivamente personales, pueden transformarse en pocos segundos por simple conexión *on line,* en archivos que proveen informes.

He sostenido que la base de datos personales importa un derecho personalísimo nuevo e independiente, que deriva del valor dignidad de la persona, como derecho constitucional no enunciado (art. 33 C.N.). La privacidad no es el único aspecto de la protección frente a la acción informática, sino que hay que tener en cuenta también la identidad cuando, verbigracia, se falsean o alteran los datos provistos con mentiras o errores que se deben corregir.. De ahí que pueda sostenerse la existencia de una nueva figura jurídica que puede encontrar su protección a través del *habeas data*, o de otras medidas protectoras y precautorias judiciales que no deben retacearse a la hora de tutelar la intimidad, la imagen, la identidad o el honor [35].

Hay desde ya excepciones a este secreto que sólo nacen especialmente de las normas aplicables, ya que no es exigible el consentimiento del titular cuando los datos se recaben en el ejercicio de funciones del Estado o por una obligación legal. Una aplicación de estas excepciones es la de la AFIP, a efectos de obtener datos para fiscalizar el cumplimiento de las leyes tributarias (art. 35 de la ley 11.683), organismo exento del recaudo del consentimiento para brindar información a la secretaría pertinente.

Las defensas que se pueden blandir para evitar intromisiones es dable enunciarlas no taxativamente. Así la facultad que tiene la persona frente a la apropiación y manejo de sus datos de exigir que se le dé conocimiento de la información guardada por la entidad colectara; se la corrija si ese archivo tiene errores; se la actualice, etc., etc..

El habeas data

A partir del art. 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional de 1994, entró en vigencia un recurso de protección de los datos personales, que fue considerado como una especie del recurso de amparo allí estatuido. La norma establece: *"Toda persona podrá interponer esta acción* (referida a la de amparo) *para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".*

Se va abriendo otra corriente positiva y ponderable que exige que las empresas que suministran datos extremen los medios de seguridad en el flujo de la información evitando la que es falsa. Si el informador procedió a rectificar debe comunicarlo a quien la transmitió la información falsa y hacerse cargo de las costas del *habeas data* [36]. Si bien la empresa Veraz S.A. no puede ser responsabilizada por difundir datos erróneos de fuentes accesibles -en el caso

del Banco Central-, es dable condenarla a reparar los daños por las persistencia de incluir en sus registros los datos que habían sido considerado erróneos con anterioridad y eliminado de su base de datos, al tratarse de una idéntica calificación a la eliminada, dado que a esa informadora le incumbía asegurarse de que se trataba de un nuevo incumplimiento y no de un error de la institución bancaria [37]. Asimismo, la Corte Suprema estimó viable el *habeas data* para que rectifique la información de deudor moroso y se la complete para que no dé una imagen parcializada de él [38].

En cuanto al problema del conocimiento de las "historias clínicas" que están reservadas en los hospitales y sanatorios, se tratan de instrumentos muy particulares en donde no sólo está ausente la firma de partes sino que tienen una vida interior y éstas confeccionadas por profesionales (médicos y enfermeras) que le dan un matiz documental muy específico. Es así que se ha dispuesto que no corresponde hacer lugar a la acción de *habeas data* para tomar conocimiento de su contenido ni que al efecto se proporcionen fotocopias. Pero dado el interés del paciente, el que naturalmente surge a simple vista, se ha dispuesto que puede pedirse su secuestro, que se expida dicha fotocopia por el Juzgado y que se devuelva al nosocomio, aplicándose el art. 323 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [39].

La ley 25. 873 y su reglamentación

Esta ley sancionada el 17 de diciembre de 2003, incorpora tres incisos al art. 45 de la ley nacional de telecomunicaciones 19.798, por los cuales obliga a todo prestador de servicios de telecomunicaciones a su costa, a disponer de los recursos necesarios para captar y derivar a toda hora y todos los días, comunicaciones que transmiten para su observación remota a pedido del Poder Judicial o del Ministerio Público. Dichos prestadores de servicios o licenciatarios del servicio de telecomunicaciones, deben, a su costo, registrar y sistematizar los datos filiatorios y de domicilio de sus usuarios y clientes, así como los registros de tráfico que cursaren éstos, y tales datos tienen que ser conservados por 10 años. Los posibles daños a terceros quedan a cargo del Estado.

La ley 26.032

El 18 de mayo de 2005 se sancionó la ley, que estatuye: "La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión...".

Se han considerado actividades ilícitas utilizando el Internet, las siguientes: "a) difusión de instrucciones para la preparación de bombas, terrorismo, producción y tráfico de drogas, activismo político y lo que atente contra la seguridad nacional y mundial; b) oferta de sexo y pornografía relacionada con los niños (pedofilia); c) la incitación al odio y discriminación racial y religiosa; d) la actividad de los *hackers* por hurto y destrucción de datos; e) el *"pirateo"* de *software* en desmedro de los derechos de autor; f) la recolección, procesamiento y transmisión de datos personales, en procura de proteger la intimidad de las personas; g) el envío de mensajes difamatorios o injuriosos; h) La circulación y ofrecimiento en gran escala de música, discos, CD, que desde cada computadora el usuario puede elegir y copiar, eludiendo el pago de los derechos de propiedad intelectual y haciendo superflua la compra de esos CD en los comercios.

El control para las conductas expuestas es prácticamente imposible, ya que el sistema con múltiples canales alternativos proporciona gran libertad de circulación de noticias. La censura, en realidad, viene a ser en este caso, la eliminación de los datos en Internet. La red es global o mundial, pero el acceso es local a través de un servidor lo que permitiría un control, negando por ejemplo del acceso a ese servidor, cerrándolo o controlando por medio de vigilancia electrónica el ente que comunica, la persona a quien comunica y qué es lo que comunica.

En cuanto al resguardo de los derechos de autor, se ha elegido el método de demandar a un grupo, más o menos numeroso de usuarios que, desde su computadora, bajan y copian discos gratuitamente ignorando al creador de la música o de la literatura. Es posible identificar a dichos usuarios y la comunicación pública, incluido el Internet, de las sanciones pertinentes que jurisdiccionalmente puedan recaer por violar las leyes de derechos de autor (entre nosotros la 11.723, con la protección civil y penal correspondiente), que sirva de ejemplo y de prevención a otros usuarios para desalentarlos.

Parciales límites al amparo de la intimidad

A. Los personajes públicos

La exposición pública de ciertos personajes en forma amplia y por su trayectoria, antecedentes, actividades, funciones desempeñadas, acontecimientos en los que intervinieron, ponen un límite a los reclamos del respeto a ciertos aspectos de su intimidad. O por lo menos, se suele sostener que es menos amplia la tutela correspondiente.

Es natural que las personas públicas, o bien los particulares que se han que se han convertido por voluntad propia en personajes públicos, en la medida de su entrega no podrían invocar la privacidad de las conductas. Pero ello no les quita el derecho ni las subordina a las injerencias que escapen a la esfera consentida de su actuación. En la medida en que pueda estimarse una abdicación de algún aspecto de su vida privada, ha de admitirse que su publicidad no importa una intromisión, porque nadie se entromete si se le ha dado anticipadamente el consentimiento. Pero tal conclusión en el estrecho marco de esos aspectos y no acerca de toda la vida y trayectoria del personaje, ya que sería desde todo punto de vista inaceptable quitar el velo protector de lo íntimo a quien fuere y que actúe como fuere, convirtiéndolo en vasallo de los medios y del público que recibe las noticias.

Es claro que la violación a la intimidad supone la difusión de hechos ciertos y verdaderos. Si a una persona se la considera corrupta y se le adjudican actos que no ha cometido, comprobadamente falsos e inmerecidos queda expuesto su honor no la intimidad. Respecto a este último derecho el art. 1071 bis no distingue entre personajes públicos o privados, pero como la injerencia no debe ser arbitraria, ello supone que hay situaciones en las que está justificada la invasión a la esfera privada.

B. Las relaciones filiatorias

Dado que el derecho personalísimo a la identidad no debe ser confundido con la identificación biológica de la persona, la investigación que se pretenda en este último sentido, especialmente acudiendo al examen del ADN de las personas, puede ser dispuesto compulsivamente. Bien se ha expuesto que el nacimiento de un hijo es un hecho privado y público a la vez. No sólo porque el hijo tiene derecho a conocer su origen, sino porque el Estado debe garantizarle su emplazamiento y estado familiar. En tal sentido del derecho a la intimidad que se invoque por alguna de las partes que figuran como implicadas (pretendido padre o madre o hijo de que se trate) queda limitado en cuanto afecta la identificación familiar [40].

C. La memoria de los muertos

Si se sigue un esquema clásico y que proviene de la naturaleza misma y de los caracteres de los derechos personalísimos, va de suyo que con la muerte de la persona éstos terminan o

fenecen. No sólo por su carácter vitalicio ya expuesto, sino porque parece de toda lógica que unos derechos tan identificados y unidos con la trayectoria de la vida de la persona no podrían subsistir una vez fallecida ésta. Sin embargo, en ciertos supuestos muy particulares, se ha admitido la defensa o protección de la memoria de los muertos.

Los autores en general siguiendo el clásico razonamiento no han admitido que los muertos puedan ser considerados como portadores o titulares de la intimidad y del honor [41]. De conformidad con este criterio, la justicia ha declarado que la intimidad caduca con el fallecimiento y que, por tal causa, la acción prevista en el art. 1071 bis C.C., no se transmite a los herederos.

Sin embargo, a mi criterio, tan rígido criterio debe -pienso- ser atemperado. Por un lado no debe olvidarse que la ley de propiedad intelectual mantiene la protección de la imagen por un plazo de 20 años después de muerto el retratado (arts. 31 y 35). Muchas veces, la imagen revela la intimidad, como ya se ha dicho.

Es de señalar que en el derecho español la ley orgánica del 5 de mayo de 1982, es en esto decisiva. El art. 4° cubre todo el aspecto del amparo a los muertos. Inclusive contempla un testamento en el cual se puede designar a una persona física o jurídica, que se encargue del honor, la imagen y la intimidad de los finados, o bien ante su inexistencia, le confiere legitimación a los parientes, incluidos los hermanos "de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento". A falta de tales personas, el ejercicio de la acción tutelar le corresponde al ministerio fiscal para que, de oficio o a instancia de parte interesada, hasta los 80 años del deceso, pueda proceder, como si fuera un mandato *post mortem*, que deja de lado el escollo que significa la intransmisibilidad de estos derechos. Han llegado a decir Diez-Picazo - Gullón Ballesteros que, acorde con la exposición de motivos de la ley, *"aunque la muerte del sujeto del derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye prolongación de esta última que debe ser también tutelada... porque de lo contrario se produciría una degradación de la dignidad humana"* [42].

D. La libertad de información

Por otro lado, el derecho de información se nutre de la puesta en el público de las noticias, de las propias ideas y pensamientos, de las crónicas sobre hechos y circunstancias. Este derecho es también de primer orden, pues sin la comunicación, o cuando ella es censurada, se yergue también la tiránica figura de la opresión que arrincona al hombre y le impide su formativa preparación, el conocimiento de todo lo que lo acompaña por la vida, la posibilidad de prever lo que le conviene y de actuar en consecuencia. El ignorante es un ser desarmado frente a la compleja vida que lo circunda. Conocer lo que ocurre en el enlace social del ser humano, desde los actos de los funcionarios públicos de mayor o menor jerarquía, hasta los de los personajes particulares de fama y fuste, los ídolos y los venerados, es una tendencia enriquecedora a veces, necesaria otras para prevenir, cuidar y aprender.

Las posibilidades de tales fisgoneos y difusiones son múltiples y para nada complejas, utilizando las cámaras ocultas, los espionajes electrónicos, las fotografías a distancia, la televisión, la transmisión digital, el Internet. De ahí que el derecho de intimidad tiene que hacerse fuerte, no impedido por la expansiva libertad de información, cuando se levanta la figura de su impropia propalación, pues no es información lícita ni protegida. Desde ya porque da causa a la reacción y sanciones posteriores a la publicidad.

El deber de veracidad de los medios importa simplemente que adopten una verdadera preocupación por dar al público lo más auténtico posible, por una investigación primaria imparcial, y acercando las señales verídicas del acontecimiento, aunque pueda suceder, y ello se disculpa, que en el fragor de las noticias se cometan equivocaciones, se manejen datos no del todo ciertos, se manejen imágenes y descripciones no reales pero sin intención, o se agranden o empequeñezcan historias y circunstancias sin intención de informar falsamente, al margen de lo puntual y absolutamente comprobado.

En cambio, los límites externos, una vez ejercido ese cometido de seriedad, hacen referencia al deber de no dañar los derechos personalísimos que pudieran estar implicados en la información [43] .

Y es de observar que aun de no cumplirse el deber de veracidad, dado que se ha difundido lo falso por causa de un actuar negligente o intencional, pero sin que se ofenda a nadie ni se conculquen los derechos de alguna persona, tal difusión es legal y lícita. Debe tenerse en cuenta que en la comunicación de masas de hoy son frecuentes las noticias que desnaturalizan la realidad, que suponen la existencia de cosas inexistentes, que agrandan o achican los hechos sin fundamento, que tergiversan y que inventan, tanto si se habla del cosmos, de la ciencia, de la historia, de las opiniones presentes o pasadas, de las características y efecto de lo ocurrido. Nadie podría sostener que esa distorsión y hasta falsificación de lo real fuera condenable jurídicamente hablando, por el solo hecho de que se hayan difundido sin veracidad, con máxima despreocupación por la verdad, y ello ilimitadamente. La consecuencia de tantas mentiras inocuas podrán significar la corrida de un descreimiento por parte del público que desmerece el medio y al publicista, luego perderá clientela y lectores o videntes y se desecharán sus informaciones, perdiendo en lo que hoy se llama el rating. Pero a pesar de ser mendaz y de empobrecerse, como se ha visto, no es ilícito que lo haga. De ahí que la veracidad para mi no sea un límite jurídico a la libre expresión.

La prohibición de la censura previa

Se entiende por censura no sólo la decisión administrativa previa a la publicación o que prohíba la publicación o dicte medidas que importen implantar diversas modalidades para impedirla, sino también toda forma de control, restricción anterior o posterior a la emisión del pensamiento, imposición ideológica, o sea que conduzcan a coartar la libre emisión de conceptos, juicio a ideas. Puede materializarse a través del monopolio de los medios de difusión; las subvenciones a ciertos medios; la violación del secreto profesional de los periodistas; la difusión obligatoria de ideas, propagandas o hechos; la prohibición de crear otros medios de difusión; exigir la autorización del gobierno para el establecimiento de los medios; supeditar a la autorización ese establecimientos de medios; conceder privilegios o imponer restricciones para emplear la tecnología de comunicación; las trabas para la importación o producción de elementos de difusión; la imposición de medidas fiscales que los obstaculicen en su normal funcionamiento, bien para alentar a unos, desalentar a medios e ideas; toda clase de influencia coactiva sobre la orientación e información; la prohibición de comunicar ideas; la intervención estatal a las empresas periodísticas; procedimientos para impedir o estorbar la información; decisiones de gobierno que establecen el contenido obligatorio del emisor [44].

Es claro que acorde con el orden constitucional, tanto por la Constitución Nacional (art. 14), como por los pactos incorporados con la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22), se ha considerado que la prohibición de la censura previa es absoluta. Vale decir que toda censura, inclusive la judicial, cuando impide la libertad de expresión con el pretexto del resguardo de algún otro bien constitucional de primer orden que figura como derecho fundamental, tal el honor o la intimidad, es prohibida y que sólo quedaría al afectado las acciones posteriores a la publicación, en particular la de daños y perjuicios.

Los civilistas, sin embargo, admiten ciertos aspectos de la censura previa cuando es judicial y, por su medio, se trata de prevenir el ataque de particulares a alguno de los derechos personalísimos, tal como en el caso de la publicación de una biografía no autorizada [45]. Los constitucionalistas, en cambio, hacen prevalecer en general la libertad de expresión, aunque restrictivamente, admiten también excepciones que provienen expresamente de los tratados. Desde ya que una de ellas es la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en cuyo art. 13, ap. 4, ampara a la infancia y a la adolescencia autorizando la censura, lo que se coordina con la Convención Internacional de los Derecho del Niño (art. 16 inc. 1), que consagra la protección de los menores, los que no deben ser objeto de intrusiones ilegítimas o arbitrarias a su intimidad. Además, también se ha agregado a ese supuesto, el de la apología del odio nacional y

la propaganda belicista, racial o religiosa (art. 13, ap. 5 de la Convención de Costa Rica), sean en materia televisiva sobre la llamada "cultura de la animalidad", o cuando ella "es realmente necesaria" [46], agregando algunos que ello es así siempre que tal propaganda sea prohibida por la ley, de donde se requiere dicha norma prohibitiva, sin la cual no podría aplicarse la excepción [47].

Doy fin a esta exposición no sin señalar que ha sido comprimida para ajustarme a las acertadas recomendaciones de la Academia que nos invita. Muchas gracias.

[1] Mercedes Galán Juárez, *Intimidad, nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Madrid, 2005, pág. 16.

[2] C.S.J.N., declaró en una oportunidad, fallo del 5/10/1976, que las acciones privadas son "ajurídicas", fuera de la competencia del ordenamiento jurídico, lo que no trasciende de la conciencia ni admiten la calificación de lícitas o ilícitas (J.A., 1977-I, pág. 26); más tarde, el 11/12/1984, con punto de vista distinto, y recreando la buena doctrina, el mismo tribunal de la C.S.J.N., declaró que no sólo se consagra la libertad interior sino también las externas de la vida privada o que se exteriorizan pero no son públicas, pues no interesan ni afectan a la colectividad (J.A., 1985-I-513 y E.D., t. 112, pág. 239, con nota de Germán J. Bidart Campos, *El derecho a la intimidad y la libertad de prensa*; Arturo Enrique Sampay, *Filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1975, pág. 25 y ss.; ver cita en Matilde Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, t. 2-C, 1994, pág. 37).

[3] Harvard Law Review, vol. IV, N° 5, del 15/12/1890, págs. 193 a 220. Ver: Benigno Pendás y Pilar Baselga, *El derecho a la intimidad*, Cuadernos, Madrid, Civitas, 1995; Fernando HerreroTejedor, *Honor, intimidad y propia imagen,* 2ª ed., Madrid, Colex, 1994, pág. 35 y ss..

[4] Fernando M. Toller, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 121.

[5] Urbayen, *Vida privada e información,* Pamplona, 1977, pág. 108; Fernando Herrero Tejedor, op. cit., pág. 39, y nota 9; Oscar Flores, op. cit., págs. 40 y 195.

[6] Inspirada en un trabajo de Orgaz, "La ley sobre la intimidad" (E.D., t. 60, pág. 927), que era conocido opositor al reconocimiento de los derechos personalísimos como derechos subjetivos, muestra los retaceos y tendencia a evitar la plena protección que la doctrina por mayoría reclamaba.

[7] Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de información*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pág. 169.

[8] Ver sobre la historia y expansión de la televisión y los medios de difusión en general, Federico P. Vibes (director) - Javier E. Diluí (coordinador), *Derecho del entretenimiento,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pág. 196 y ss..

[9] CNCiv., Sala H, 26/2/01, L.L., 2001-F, pág. 163; J.A., 2001-II, pág. 445, Nº 106.230.

[10] Así lo ha declarado la C.S.J.N., Fallos 318:1894.

[11] Noé Quiroga Olmos, "Las cartas misivas como medio probatorio en la doctrina y en la jurisprudencia", J.A., 1958-I-Secc. Doc., pág.73.

[12] C.S.J.N., 19/10/1995, causa: "Dessey, Gustavo G."; J.A., 1995-IV, pág. 251 y Fallos 318:1894.

[13] CNCiv. y Com., Sala VI, 6/8/1991, L.L., 1993-C, pág. 271, con nota de Jorge Kent, "Ciertas reflexiones acerca del valor probatorio de las grabaciones telefónicas".

[14] Matilde Zavala de González, op. cit., pág. 85 y CNCiv., Sala C, 7/2/1978; E.D., t. 81, pág. 436 y L.L., 1978-C, pág. 399.

[15] CNCiv., Sala A, 5/4/02; L.L., 2003-C, pág. 184, con nota de Javier Delupí, "Régimen legal aplicable a obras fonográficas por su difusión en habitaciones de hoteles y ambientes de acceso restringido"; CNCiv., Sala C, 2/10/03, L.L., 2004-D, pág. 71, con nota de Carlos A. Villalba, "La comunicación pública de televisión y cable en las habitaciones de los hoteles"; CNCiv., Sala D, 26/4/04; L.L., 2004-E, pág. 352.

[16] CNCiv., Sala K, 19/6/01, L.L., 2002-A, pág. 593.

[17] Ricardo A. Guibourg, op. cit., pág. 19.

[18] Equiparación en la causa: "Lanata, Jorge s/ desestimación", Sala 6ª, Cámara C. y C. de Capital Federal de 1999; E. Martollo vio publicados varios e'mails que había enviado o recibido en una revista que dirigía Lanata y que no podía difundir por falta de consentimiento de los remitentes o destinatarios. Dijo el tribunal que el sistema de e'mails "posee características de protección a la privacidad más acentuada que la inveterada vía postal a la que estamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requieren varias condiciones que impiden el acceso de terceros extraños a la información" (ver Hugo A. Vaninetti, "Derecho a la intimidad e Internet", J.A. del 12/1/05, 2005-I, pág. 992).

[19] Ver Hugo A. Vaninetti, ob. cit., pág. 992; JNFed.Civ. y Com., Nº 3, de abril de 2006; L.L., t. 2006-C, pág. 282.

[20] CNCiv., Sala "M", 5/6/01, voto del Dr. Daray; J.A., 2001-IV, pág. 384 y E.D., t. 197, pág. 388, con nota de Hernán López Verde, "Una cuestión de competencia".

[21] En sentido negativo, CNCiv., Sala B, 12/4/76; L.L., 1976-C, pág. 140. En sentido tutelar: CNCiv., Sala C, 7/2/78; L. L., 1978-C, pág. 399.

[22] C.S.J.N., 3/4/01; L.L., 2001-C, pág. 310; CNCiv., Sala J, 3/7/02; L.L., 2003-D, pág. 178, Nº 105.591 .

[23] CNCiv., Sala D, 17/7/96; L.L., 1997-D, pág. 160.

[24] Ver sobre el fallo de la C.S.J.N, 9/10/01, con disidencia de los Dres. Augusto C. Belluscio y Enrique Petracchi, que entendieron que la censura previa es una prohibición absoluta que sobrepasa los pactos internacionales (L.L., 2001-F, pág. 228, con notas de Gerardo Ancarola, "La inevitable tensión entre la intimidad y la libertad de prensa", y de Gabriel Bredossian, "La libertad de expresión de los medios periodísticos y el derecho a la intimidad de los menores"; L.L., 2002-A, pág. 754, con nota de Augusto Mario Morello, A. "Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial preventiva en resguardo del derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa").

[25] Ver por su vigencia Gustavo Ferrari, "La guarda tutelar y la defensa de los intereses del menor", Doctrina Judicial, 1989-II, pág. 982; por su derogación implícita al entrar en vigencia la ley 20.509, que dejó sin eficacia las leyes sobre delitos que no emanaron del Congreso, Luis Caimmini, "El vacío legal en la prevención y sanción de la difusión de hechos referentes a menores y su identificación", L.L., 1991-C, pág. 952; por su inconstitucionalidad, Gregorio Badeni, "Inaplicabilidad de la ley 20.056. Publicidad de situaciones relativas a menores", L.L., 1989-B, pág. 868.

[26] CNCiv., Sala H, 18/6/91; E.D., t. 145, pág. 415, con nota de German J. Bidart Campos, "Identidad, filiación y privacidad de una menor en su juicio de filiación paterna. Nada de vedetismo informativo".

[27] CNCiv., Sala C, 3/10/96; L.L., 1997-D, pág. 98, con nota de Ekmekdjian, "El derecho a la intimidad. La Convención sobre los Derechos del Niño y la libertad de prensa"; CNCiv., Sala H, 30/12/94; E.D., t. 172, pág. 551, con nota de Gabriel Mazzinghi, "Razonable limitación a la libertad de prensa".

[28] C.S.J.N., 5/9/89, Doctrina Judicial, 1989-2, pág. 977.

[29] CNCiv., Sala J, 19/2/99; E.D., 26/9/00, Nº 50.325, t. 189, pág. 220 y mi nota: "La justicia por mano propia y la ofensa a la intimidad. Luces y sombras en la solución de un sencillo caso de propiedad horizontal"; asimismo: L.L., 2000-B, pág. 409, con nota de Isidoro Goldenberg, "La lesión a la intimidad a través de dos enfoques diversos".

[30] CNCiv., Sala A, 22/8/88; E.D., t. 130, pág. 478, con nota de Germán J. Bidart Campos, "Resarcimiento por daños causados mediante una noticia falsa publicada por la prensa".

[31] Santos Cifuentes, y Marta Fernández, "Rectificación. Respuesta. Réplica", L.L., 1990-E, pág. 584.

[32] Jorge Joaquín LLambías, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, t. II-B, pág. 313, Nº 15; Belluscio (dir.) - Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. 5, pág. 84, & 12, d); Matilde Ferreira Rubio, op. cit., pág. 173; Eduardo A. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 328.

[33] Ramón D. Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pág. 304.

[34] Santos Cifuentes, "La publicidad y los daños", en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca 2ª parte, 1993, pág. 221.

[35] Santos Cifuentes, "Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo (consecuencias de su reconocimiento y características)", J.A., 1999-IV, pág. 835; "La responsabilidad frente al derecho personalísimo de los datos personales", Revista de Lecciones y Ensayos, Nros 72/73/74, pág. 111 y ss..

[36] CNCiv., Sala A, 26/2/01; E.D., 1/6/01, Nº 50.858, t. 193, pág. 212.

[37] CNCiv., Sala E, 2/1/04; L.L., 2005-A, pág. 780.

[38] C.S.J.N., 5/4/05; L.L., 2005-B, pág. 743, con nota de Marcela I. Basterra "Aspectos procesales y sustanciales del habeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación"; J.A., 6/7/05, 2005-III, pág. 31, con nota de Guillermo F. Peyrano, "La determinación de ciertos lineamientos del habeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Carácter del instituto. Requisito de la ilegalidad y arbitrariedad manifiestas. Falsedad e inexactitud de los datos para su procedencia. La legitimación pasiva".

[39] CNCiv., Sala F, 6/7/95; J.A., 1996-II, pág. 397 y L.L., 1996-C, pág. 473, con nota de Claudia E. Baigorria, "Algunas precisiones sobre la procedencia del habeas data".

[40] Carlos S. Nino, *Etica y derechos humanos"*, Buenos Aires, Astrea, 1989, págs. 46 y 237).

[41] Matilde Zavala de González, *Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 77; J.C. Rivera y otros, *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II, pág. 772; Juan Morales Godo, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Lima, Grigel, 1995, pág. 208.

[42] Diez-Picazo - Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil,* Madrid, Tecnos, 1988, pág. 361; Jaime V., Vidal Martínez, *El derecho a la intimidad en la ley orgánica de 5/5/82*, Madrid, Montecorvo, 1984, pág. 97; Gitrama González, "voz imagen (derecho a la propia)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XI, pág. 337; Fernando Herrero-Tejedor, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 1994, pág. 285.

[43] Eduardo A. Zannoni, "El factor de atribución de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación", en el Libro de Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, t. II, pág. 7 Alberto J. Bueres (dir.); Eduardo A., Zannoni - Beatriz R. Biscaro, *Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 62 y ss.; Ramón Daniel, Pizarro, en Bueres (director), *Responsabilidad por daños*, vol 1, pág. 65; CNCiv., Sala I, 23/5/91; J.A., 1991-IV, pág. 513; E.D., t. 149, pág. 543, con nota de Portela "Derecho a la defensa de la dignidad humana".

[44] Gregorio Badeni, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pág. 113.

[45] Julio C. Rivera, y Anahí Malicki, , "Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada", E.D., t. 151, pág. 157; Julio C. Rivera, "Responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad", Revista de Derecho Privado y Comunitario, *Daños a la persona*, t. 1, pág. 41.

[46] Humberto Quiroga Lavié, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 2000, pág. 65; Adolfo Gabino Ziulú, *Derecho constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1997, t. I, pág. 300.

[47] Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derecho humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1993, t. II, pág. 185.

LOS INCAPACES ABSOLUTOS Y LOS INCAPACES RELATIVOS DE HECHO
(Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil)

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

SUMARIO: I. Introducción. II. El Código civil argentino y sus antecedentes. a. Capacidad de hecho o de obrar y capacidad de derecho. b. Incapacidad de hecho. c. Otros antecedentes. III. El Proyecto de Reformas de 1936. Aparente desaparición de la distinción entre incapaces absolutos y relativos. a. Despacho. b. Debate. c. Votación. IV. El Código y la doctrina nacional. V. La distinción en la legislación americana. a. Chile. b. Colombia. c. Ecuador. d. El Salvador. e. Uruguay. f. Brasil. g. Paraguay. h. Perú. i. Honduras. j. Nicaragua. k. Costa Rica. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Hace ya casi cuarenta años, al leer un trabajo en el que se afirmaba que la ley 17.711 había suprimido la distinción entre los incapaces absolutos y relativos de hecho [1], publicamos una nota en la que señalábamos el error de esa afirmación, y la necesidad de mantener en el Código esa distinción [2].

Para ello nos vimos obligados a analizar los debates del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil [3], que se efectuó con la finalidad de estudiar el Proyecto de Código Civil [4] que elaboró una comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo de la Nación en 1926, que luego de diez años entregó su trabajo al Poder Ejecutivo que lo había elevado al Congreso de la Nación para su estudio.

El mencionado Proyecto en su art. 24 había silenciado la distinción que efectúa el Código Civil argentino entre incapaces absolutos e incapaces relativos de hecho [5]; no se trataba meramente de silencio sino que, sin duda, existía el propósito de eliminar esas categorías, pues en el informe de la Comisión se lee:

"Eliminada la clasificación entre menores impúberes y adultos, todos ellos reconocen como regla la incapacidad, sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas".

Y se agrega más abajo: *"Como consecuencia de haberse suprimido la división de los menores en impúberes y adultos, no hay necesidad de mencionar ningún límite de edad para declarar la insanía..."* [6].

Por estas razones en la convocatoria al Segundo Congreso se incluyó el siguiente interrogante, como tema 2: ¿Conviene suprimir, como lo ha hecho el Proyecto -art. 24- la distinción entre incapacidad absoluta y relativa de hecho? [7].

Para la adecuada comprensión del problema nos parece necesario ocuparnos de manera previa de lo que en esta materia dispone el Código vigente, y sus antecedentes.

II. El Código Civil argentino y sus antecedentes

a. Capacidad de hecho o de obrar y capacidad de derecho

En primer lugar debemos destacar que para estudiar las incapacidades es menester dilucidar previamente el concepto de "capacidad". Vemos así que la doctrina distingue la capacidad "jurídica" o "de derecho", que es la aptitud propia de toda persona para ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de "obrar", o "de hecho", que es la idoneidad para realizar por sí mismo los actos de la vida jurídica [8].

La primera es un atributo de la personalidad, de la que nadie puede carecer, y que el jurista brasileño Freitas caracterizaba en el art. 21 de su Esboço como *"... el grado de aptitud de cada*

clase de personas para adquirir derechos, o ejercer por sí o por otras personas actos que no le son prohibidos".

Y en la extensa nota con que ilustraba el precepto, explicaba que se trata de *un grado de aptitud* porque nadie puede carecer de capacidad de derecho, pero al mismo tiempo todas las personas ven su capacidad jurídica limitada por algunas prohibiciones que la ley les impone (a los esposos contratar entre ellos, a los tutores con sus pupilos, a los testigos de un testamento adquirir bienes por ese testamento, etc.).

La "capacidad de hecho" -a la que Savigny denominaba "capacidad de obrar" [9]-, consiste para Freitas *"en la aptitud o grado de aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí los actos de la vida civil"* [10].

Cuando el sujeto no puede ejercer por sí los actos, tenemos una "incapacidad de hecho", que se suple por vía de la representación necesaria.

La capacidad de hecho puede darse de manera plena, como sucede con las personas que han alcanzado la mayoría de edad; o sólo relativa, como en el caso de los menores emancipados, cuya posibilidad de obrar por sí está sujeta a limitaciones; e, incluso, puede faltar totalmente, como ocurre en el caso de los incapaces carentes de discernimiento.

b. Incapacidad de hecho

Freitas, a quien seguimos en este punto por la influencia que su pensamiento ha ejercido sobre el codificador argentino, y también sobre el brasileño, expresaba que al hablar de "incapacidad", sin ningún otro aditamento, se hace referencia a los incapaces de hecho (art. 25 del Esboço), y los define a estos como las personas que *"... por imposibilidad física o moral de obrar, o que por su dependencia de una representación necesaria, no pueden ejercer actos de la vida civil"* (art. 24, Esboço).

La ley se limita a reconocer la imposibilidad de obrar que padece el sujeto, para brindarle protección, y distingue aquellos casos en que hay una imposibilidad física (personas por nacer), o una imposibilidad moral (falta de discernimiento: menores impúberes y dementes), o simplemente "dependencia de una representación necesaria", como medida tuitiva establecida por la ley para personas que teniendo ya discernimiento, no poseen todavía la madurez necesaria (menores púberes).

De aquí surgirá la distinción entre los absolutamente incapaces de hecho (art. 41 del Esboço), que son personas que no pueden realizar por sí ningún acto en razón de "imposibilidad física" o "moral"; y los relativamente incapaces (art. 42 del Esboço), personas que poseen discernimiento, pero la ley las sujeta a una representación necesaria para protegerlas por su falta de experiencia.

c. Otros antecedentes

Creemos correcta la afirmación de que Vélez Sársfield ha tomado como fuente directa para los arts. 54 y 55 C.C. [11], normas similares incluidas por Freitas en su Esboço [12], pero no debe perderse de vista que esta distinción entre los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho es de mucho más antigua data [13] y reposa sobre un fundamento natural: la existencia o falta de discernimiento, que ningún legislador puede perder de vista, so pena de incurrir en graves errores.

La naturaleza de este trabajo no es la más adecuada para detenernos en una prolija indagación de los antecedentes remotos de la diferencia, pero queremos recordar de paso que ya en el derecho romano se graduaban los distintos tipos de incapacidad atendiendo a que el sujeto poseyese o no discernimiento: y los juristas romanos -cuya sagacidad nadie pone en duda-

habían advertido claramente la influencia que sobre este problema tenía la edad, pues es innegable que al madurar se va adquiriendo paulatinamente la aptitud de razonar [14].

También en las viejas leyes españolas se reflejan estas ideas, y vemos que las personas que carecen de discernimiento no pueden realizar válidamente ningún acto, aunque -con respecto a los menores- la edad que se toma como límite no es siempre la misma. Por ejemplo, el Fuero Juzgo no permite que sean testigos, ni contraigan obligaciones, ni otorguen testamento, los menores de trece años y los dementes [15], mientras que en el Espéculo la prohibición de testimoniar sólo tiene carácter absoluto para los menores de siete años [16].

En las Leyes de Partida, la prohibición de contraer obligaciones es total para los insanos y los menores de siete años [17], pero se admite la validez de algunos actos con respecto a los pupilos y los restantes menores, después de haber cumplido los siete años. Y en la Ley 5 de Toro, reproducida en la Novísima Recopilación [18], se establece también la prohibición de testar para las personas que no tienen la edad del discernimiento.

Ahora bien, nuestro Código Civil exige como elementos básicos del acto voluntario el *discernimiento*, la intención y la libertad [19].

El discernimiento es la aptitud general de conocimiento, y su inexistencia impide todo paso ulterior en el proceso volitivo [20]. Las personas faltas de discernimiento jamás podrán efectuar un acto voluntario, como lo expresa Vélez Sársfield en la nota al art. 900 [21].

Puede ocurrir, en cambio, que personas dotadas de discernimiento no tengan suficiente madurez y, en tal caso, los regímenes legislativos acuden en ayuda de estos sujetos y -para protegerlos- instituyen su incapacidad y les designan un representante; pero, a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis anterior, admiten que puedan efectuar por sí solos una serie de actos.

La diferencia real, que proviene del mundo mismo de la naturaleza, se refleja -lógicamente- en una diferencia jurídica de trato. No interesa la denominación que se dé a una y otra categoría de incapaces, lo que importa es que son objeto de una distinta regulación legal.

Por supuesto que cuando se trata de determinar la existencia o no del discernimiento, vinculándola con la edad, los límites que el legislador debe fijar resultarán siempre algo arbitrarios, pues como el proceso de maduración es paulatino resulta imposible establecer con exactitud el punto a partir del cual puede afirmarse que el sujeto adquirió el discernimiento. Sin embargo casi todos los códigos lo efectúan y acuden para ello a los datos que suministran la experiencia y la ciencia médica.

Vélez Sársfield optó por fijar ese límite en los catorce años de edad, ya que en el art. 921 se afirma que carecen de discernimiento los menores impúberes [22], y en el art. 217 se establece que son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos.

III. El Proyecto de Reformas de 1936. Aparente desaparición de la distinción entre incapaces absolutos y relativos

Hemos señalado al comenzar que la convocatoria al Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil incluyó como tema 2 el siguiente interrogante: ¿Conviene suprimir, como lo ha hecho el Proyecto -art. 24- la distinción entre incapacidad absoluta y relativa de hecho?

a. Despacho

La Comisión encargada de estudiar este problema, junto con otros vinculados con la capacidad de la personas, produjo un despacho mayoritario que expresaba: *"Que no considera necesario el restablecimiento de la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa"*.

Este despacho llevaba la firma de Moyano, Tissone, Ottolenghi, Galli y Barcia López, y fue informado por Galli [23].

Sin embargo es necesario poner de relieve, como bien lo han señalado destacados civilistas en comentarios publicados sobre el mencionado proyecto de reformas [24], y en el debate que sobre este tema se realizó en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil [25], que la eliminación del distingo entre ambas categorías es más aparente que real.

b. Debate

Lo curioso es que Galli, para justificar la innecesariedad de mantener la distinción entre incapaces absolutos y relativos de hecho, manifestó: *"El Proyecto no ha destruido la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa, aunque no la reproduzca"*, agregando a continuación que *"El problema que se plantea es un problema teórico de denominación"*, y que *"la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa siempre interesará a la doctrina, pero un Código no la necesita"* [26].

Esta defensa tan escueta, casi diríamos endeble, de la eliminación de las categorías fue rebatida con valiosos argumentos por dos juristas cordobeses, León y Orgaz.

León, analizando el Proyecto de 1936 ya había sostenido que *"es forzoso diferenciar la situación del incapaz que carece de voluntad"*, de aquel que *"es sujeto de discernimiento"* [27]; y con toda razón arguye que no es suficiente el haber silenciado la mención expresa de esta clasificación para lograr suprimirla, ya que existen otras normas en el mencionado proyecto [28], que aplican la distinción entre menores impúberes y adultos.

Y el mismo maestro cordobés, al intervenir en los debates del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, ilustra esta afirmación expresando: *"La Comisión Reformadora del Código no ha incluido la distinción: de los incapaces en absolutos y relativos. Sin embargo, esa diferencia está reconocida en sinnúmero de artículos. Por ejemplo, la Comisión ha reproducido el artículo 921 del Código vigente, que fija como edad para el discernimiento en los actos ilícitos la edad de diez años, y catorce en los lícitos. Ha atribuido a los menores adultos la misma suma de derechos que ya poseen en el Código vigente. Cuando se legisla en el Proyecto a propósito de las nulidades, se ha diferenciado los actos confirmables de los inconfirmables, y la posesión del discernimiento puede ser una base muy eficaz para la confirmación en ciertos casos y para la inadmisibilidad de la confirmación en otros. El mismo artículo que se refiere a los incapaces de hecho, hace alusión en su último párrafo a las mujeres casadas, considerándolas como incapaces relativas"* [29].

Reafirmó su opinión de que la comisión, al no incluir la distinción entre la incapacidad absoluta y la relativa, tampoco la suprimía, porque no podía *"suprimir lo que está en la naturaleza misma de los hechos jurídicos"*; agregando luego, respecto a la consecuencia de mantener estas categorías que: *"Cuando una institución está reconocida, de modo expreso, en el Código, está ya incorporada a nuestras costumbres jurídicas; ha pasado a nuestra doctrina; ha sido objeto de los comentarios de los expositores del derecho civil argentino, de las resoluciones tribunalicias de todos estos últimos años, desde la sanción del código hasta ahora, y si es algo que no es inútil, que tiene tanta vitalidad que subsiste en el Proyecto, aunque no se la mencione: ¿por qué la hemos de suprimir? ¿Por qué no hemos de conservar y dejar aquellas disposiciones del código que no están de más, ni mucho menos?"* [30].

El destacado civilista cordobés ha defendido la distinción entre incapaces absolutos y relativos de hecho no sólo en su participación en las deliberaciones del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, sino también en las enseñanzas que impartiera desde su cátedra [31].

También participó en este debate Alfredo Orgaz, insistiendo en que lo único que había hecho el Proyecto de 1936 era cambiar de nombre a la clasificación: *"Se llama ahora incapaces sin discernimiento e incapaces con discernimiento. Se trata de un mero cambio de palabras"* [32].

Sostuvo luego que en todos los artículos del proyecto en que se mencionaba a los incapaces sin discernimiento, se estaba frente a los casos que el código denominaba de incapacidad absoluta y que igual cosa ocurría con respecto a los llamados incapaces con discernimiento, que correspondían a los incapaces relativos de hecho, según la denominación empleada por Vélez Sársfield [33]; por ello concluía Orgaz sosteniendo que la distinción debía mantenerse ya que:

"Cuando no hay razones suficientes para eliminar una disposición legal, ella debe ser mantenida" [34].

También Alfredo Orgaz, cuya intervención en el debate que se suscitó sobre este tema en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil fue brillante y decisiva, ha traducido sus ideas en el libro [35], expresando: *"La precedente clasificación de los incapaces en absolutos y relativos, fuera de ser tradicional en nuestro derecho, tiene en el Código una base real e indudable: ella importa sustancialmente distinguir entre los incapaces según que tengan o no voluntad propia, circunstancia de capital interés en la consideración de los actos jurídicos...",* agregando luego: *"que la antítesis que existe entre los efectos de una y otra incapacidad hace indispensable esta clasificación".*

Solamente Moyano, profesor de la Universidad de Buenos Aires, expresó que la distinción entre la incapacidad absoluta y relativa era una de las fallas del Código Civil [36]. A su entender no había diferencia entre los menores impúberes y los menores adultos, aunque estos últimos pudiesen testar, pudiesen casarse, reconocer hijos naturales, o realizar otros actos que la ley les permite [37].

c. Votación

Agotado el debate Lafaille, que presidía la sesión, puso a votación el despacho de la comisión, que se pronunciaba por no mantener la distinción entre los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho, despacho que fue rechazado por veintitrés votos contra veintiuno [38].

En resumen, lo que debemos destacar es que la mayoría de los juristas que participaron en el debate consideró conveniente mantener la distinción entre ambas categorías de incapaces de hecho, rechazando la supresión propiciada por el Proyecto de 1936.

En el discurso de clausura, el maestro Lafaille hizo referencia a este rechazo de la postura adoptada por el Proyecto, y le restó trascendencia por considerar que se trataba de algo de importancia secundaria [39].

IV. El Código y la doctrina nacional

No nos detendremos en este punto pues lo hemos desarrollado extensamente tanto en el trabajo mencionado en nota 2, como en otro posterior que puede consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Preferimos pues demostrar cómo esta distinción se refleja muy especialmente en la legislación americana, aspecto al que dedicaremos el punto siguiente.

V. La distinción en la legislación americana

No pretendemos efectuar un estudio exhaustivo de derecho comparado, pero como algunos autores afirman que la distinción entre las dos categorías de incapaces es totalmente ajena al derecho moderno [40], procuraremos demostrar con algunos ejemplos que ello no es así, ya que tanto en cuerpos legales de reciente sanción, como así también en la doctrina científica, es frecuente que se distinga entre los incapaces, según posean o no discernimiento, para someterlos a distinto régimen jurídico.

a. Chile.- Hemos señalado anteriormente que no sólo Freitas sirvió de fuente a nuestro codificador en la distinción entre la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa de hecho, sino que también el Código chileno, sancionado en 1855, empleaba la misma terminología.

En efecto, después de afirmar como regla general la capacidad de las personas, mientras no medie una declaración de incapacidad [41], dispone en el art. 1447: "Son *absolutamente incapaces* [42] los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución...".

El legislador es terminante, y niega totalmente validez a los actos realizados por estos sujetos, que carecen de discernimiento.

A continuación, en el párrafo tercero del mismo art. 1447 se ocupa Bello de las personas que no padecen incapacidad absoluta (es decir los incapaces relativos), expresando: *" ... Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas; los religiosos y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes..."* [43].

La terminología empleada por el legislador chileno -que escribe en idioma castellano- para diferenciar las distintas categorías de incapaces de hecho, es exactamente la misma que la empleada por Vélez Sársfield, y se basa también en la falta o existencia de discernimiento en el sujeto.

Señalamos esta circunstancia porque el Código de Chile ha ejercido manifiesta influencia en varios otros códigos americanos, que estudiaremos a continuación, lo que trae como resultado que exista una coincidencia notable en el sistema americano de derecho, que de manera general distingue entre los incapaces absolutos y relativos de hecho. Como muchas de las normas son idénticas a las del Código de Chile, nuestras menciones serán muy breves.

b. Colombia.- El art. 1503 concuerda con el art. 1446 del Código chileno, y el 1504, en sus dos primeros párrafos reproduce textualmente la misma norma chilena; en el tercer párrafo encontramos alguna pequeña diferencia, ya que el Código colombiano expresa:

Art. 1504.- "... Son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido habilitación de edad, los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cuatro clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes...".

c. Ecuador.- El Código de Ecuador, con las reformas que se le introdujeron en 1970, reproduce en su art. 1489, sin modificación, la regla general establecida por el art. 1446 C.C. chileno. A continuación, el art. 1490 del Código ecuatoriano coincide textualmente en sus dos primeros párrafos con lo dispuesto en el art. 1447 del Código chileno [44]; el tercero, que reproducimos en nota [45], desarrolla con pequeñas diferencias la misma idea, y el último coincide textualmente con lo dispuesto por el Código de Chile.

d. El Salvador.- También este Código se inspiró en la obra de Bello, y así vemos que el art. 1317 reproduce el art. 1446; y los dos primeros párrafos del art. 1318, coinciden con la primera parte del art. 1447 del Código chileno.

El tercer párrafo, ligeramente modificado, expresa:

Art. 1318.- "... Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y las personas jurídicas; pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley...".

En resumen, podemos advertir que todos estos códigos, siguiendo el camino que trazara el legislador chileno, han distinguido entre los incapaces absolutos y relativos de hecho.

e. Uruguay.- Este cuerpo legal, obra de una comisión presidida por el cordobés Tristán Narvaja, que sintió la influencia del Código chileno, pero subdividió el artículo en dos normas, que son las siguientes:

Art. 1279.- "Son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución" [46].

Y luego dispone en el:

Art. 1280.- "Son también incapaces los menores adultos que no se hallan bajo patria potestad o que no han obtenido habilitación de edad, con arreglo a lo dispuesto en el título 8° del libro 1°; las mujeres casadas y los comerciantes fallidos.

La incapacidad de estas personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes" [47].

Las diferencias de este texto con el correspondiente del Código chileno no tienen significación para nuestro estudio, puesto que lo importante es que diferencia a los incapaces absolutos de los incapaces relativos de hecho, por causa de su falta de aptitud de razonar.

f. Brasil [48].- El Código, obra de Clovis Bevilaqua, seguía en este punto la inspiración de la obra de Freitas y en los arts. 5º y 6º distinguía entre los incapaces absolutos y relativos de hecho [49]. A partir de enero de 2003 ha sido reemplazado por un nuevo cuerpo legal [50], que se ocupa del problema en sus arts. 3º y 4º, que disponen respectivamente:

Art. 3º.- "Son absolutamente incapaces de ejercer personalmente los actos de la vida civil:

I. Los menores de dieciséis años.

II. Los que, por enfermedad o deficiencia mental, no tuviesen el discernimiento necesario para practicar esos actos.

III. Los que, aun por causa transitoria, no pudiesen expresar su voluntad".

Art. 4º.- "Son incapaces, relativamente a ciertos actos o a la manera de ejercerlos:

I. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.

II. Los ebrios habituales, los enviciados por tóxicos, y los que por deficiencia mental tengan su discernimiento reducido.

III. Los 'excepcionales', sin desenvolvimiento mental completo.

IV.- Los pródigos".

Es fácil advertir que se ha mantenido el principio de establecer la línea divisoria entre la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa de hecho fundándose en la existencia o inexistencia de discernimiento.

g. Paraguay.- En Paraguay estuvo en vigencia durante 110 años el Código Civil argentino, que fue reemplazado en 1986 por un nuevo Código, cuyos arts. 37 y 38, que reproducimos a continuación, consagran la distinción entre los incapaces de hecho absolutos y relativos:

Art. 37.- "Son absolutamente incapaces de hecho:

a) las personas por nacer;

b) los menores de catorce años de edad;

c) los enfermos mentales, y

d) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, o por otros medios".

Art. 38.- "Tienen incapacidad de hecho relativa, los menores que hayan cumplido catorce años de edad y las personas inhabilitadas judicialmente".

h. Perú.- El Código peruano de 1984 se inscribe también entre los que distinguen entre los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho. Este punto se trata en los arts. 43 y 44, que reproducimos a continuación:

Art. 43.- "Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegos sordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable".

Art. 44.- "Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil".

El antecedente de estas normas se encuentra en los arts. 9º y 10 del Código de 1936, con la diferencia de que en aquel cuerpo legal, la mayoría de edad recién se alcanzaba al cumplir 21 años, mientras que en el Código de 1984, son personas mayores las que han cumplido 18 años.

Nos parece de interés recordar la discusión que suscitó la inclusión de esos artículos por la Comisión que elaboró el Código de 1936 [51]. Se tomó como base una propuesta de Olaechea, quien manifestó que de esa manera se adoptaba la clasificación existente en los códigos de Argentina y Brasil, pero en el proyecto originario se extendía la incapacidad absoluta del menor hasta cumplir los 18 años, mientras que la incapacidad relativa abarcaba el período entre los 18 años y la mayoridad. Otro de los miembros de la Comisión, el señor Oliveira expresó que *"la división de la incapacidad civil en absoluta y relativa constituía un instrumento lógico y útil"*, pero que -a su criterio- siguiendo las enseñanzas de la biología, la incapacidad absoluta debía cesar al cumplirse los 14 años, a lo que adhirió el señor Valdizán, mientras que el señor Calle manifestó su acuerdo con la propuesta de Olaechea. El punto fue largamente debatido, sumándose a la opinión de Oliveira y Valdizán, la de Solf; por último, para armonizar las distintas opiniones y tomando como antecedente el Código de Brasil, se resolvió adoptar como límite entre la incapacidad absoluta y la relativa la edad de 16 años, y esa solución -consagrada en el Código de 1936-, se ha mantenido en el Código vigente.

i. Honduras.- También en el derecho civil hondureño encontramos la distinción entre los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho, punto resuelto en el art. 1555 C.C., que reproducimos a continuación:

Art. 1555.- "Toda persona es legalmente capaz.

Son incapaces absolutamente, los dementes, los impúberes, y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son relativamente incapaces los menores adultos y los que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, por sentencia ejecutoriada. Sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes".

Este cuerpo legal hace referencia también a los menores impúberes en el art. 281, al tratar de los hijos naturales y determinar quién puede entablar la demanda de filiación cuando el menor impúber carece de representante.

j. Nicaragua.- El Código de Nicaragua de 1904 tuvo como principales fuentes a los códigos de Argentina y Chile. No puede causarnos extrañeza entonces que también consagrase la distinción entre incapaces absolutos y relativos de hecho en sus arts. 7º y 8º, que expresan:

Art. 7º.- "Tienen incapacidad absoluta:

1º Las personas por nacer.

2º Los impúberes.

3º Los dementes.

4º Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito".

Art. 8º.- "Tienen incapacidad relativa: los menores adultos".

k. Costa Rica.- El Código Civil de Costa Rica, en su art. 37, fija los 18 años como la edad a la cual se alcanza la mayoría [52], para distinguir, a continuación, en los arts. 38 y 39, entre personas absolutamente incapaces y personas relativamente incapaces [53].

Comentando estas normas, el prof. Alberto Brenner Córdoba, en su *Tratado de las personas*, nos dice que puede distinguirse entre *"minoridad infantil y minoridad postinfantil"* [54], considerando que es la pubertad lo que marca esta diferencia *"lo que ocurre por lo regular a los catorce años en los varones, y a los doce en las mujeres"* [55], pero aclara que el Código costarricense ha elegido los quince años para ambos sexos.

La falta de discernimiento es la causa por la cual se consagra la incapacidad absoluta de los menores de quince años, mientras que a partir de esa edad y hasta que alcancen la mayoría a los dieciocho, la incapacidad será solamente relativa.

VI. Conclusiones

Del estudio realizado extraemos las siguientes conclusiones:

1) La distinción entre la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa de hecho, tiene como fundamento una diferencia real, que se basa en la naturaleza misma.

2) Cualquiera sea la denominación que se emplee, y aunque no se haga mención expresa en los textos legales, el ordenamiento jurídico debe tomar en cuenta esa diferencia y regular de manera distinta la situación de las personas que poseen discernimiento, aunque por su falta de madurez se las someta a representación, y la de aquellas personas a quienes les falta el discernimiento.

3) La distinción tiene honda raigambre y tradición en el derecho comparado americano.

4) Consideramos conveniente mantener la distinción legal que efectúa nuestro Código Civil entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa de hecho.

5) Podría incorporarse a nuestra ley, la salvedad de que serán válidos los actos realizados por incapaces absolutos, cuando se trate de los pequeños negocios de la vida cotidiana, para los que no se requiere discernimiento especial, y siempre que no acarreen grave daño al incapaz.

NOTAS:

[1] Carlos A.R. Lagomarsino, "Los pródigos en la reforma del Código Civil", E.D. 23-993.

[2] Ver nuestro: "Incapacidad absoluta e incapacidad relativa de hecho (Necesidad de la distinción)", Jus, N° 17, 1971, La Plata.

[3] Se efectuó en Córdoba en noviembre de 1937; existen Actas publicadas por la Universidad Nacional de Córdoba, y se las puede consultar en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.academc.org.ar

En adelante citaremos esta publicación como "Segundo Congreso...".

[4] Es conocido como "Proyecto de 1936.

[5] Art. 24 (Proyecto de 1936).- "Los incapaces podrán adquirir derechos y contraer obligaciones, por medio de los representantes necesarios. Lo son:

1º) Respecto de las personas por nacer, los padres, y por incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre.

2º) De los menores, los padres, y en defecto de ellos los tutores.

3º) De los sujetos a interdicción y de los ausentes, los curadores respectivos".

[6] Véase "Reforma del Código Civil", Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1936, pág. 6.

[7] Ver "Segundo Congreso...", pág. 11.

[8] Conf. Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1982, vol. I, pág. 260.

[9] F.C. de Savigny, *Sistema de derecho romano actual* (traducción al castellano), Madrid, Góngora editores, 1878, t. I, § LX, donde dice que de la "facultad de obrar se ocupará en el capítulo siguiente, § 106; y en el t. II, § 106, pág. 160 y ss., se ocupa de las condiciones personales de la "capacidad de obrar".

[10] Ver Freitas, Esboço, art. 22 y su nota.

[11] Art. 54 (Código Civil argentino). "Tienen incapacidad absoluta:

1°) Las personas por nacer;

2°) Los menores impúberes;

3°) Los dementes;

4°) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

5°) Los ausentes declarados tales en juicio".

Art. 55.- "Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos:

1°) Los menores adultos;

2°) Las mujeres casadas".

Hemos reproducido ambas normas con la redacción que les dio originariamente el codificador, ya que la ley 17.711 ha suprimido el inc. 5 del art. 54, y modificado el art. 55, que puede consultarse en el ap. III.

[12] Art. 41 (Esboço).- "La incapacidad es absoluta o relativa. Son absolutamente incapaces:

1°) Las personas por nacer;

2°) Los menores impúberes;

3°) Los dementes declarados como tales en juicio;

4°) Los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito;

5°) Los ausentes declarados tales en juicio"

Art. 42 (Esboço).- "Son también incapaces, pero sólo relativamente a los actos que fueren declarados, o al modo de ejercerlos:

1°) Los menores adultos;

2°) Las mujeres casadas;

3°) Los comerciantes fallidos declarados como tales en juicio;

4°) Los religiosos profesos".

[13] En el derecho americano la encontramos reflejada en códigos anteriores al proyecto de Freitas, como el Código Civil chileno, de 1855; este punto lo analizaremos con más detenimiento al referirnos a la legislación comparada, pero aquí queremos recordar que la obra de Bello también sirvió de fuente a nuestro codificador.

[14] Confr. Carlos Maynz, *Curso de derecho romano*: "Los infantes, es decir, las personas menores de siete años, son considerados como si careciesen de voluntad, y son, por consiguiente, incapaces de hacer un acto

cualquiera, aun en ventaja propia" (traducción al castellano de Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona, ed. Jaime Molinas, 1887, t. I, pág. 433).

[15] Fuero Juzgo, Libro II, Título V, ley 2: "De los escriptos que facen los ninnos, quales deven valer". "Los ninnos que son menores de trece annos, si quisieren fazer manda de sus cosas ó otro promitimiento, ó por escripto, ó por testimonias, non le pueden fazer...". Y agrega, en la misma ley: " ... E los ninnos ó los viejos que son fecho locos, é que non an nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden seer testimonias, ni maguer fagan manda, non deve valer".

[16] Espéculo, Libro IV, Título VII, ley 4.

[17] Partida V, Título XI, ley 4: "Entre quales personas puede ser fecha la promisión". "Prometer puede a otro, todo ome a quien non es defendido señaladamente. E porque ciertamente puedan saber, quales son aquellos a quien es defendido, queremoslos aqui nombrar. E dezimos, que son estos: el que es loco, o desmemoriado, o el menor de siete años, a que llaman en latín infans...".

[18] Novísima Recopilación, Libro X, Título XVIII, ley 4: "El fijo o fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda fazer testamento como si estuviese fuera de su poder".

[19] Art. 897 (Código Civil argentino).- "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad".

[20] Henoch D. Aguiar, *Hechos y actos jurídicos. La voluntad jurídica*, Buenos Aires, TEA, 1950, pág. 51: *"El discernimiento es un estado de conciencia determinado por el desarrollo intelectual del individuo, que invistiéndolo de la facultad de conocer en general, lo coloca en condición de formar un juicio por cuyo medio percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas; de apreciar y de juzgar de sus actos y de los ajenos o, en términos más simples, por él distingue los diversos actos en sus diferentes categorías"*.

[21] Nota al art. 900: "El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito".

[22] Art. 921 (Código Civil argentino).- "Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes...".

[23] Ver "Segundo Congreso...", pág. 113.

[24] Pedro León, *Las personas en la reforma*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1937, pág. 8.

[25] "Segundo Congreso..." , Córdoba, Imprenta de la Universidad, págs. 113-125.

[26] Ver "Segundo Congreso...", pág. 114.

[27] Pedro León, ob. cit., pág. 8.

[28] Art. 206 (Proyecto de 1936).- "Los actos nulos no son susceptibles de confirmación salvo cuando fueron ejecutados por incapaces que procedan con discernimiento...".

Art. 140 (Proyecto de 1936).- "Los actos se juzgarán ejecutados sin discernimiento:

1°) Cuando fueren lícitos y sus agentes no hubieren cumplido catorce años, o diez en los ilícitos;

2°) Cuando sus autores, por cualquier causa estuvieren privados de razón:

3°) Si procedieren de persona sujeta a interdicción, salvo en los casos previstos por el artículo 55".

[29] Ver "Segundo Congreso...", pág. 118.

[30] Véase "Segundo Congreso..., pág. 118.

[31] Pedro León, versiones taquigráficas de clases, Parte General, 1941.

[32] Segundo Congreso..., pág. 120.

[33] Segundo Congreso..., pág. 122, donde Orgaz expresa: *"El Proyecto, que aparentemente suprime ambas categorías, no puede eludirlas después, y las reconoce con el nombre de incapacidad sin discernimiento e incapacidad con discernimiento"*.

[34] Segundo Congreso..., pág. 123.

[35] Alfredo Orgaz, *Personas individuales*, Córdoba, Assandri, 1961, pág. 168, § 11, N° 6.

[36] Segundo Congreso..., pág. 123.

[37] Segundo Congreso..., pág. 123.

[38] Ver "Los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho (Estudio de derecho argentino y comparado)", en www.acaderc.org.ar

[39] *"También se han producido votos en contra de ciertos y determinados aspectos de la reforma; pero debe convenirse que revisten un valor secundario. El restablecimiento de la incapacidad absoluta y relativa, es sobre todo, asunto de terminología"* (discurso de clausura, "Segundo Congreso...", pág. 44).

[40] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1964, t. I, pág. 384, N° 590; Eduardo B. Busso, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. I, pág. 410.

[41] Art. 1446 (Código de Chile).- "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

[42] El destacado es nuestro.

[43] El texto reproducido corresponde a la redacción primitiva de ese párrafo, que fue suplantado en 1943, por la ley 7612, que le dio la siguiente forma:

"Son también incapaces los menores adultos, los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo y las mujeres casadas no divorciadas a perpetuidad ni separadas totalmente de bienes. Las separadas de bienes

son también incapaces en cuanto a los bienes no comprendidos en la separación. Pero la incapacidad a que se refiere este inciso no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes".

[44] Sólo hay una pequeña diferencia en el segundo párrafo, donde se ha reemplazado el vocablo "producen" por "surten".

[45] Art. ..... Código Civil de Ecuador de 1970.- "... Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes...."

[46] Este artículo concuerda con los dos primeros párrafos del art. 1447 del Código Civil chileno.

[47] La reforma de 1893 suprimió de entre los incapaces a los religiosos profesos, que figuraban en el texto primitivo del artículo.

[48] El Código fue sancionado por ley del 1° de enero de 1916, y entró en vigencia el 1° de enero de 1917.

[49] Art. 5º (Código de Brasil de 1917).- "Son absolutamente incapaces de ejercer personalmente los actos de la vida civil:

I. Los menores de 16 años.

II. Los locos de todo género.

III. Los sordomudos que no pudiesen expresar su voluntad.

IV. Los ausentes declarados tal por decisión judicial".

Art. 6º.- "Son incapaces, relativamente a ciertos actos (art. 147, N° I) o a la manera de ejercerlos:

I. Los mayores de 16 años y menores de 21 años (arts. 154 a 156).

II. Los pródigos.

III. Los selvícolas. ....."

[50] El nuevo Código fue sancionado el 10 y publicado el 11 de enero de 2002; el art. 2044, ubicado en el título de las disposiciones transitorias, dispone su entrada en vigencia un año después de la publicación.

[51] Hemos consultado esos antecedentes en el tomo I de la obra de Fernando Guzmán Ferrer, *Código Civil*, Lima, 1977, pág. 59 y ss..

[52] Art. 37 (Código Civil de Costa Rica).- "Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años de edad; y menores, las que no han llegado a esa edad".

[53] Art. 38 (Código Civil de Costa Rica).- "El menor de quince años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo lo dispuesto sobre matrimonio".

Art. 39.- "Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoridad, salvo:

1°. Si se tratare de su matrimonio;

2°. Si ejecutare o celebrare el acto o contrato diciéndose mayor y la parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como cierta tal afirmación".

[54] Alberto Brenes Córdoba, *Tratado de las personas*, ed. Juricentro, 4ª ed. (revisada y actualizada por Gerardo Trejos), San José, 1986, vol. I, pág. 142.

[55] Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

CAPACIDAD DEL MENOR PARA EL TRABAJO DEPENDIENTE

por RAÚL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA

"Si ellos trabajan... quién juega...".
"La felicidad está en nuestra capacidad de amar y de dar".

SUMARIO: I. Presentación del tema. II. Fundamentos para la protección especial de la niñez y adolescencia. III. Conclusiones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. IV. El panorama internacional. V. Antecedentes legislativos argentinos

I. Presentación del tema

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en la ciudad de Córdoba, del 9 al 14 de octubre de 1961, con sentido visionario, y contribución a la dignificación de la niñez, analizó en el quinto tema, la *capacidad jurídica del **menor** para trabajar por cuenta ajena, o como dependiente*.

Este trabajo rinde homenaje al Tercer Congreso, sus propuestas y haber tenido como tema de estudio el trabajo de los menores.

Las primeras manifestaciones del sindicalismo obrero, procuraron reglamentar tres situaciones que surgieron en los procesos industriales a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX:

1. Protección contra los infortunios del trabajo;
2. Limitación de la jornada de trabajo;
3. Protección del trabajo de mujeres y menores, es decir que tuvieron antecedentes históricos comunes, por su estado de indefensión social y física.

Siguiendo a Cabanellas: *"El trabajo de las mujeres y los niños -poco frecuente hasta la Edad Moderna- tuvo como finalidad esencial, hacia mediados del siglo XVIII, facilitar el desarrollo industrial, imposibilitado en gran pare por la falta de mano de obra suficiente, sobre todo en algunas regiones inglesas, y por los altos salarios que debían abonarse. Lo que al principio se basó en una situación excepcional, se convirtió bien pronto en un mal endémico, de necesidad de la industria pasó a ser necesidad de las clases humildes, obligados a emplearse todos sus miembros familiares útiles para el trabajo, con el objeto de obtener lo suficiente para el sostenimiento del hogar"* [1].

En los países de transformación fabril, las primeras normas protectoras del trabajo de menores y mujeres produjeron lo conocido como "revolución industrial".

Los primeros beneficiarios fueron los niños, y seguidamente, la mujer que trabajaba en determinadas industrias, que requería un tratamiento especial en ocasión de la maternidad y las cargas de familia.

Las normas protectoras de mujeres y menores fueron los puntales de avanzada que con el tiempo se extendió a todos los trabajadores, dando nacimiento al derecho del trabajo.

No obstante ello, el trabajador varón mayor de edad fue adquiriendo protección en las condiciones de trabajo, siendo marginados las mujeres y los menores de edad, que con el tiempo lograron disposiciones propias, particulares por las condiciones y modalidades de trabajo relacionadas a la capacidad física.

Para Martínez Vivot -pionero y estudioso del trabajo de mujeres y menores- *"mirando el cuadro que ofrece la O.I.T. -con relación a los convenios sobre la situación de los niños y jóvenes que trabajan en forma dependiente- podría asumirse una actitud optimista, porque la mayoría de los países miembros han ratificado textos básicos en esta materia, como los*

relativos a la edad mínima de admisión laboral. Idéntica actitud produciría un rastreo de la legislación comparada en la materia, pero ello no impide que el trabajo prematuro subsista, aunque sea ilegal, constituyendo una verdadera fuerza de trabajo fuera de la ley. Lamentablemente quienes lo hacen carecen de beneficios sociales, de protección en la negociación colectiva, porque no basta dictar la ley, se deben crear los medios y las circunstancias acompañando una política social que permita que aquella limitación se transforme en realidad... que esos niños y jóvenes tengan asistencia educacional y de formación profesional para mejorar sus actitudes y posibilidades en un futuro... un error frecuente es vincular la idea de trabajo de las mujeres y menores, con el advenimiento del maquinismo, la afirmación es inexacta, porque la mujer y los niños han trabajado a la par del hombre desde los tiempos más remotos" [2].

Compartimos con Cabanellas que *"la máquina puso en situación de igualdad a la mujer, y al hombre menor y adulto, por disminuir el empleo de fuerzas procedentes del vigor muscular"* [3].

Al comienzo de la era industrial, las precarias instalaciones y el ritmo de labor, sometió a la mujer y a los menores, a deficientes condiciones de trabajo, graves peligros de salud y dificultades familiares, provocando la competencia del trabajo con el hombre adulto; en la opción, éstos desplazaron aquéllos percibiendo salarios muy inferiores con relación a los que abonaban a los trabajadores masculinos adultos

Consideramos -lo han demostrado los países con sistema de seguridad social integral- la protección del menor y la mujer por su condición física y fisiológica -está a cargo de ella- en los países carentes de dicho sistema, se mantiene la resistencia al empleo de la mujer, máxime si posee cargas de familia.

En 1979 con motivo del Año Internacional del Niño, se constató que más de 52.000.000 de niños trabajaban en forma dependiente, siendo estimativa por carecer de fuentes fidedignas; en algunas circunstancias cuando los inspectores o delegados censistas concurrían a los lugares de trabajo, se ocultaba a los menores.

II. Fundamentos para la protección especial de la niñez y adolescencia

En consonancia con la O.I.T.: "Todos sabemos que el trabajo infantil es una de las facetas de la pobreza y que serán necesarios muchos esfuerzos durante muchos años para erradicarlo completamente; no obstante, existen algunas formas de trabajo infantil que resultan intolerables desde cualquier parámetro normativo, y deben ser identificadas, denunciadas y erradicadas sin dilación. El problema del trabajo infantil es de suma gravedad, requiere medidas urgentes, y deben seleccionarse objetivos que concentren los recursos materiales y humanos disponibles".

"La estrategia más humanitaria consiste, en concentrar los escasos recursos disponibles en las formas intolerables de trabajo infantil, como es la esclavitud, la servidumbre, la prostitución, el trabajo en tareas y sectores peligrosos, especialmente, a las niñas". No es un tema exclusivo de la Argentina, existen pruebas que acontece en Italia, Portugal, Reino Unido, Estados Unidos, Europa Oriental, Asia, Ghana, India, Indonesia, Pakistán, Senegal y Turquía.

Estudios de la O.I.T. publicados recientemente, muestran que hay más de 73.000.000 de niños, entre diez y catorce años trabajando a tiempo completo en alrededor de cien países aproximadamente.

Los niños pueden sufrir graves perjuicios psicofísicos cuando se los obliga a trabajar en edad temprana; la O.I.T. constató que en Filipinas más del 60% de los niños trabajadores estaban expuestos a peligros químicos y biológicos, y un 40% sufrían lesiones o enfermedades graves.

En general, las niñas trabajan en tareas domésticas, en cambio, los niños lo hacen en la construcción, tareas agropecuarias y en las fábricas. En el trabajo doméstico, si bien el ambiente puede ser saludable y confortable, tiene la contra de jornadas diarias excesivas, habiéndose verificado la menor escolarización, siendo más vulnerables a los abusos sexuales.

Los niños sufren lesiones derivadas del trabajo penoso o riesgoso comparado con su desarrollo físico.

Otro tema muy importante, que no puede omitirse, es el *tráfico de menores mediante redes organizadas*. La O.I.T. logró verificar "cinco redes internacionales de América Latina, Europa y Oriente; del sur y sudeste asiático a Europa del Norte; un mercado regional europeo, otro árabe asociado y finalmente, en Africa Occidental.

En Europa Oriental, se envían menores a Hungría, Polonia y los países bálticos; o a capitales de Europa Occidental procedentes de Bielorrusia y Ucrania.

La O.I.T. suscribe permanentes convenios con organizaciones dedicadas a la protección del trabajo infantil, por ejemplo con UNICEF.

La actual ofensiva de la O.I.T. contra el trabajo infantil comprende la formulación de programas de cooperación técnica para ayudar a los países a desarrollar una capacidad duradera para afrontar este problema, es el llamado "Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil" (IPEC).

Las acciones del IPEC se centran en tres grupos prioritarios:

1º. niños sometidos a condiciones de trabajo forzoso y en régimen de servidumbre;

2º. niños que trabajan en ocupaciones o condiciones peligrosas, y

3º. los niños menores de doce años.

Actualmente, la O.I.T. - IPEC operan en tres continentes y 23 países, habiendo cooperado con gran eficacia en Bangladesh, Brasil, Pakistán, Chile, Egipto y Paraguay [4].

Es unánime en el mundo, la necesidad de una legislación especial, apoyada por el Poder de Policía de la Autoridad Administrativa del Trabajo, y de los organismos nacionales, provinciales y municipales encargados de la minoridad, lograr que los niños y adolescentes no trabajen, y en aquellos supuestos que sea necesario hacerlo -para mantener su familia- se compatibilice con la asistencia escolar y en condiciones que no sean peligrosas, insalubres, riesgosas o provocantes de vejez prematura.

Coincidimos con Martínez Vivot: *"la razón fundamental y más valedera es de carácter biológico, teniendo en cuenta las escasas fuerzas y la debilidad propia de un organismo en evolución, por lo cual se tiende a impedir cuanto pueda lesionarlo. La madurez física es una de las condiciones subjetivas exigidas para la estipulación de un contrato de trabajo. Además, tiene un valor demográfico, cuidando la salud del menor, se opone a su trabajo anticipado o a jornadas excesivas, por su poca resistencia, o en tareas que puedan resultarle nocivas... median también razones de seguridad, la debilidad del mecanismo de atención del niño y hasta del joven, le exponen a sufrir accidentes. Por ello se prohíbe someterlos a trabajos peligrosos, o donde la actividad implique un riesgo, debiendo establecerse diligencias para evitar tareas impropias del menor de edad"* [5].

En agosto de 2007, Canal 13 de televisión, en el programa "Telenoche", emitió un informe sobre trabajo infantil, a cargo del periodista Julio Bazán, donde se observó a varios niños de aproximadamente 8 a 13 años de edad encorvando sus columnas para cosechar algodón en el Chaco.

Numerosas publicaciones especializadas, constataron que "*El Estado está ausente*; hace más de diez años que en las provincias funcionan ministerios, secretarías o direcciones del Trabajo, carentes de recursos para inspeccionar los lugares de trabajo (industrial, agropecuario, comercial, etc.) donde trabajan menores de 16 años, es imposible corregirlo. Los trabajadores rurales, con su familia, en vez de mandar sus hijos a la escuela, terminan *"produciendo cosecheros puros"*.

En marzo de 2008, nuevamente se difunde en la prensa oral y escrita, que el gobierno es responsable del trabajo clandestino que hay en el país, e informó que siete de cada diez trabajadores rurales están en negro (enfatizando que sólo hay 585.000 registrados).

En las tareas agropecuarias hay mucho trabajo infantil, mano de obra indocumentada y trabajo no registrado; por la falta de control del Estado, no se ejerce el poder de policía, para lograr regularizar la situación, porque deberían salir a recorrer los campos y no lo hacen.

Algunas encuestas registran 900.000 trabajadores rurales -aproximadamente- *"en negro"* -entre 500.000 y 600.000 registrados-.

En marzo de 2008 nuevamente la prensa anuncia que *"el trabajo en negro en el ámbito rural"*, se debe a que los contralores son ineficientes, máxime con la disminución del personal del Ministerio de Trabajo en la década del '90.

Se remarcó la responsabilidad indiscutible del actual gobierno nacional, que continúa sin dotar a la cartera laboral de recursos suficientes para combatir el trabajo infantil, pese que hace más de tres años se encuentra vigente la ley 26.061, de protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en septiembre de 2005.

Las autoridades de dicho organismo, deberían arbitrar los medios necesarios para evitar estas situaciones, utilizando recursos tecnológicos adecuados para tal fin (cámaras filmadoras y fotográficas, etc.).

La Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil -que se creó hace nueve años- que actúa en colaboración con el Ministerio de Trabajo de la Nación, no efectúa las fiscalizaciones que son necesarias para evitar niños y niñas trabajando en el ámbito rural y sin asistencia escolar, médica y alimenticia.

No existen cifras fehacientes sobre la cantidad de niños/as y adolescentes que trabajan en el país, sólo estimaciones informadas por diferentes funcionarios nacionales y provinciales, de diversos organismos e instituciones locales e internacionales.

Se calcula -aproximadamente- que en el ámbito rural trabajan 160.000 niños/as, entre 4 y 13 años, y 290.000 adolescentes de entre 14 y 18 años, todos en forma informal.

El 12/6/07 ("Día Mundial Contra el Trabajo Infantil) la Dra. María del Pilar Rey Méndez (presidenta de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil) presentó en Buenos Aires un "Mapa de mano de obra infantil rural en la agricultura", elaborado por el Ministerio de Trabajo nacional, en un seminario en donde participaron directores de la O.I.T., UNICEF y PNUD; la Dra. Rey Méndez destacó que dicho mapa fue confeccionado con información suministrada por cada provincia a través de las COPETRIS, aclarando que el gobierno de San Luis fue el único que no brindó los antecedentes. La funcionaria también informó en el seminario, que se emplean chicos en los cultivos y las cosechas más diversas: tabaco, yerba mate, algodón, cítricos, té, hortalizas, arroz, frutas, soja, maíz, trigo, caña de azúcar, vid, aromáticas; que Misiones, Mendoza, Chaco y Tucumán son las provincias donde más niños son empleados en cosechas (son las jurisdicciones que se destacan por tener trabajo infantil rural a lo largo de todo su territorio); que, principalmente en las provincias del Norte y en la región cuyana, también en el conurbano bonaerense y en el Valle de Río Negro, se utilizan chicos y chicas en las actividades de cultivo y cosechas más diversas; hay un corredor de uso de mano de obra infantil que se extiende por todo el Valle de Río Negro, en plantaciones de frambuesa, manzana, ciruela y frutilla; que en la provincia de Buenos Aires hay chicos en la explotación agrícola de la zona de Baradero, San Pedro, San Nicolás y Ramallo; en cultivos de frutilla y verduras en La Plata y sus alrededores; en los viñedos en Berisso; las únicas provincias que declararon no tener trabajo infantil agrícola en sus territorios fueron Chubut, Santa Cruz, Neuquén y Tierra del Fuego; la conclusión más importante: que el trabajo infantil existe en el país como consecuencia de la pobreza, constituye un reproductor de la marginación y conspira contra la educación de los chicos.

El trabajo infantil es una problemática que afecta en la Argentina a casi un millón de niños/as y adolescentes de entre 5 y 17 años [6].

En declaraciones recientes formuladas en "Telenoche", Canal 13, Nora Schulman, titular del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, grabado el 18/2/08, actualmente se calcula que en el país, hay entre un millón y medio, y dos millones de niños y niñas que trabajan (gran parte lo hacen en labores consideradas como "peligrosas" por la O.I.T.), ello es consecuencia de la situación de exclusión social en la que viven, implicando una responsabilidad grave del Estado Nacional y de los gobiernos provinciales, pero también de las organizaciones sindicales (que tienen facultades para llevar a cabo tareas de control); los que explotan laboralmente a niños/as y adolescentes

tienen una cuota importante de responsabilidad; sin embargo, los principales responsables son los legisladores nacionales, provinciales, municipales, y los poderes ejecutivos nacional y provinciales y comunales, porque permiten y toleran la impunidad; las sanciones legales para los empleadores incumplidores son inocuas.

El trabajo infantil urbano y rural en la Argentina, verifica que los organismos del Estado *no* cumplen con lo dispuesto por la ley 26.061 (sancionada en diciembre de 1999, ratificando el Pacto Federal del Trabajo que aplica sanciones a las acciones u omisiones violatorias de las leyes y reglamentos del trabajo, salud, higiene y seguridad en el trabajo).

Ante la inexistencia de inspecciones suficientes y eficientes, mal podrá limitarse ese derecho cuando la actividad laboral importe riesgo o peligro para el menor, o afecte su proceso evolutivo.

Todas las previsiones y recaudos legales referentes a la prohibición del trabajo infantil carecen de fundamento para existir, si no se controla -como corresponde- el cumplimiento de la ley (control a cargo de la Inspección del Trabajo, art. 2º, ley 26.390) [7].

III. Conclusiones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

Para este Congreso, "... es innegable la conveniencia de simplificar y uniformar los regímenes para situaciones análogas, no es aceptable disociar la regulación de la capacidad del *menor emancipado*, de la del *menor habilitado por la edad*.

"Esa asimilación acontece en la generalidad de las legislaciones, con excepción del Proyecto de Reformas del Código Civil francés, que conceptúa al menor casado plenamente capaz (art. 476); en cambio somete al menor habilitado por la edad al contralor de un curador, en todos los actos que un tutor habría podido efectuar con autorización (art. 482).

"Por ello, el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil declaró:

I. Los menores de edad, a partir de los 18 años en adelante, podrán contratar directamente con sus empleadores sobre materia de trabajo subordinado y de formación profesional. Las cláusulas del convenio respectivo habrán de ajustarse a la legislación vigente y contarán con la intervención de la Autoridad Administrativa del Trabajo.

II. Los menores de 18 años ya cumplidos, podrán intervenir directamente como actores o demandados ante el fuero del trabajo, en los juicios atinentes a la relación laboral, con la intervención del Ministerio Público de Menores e Incapaces, o del funcionario que haga sus veces.

El Instituto de Derecho del Trabajo y Previsión Social "Dr. Juan Bialet Massé", de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con la dirección del Prof. Dr. Luis Alberto Despontín, presentó al Congreso la siguiente ponencia:

"1) Teniendo en cuenta que la prestación de trabajo subordinado o dependiente, por menores adultos es cada día más frecuente y necesario, tanto para la formación profesional y técnica como para el logro de la subsistencia de los mismos, se ha llegado a una legislación protectora de dichos menores con limitación de jornada, prohibición de realizar tareas peligrosas o insalubres, garantías del aprendizaje y capacitación, etc..

2) No obstante esta indudable protección con disposiciones tuitivas, obligatorias e irrenunciables -de carácter universal- la situación de estos menores adultos, en las relaciones con sus empleadores, se rige por las clásicas normas legales sobre incapacidad para obligarse, contratar y estar en juicio, que le dificultan su desempeño formativo, profesional y actuación posterior laboral, cuando son titulares de dominio técnico para operar en los medios industriales y comerciales.

3) Este mismo impedimento jurídico crea también dificultades al empleador que, por razones de la incapacidad legal para obligarse por estos dependientes, se encuentran privados de mano de obra especializada y técnica, que goza de la eficacia de la protección legal en cuanto a las condiciones de la prestación del trabajo.

4) La exigencia del derecho procesal laboral, tendiente a dar rapidez a las causas en procura de la inmediata solución de los conflictos individuales del trabajo, admite, en general, que el menor adulto pueda comparecer directamente -como actor o demandado- a los Tribunales del Trabajo en reclamos por salarios impagos, indemnización por despido injustificado, reajuste de categorías profesionales, etc., sin necesidad de completar su incapacidad debido a su edad, con el acompañamiento y la anuencia de sus padres o representantes, siendo suficiente la asistencia promiscua del Ministerio Pupilar Judicial. La personería acordada en esta forma, sería semejante a la autorización otorgada a menores de 18 años para ejercer el comercio.

5) Esta facultad legal de complemento parcial de su incapacidad, resulta del hecho que el menor adulto, así como puede trabajar y vincularse por una relación de trabajo con su empleador, aun sin el consentimiento expreso de sus padres (art. 280 del C.C.) y percibir directamente sus haberes, reclamar judicialmente su pago en caso de mora de su principal, ya que quien puede lo más, puede lo menos.

6) Por lo expuesto propone *se reforme la legislación civil vigente en cuanto*:

Primero: Facultar a los menores adultos, a partir de los 16 años de edad, para contratar directamente con sus empleadores la prestación de trabajo subordinado y formación profesional, debiendo ajustarse a las cláusulas del convenio colectivo de trabajo, la legislación vigente, con la intervención de la Autoridad Administrativa del Trabajo,

Segundo: Facultar a los menores adultos, a partir de los 16 años de edad, para intervenir directamente, como actores o demandados, ante los Tribunales del Trabajo, en las acciones judiciales relacionadas con su prestación laboral siempre con la intervención promiscua del Ministerio Público Pupilar Judicial.

Tercero: Solicitar a los demás institutos, asociaciones de Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social y a las organizaciones laborales de trabajadores y empleadores, considerar esta ponencia y su adhesión ante las autoridades del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil".

Para el Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Rosario, Santa Fe, Argentina**,** la proposición del Instituto de Derecho del Trabajo y Previsión Social "Dr. Juan Bialet Massé", parte de una serie de premisas, que este Instituto comparte, aunque con las siguientes salvedades:

1º. El problema de la capacidad de los menores adultos que trabajan, en relación de subordinación, teniendo en cuenta las normas del Código Civil, especialmente, los arts. 55, 274, 281 y 283, constituyen un auténtico "impedimento jurídico", para los trabajadores que afecta también, a los empleadores.

2º. El problema de la capacidad de los menores trabajadores, tiene proyecciones, en materia de fondo y de forma.

3º. Con respecto a la contratación, la capacidad del menor adulto para contratar con sus empleadores, se otorgó al art. 280 del Código Civil, una interpretación extensiva, seguida por la gran mayoría de los tribunales, sobre todo los del fuero laboral, que solucionó las cuestiones planteadas, referidas al valor de los recibos de pagos de salarios firmados solamente por los menores.

4º. La *"autorización paterna"* se consideraba concedida implícitamente en todos los casos que el menor trabajaba, de acuerdo al art. 283 del C.C., teniendo en cuenta para poder trabajar, los menores entre 14 y 18 años, deben estar autorizados por la Dirección Nacional de Aprendizaje y Orientación Profesional -Delegación de Trabajo de Menores-; poseer una Libreta de Trabajo -para su obtención, dicha oficina estatal exige la autorización expresa del representante legal del menor, según la exigencia del art. 275 del C.C.-.

5º. El problema de la capacidad para litigar, para estar en juicio, se ha solucionado, esgrimiendo dos argumentos distintos. Para muchos, el hecho que el menor estuviese autorizado para "contratar", llevaba "ínsito", el derecho y la capacidad para defender judicial sus pretensiones, tanto en los organismos administrativos como en los tribunales de justicia.

6º. Otros, obvian el problema teniendo en cuenta el art. 55 del C.C., que permite a "los menores adultos capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar"; por el art. 126, los que no han cumplido veintiún año, y "desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes, el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil y penal, por acciones vinculadas a ellos (art. 128, con las reformas de la ley 17.711)".

7º. La C.S.J. resolvió que estas disposiciones, importaban, evidentemente, una auténtica modificación a las disposiciones del Código Civil y de Comercio, habiendo sido sancionadas por el H. Congreso Nacional se trataba de normas de fondo, "sin que ello obste la circunstancia de hallarse colocadas entre un conjunto de disposiciones de orden local..." (ver autos: "Negro, Carlos A. c/ La Castellana S.A.").

8º. Esta disposición debía ser considerada como modificatoria del art. 55 del C.C., y no las de algunos códigos procesales provinciales -como el art. 27 de la ley 1938 de la provincia de Jujuy-, porque la capacidad es materia de fondo y no de forma, corresponde a la Nación, y no a las provincias reglar sobre la misma.

9º. El proyecto presentado por el Instituto de Córdoba no aclara si la especial capacidad de los menores en materia laboral, debe estar en una modificación al Código Civil, o en una ley especial, incluida en el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, que el Congreso de la Nación deberá dictar, atento las facultades reconocidas, tanto por la reforma de 1949 como de 1957.

10. La doctrina y la legislación se encuentran divididas, sirviendo de ejemplo, Italia, donde la capacidad en materia laboral, y todo lo relacionado con el contrato de trabajo, está regida por normas del Código Civil; en España, durante el régimen republicano, estaba en el Código de Trabajo, con disposiciones especiales.

11. Resumiendo, si bien este Instituto comparte las consideraciones expuestas por el de Córdoba, formula las reservas expuestas, referidas tanto a lo jurídico -donde deberían ser insertadas - y existiendo normas legales que solucionan, en parte, los problemas, no cree necesario en lo inmediato, el dictado de las mismas.

12. Se reitera, como principio doctrinario, el tema escapa a la competencia de un Congreso de Derecho Civil, manteniendo la autonomía del derecho laboral, su carácter especialmente social, público, y la necesidad que las normas referidas a la materia "Trabajo", en sus distintos aspectos jurídico-sociales, se encuentren regladas en el Código de Trabajo, como lo precisan en forma clara y terminante, normas constitucionales en vigencia."

Los miembros del Congreso, analizaron estas proposiciones que recogen un anhelo, aplicándose al Código Civil y a leyes especiales.

La idea de crear una situación intermedia entre el menor que no está emancipado por matrimonio, ni tampoco la habilitación de edad, pero de acuerdo a nuestra vida, a esta dinámica imperante, que un joven está generalmente en acción, trabajando, luchando, creándose sus propios problemas y procurando resolverlos, hemos introducido, inspirados en la ley italiana, un artículo que llena el vacío que dejaría en el Código Civil -por desplazamiento de una cláusula del mismo- que pasa al art. 135, y completa el art. 134, inspirada en la ley italiana, una especie de *status* del joven de trabajo.

Por el art. 134, "Los menores de ambos sexos que hayan cumplido los 18 años, aun cuando no se encuentren emancipados o habilitados de edad pueden prestar su trabajo, concertar los contratos correspondientes y ejercer los derechos y acciones que de ellos resulten, sin perjuicio de que leyes especiales establezcan una edad menor. Podrán actuar directamente en los juicios atinentes a la relación laboral con intervención del Ministerio Público, como actores o demandados".

"La capacidad para el contrato de empleo debe estar incluido dentro del Código Civil al regular la capacidad general de los menores, *'sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales"*".

"Habría una confusión respecto a la capacidad relativa al *contrato de empleo* y *la capacidad laboral procesal*, materia que evidentemente, puede reglarse por medio de leyes especiales, porque *es competencia de las provincias conferirles capacidad a una edad anterior a los 18 años*".

"Para esta iniciativa, los 18 años, es la edad base, para presentar un aspecto integral, conciliador, armónico. Desde esa edad en adelante se puede obtener la emancipación civil, mercantil y laboral."

"Actualmente tenemos el emancipado mercantil que no existe en el orden civil, se reconoce sólo al emancipado por matrimonio".

El criterio de apreciación de la aptitud personal del sujeto, debe ser apreciado *in concreto*, y no *in abstracto*.

"La habilitación debe tener los mismos efectos que la mayoría de edad; es la tendencia moderna, que prevalece en el derecho comparado".

"Para llegar a la uniformidad legislativa, no hay que mantener los principios arcaicos y conservadores, al contrario, los avanzados, porque tiende a la evolución social y jurídica".

"El profesor José Antonio Buteler, reiteró su proposición de suprimir la afirmación: '*... sin perjuicio que leyes especiales establezcan una edad menor»; oponiéndose* el Dr. Lisardo Novillo Saravia, proponiendo se agregue: *"... sin perjuicio que leyes especiales establezcan una edad menor para actuar en juicio"*.

Para el Congreso, "los menores de uno y otro sexo, que hayan cumplido 18 años, pueden prestar su trabajo personal, concertar los contratos correspondientes y ejercer los derecho y acciones que de ellos resulten. Podrán actuar directamente en juicios atinentes a la relación laboral, como actores o demandados, con intervención del Ministerio de Menores".

"Hay dos conceptos elaborados en la legislación y doctrina comparada respecto a los efectos: el viejo pensamiento francés que inspiraron a muchas legislaciones, donde es indispensable que haya una transición, un cierto estado intermedio entre la incapacidad y la capacidad plena; es decir, que no se puede pasar bruscamente del estado de incapacidad al estado de capacidad plena".

Otro es "el pensamiento germánico, y el Código alemán, colocan al menor en la misma condición jurídica del mayor de edad, se pasa bruscamente de la incapacidad a la capacidad plena. Son conceptos sobre los cuales hay juicio formado."

"Es conveniente que este Congreso declare la necesidad que los menores de edad, que hayan cumplido los 18 años, gocen de la habilitación por la edad para contratar su trabajo personal, e intervenir en los juicios con motivo de la relación de trabajo. La comisión aduce también en apoyo de su tesis, el art. 3º del Código Civil italiano."

Concluye la ponencia con la siguiente afirmación: "... el art. 134 (antes de la reforma de la ley 17.711), ha de señalar la situación: 'Los menores de ambos sexos que hayan cumplido los 18 años, aun cuando no se encuentren emancipados o habilitados de edad pueden prestar su trabajo, concertar los contratos correspondientes y ejercer los derechos y acciones que de ellos resulten, sin perjuicio de que leyes especiales establezcan una edad menor'".

"Podrán actuar directamente en los juicios atinentes a la relación laboral con intervención del Ministerio Público, como actores o demandados".

IV. El panorama internacional

En Inglaterra ,la “Coal Mining Act”, de 1842 comienza a ampliar la legislación tuitiva en esta materia, equiparando las mujeres a los niños en la prohibición del trabajo subterráneo. En 1850 limita la jornada para ciertas industrias ampliándola a todos los establecimientos industriales de motor mecánico en 1878.

En Francia nace la protección con los decretos de 1848; en Alemania con la “Gewerbeordnung”, única para todo el imperio sancionada en 1878, se introducen las primeras disposiciones relacionadas al trabajo de las mujeres.

En 1904 Francia e Italia firman un tratado comprometiéndose a organizar un servicio de inspección, especialmente en las regiones de gran desarrollo industrial, para hacer cumplir las leyes protectoras del trabajo de mujeres y menores, fundadas especialmente en la debilidad física.

En el Primer Congreso Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, realizada en Zurich, Suiza, en 1897 se ocupó detenidamente del trabajo de mujeres y menores, de allí que el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T. haya considerado dicha protección como uno de los deberes urgentes a partir de la Primera Conferencia Internacional realizada en Washington en 1919.

Para la O.I.T. no puede sostenerse que la división de funciones de las trabajadoras debe efectuarse conforme las necesidades biológicas y fisiológicas propias del sexo. Investigaciones científicas han demostrado que la distribución de actitudes y capacidades entre los seres humanos es más variada entre los del mismo sexo que entre los de sexos opuestos (Undécima Reunión de Países de América Miembros de la O.I.T.).

En el tiempo se modificaron los fundamentos para la protección del trabajo de mujeres y menores. Originariamente era por razones higiénicas y fisiológicas, por las precarias condiciones de salubridad que realizaban las tareas laborales, con jornadas intensas y carentes de elementos de protección y seguridad laboral, la protección nace no de la ley sino de un concepto humanitario, por la honda trascendencia del dolor social reflejado en las condiciones que desarrollaban sus tareas.

A continuación se incorpora el Estado en beneficio de los más débiles o los más afectados por las condiciones de trabajo. Para Paúl Pic -basado en una concepción eugenésica- fundada en la conservación social, donde un trabajo excesivo es perjudicial para la salud, máxime cuando es realizado en determinada edad o circunstancias que puedan originar graves consecuencias demográficas futuras.

V. Antecedentes legislativos argentinos

Argentina, inicia las tentativas legislativas para proteger el trabajo de los menores, en 1892.

En dicho año, el Dr. Emilio Coni presentó un proyecto de ordenanza municipal para la Capital Federal; simultáneamente, el Patronato de la Infancia, envió al Senado de la Nación otro proyecto redactado por el Dr. De Nevares, que no tuvo tratamiento legislativo, no obstante las peticiones formuladas en 1895 y 1896.

En 1899 y 1902 existieron proyectos legislativos de Williams, Miguel Cané y Nicolás Avellaneda, logrando aprobación del Senado, no así de Diputados caducando por el transcurso del tiempo.

El Poder Ejecutivo Nacional, en mensaje al Congreso del 6/5/1904, refiriéndose al trabajo de los menores, estimó que la sanción de leyes protectoras son reclamadas unánimemente, dentro y fuera del país, habiéndose constatado las tristes consecuencias que padecen estos menores, a quienes las leyes de la vida obligan a trabajar en iguales condiciones del hombre adulto.

Dicho mensaje era una consecuencia del informe elaborado por el Dr. Juan Bialet Massé, por encargo del ministro del Interior Dr. Joaquín V. González, sobre las condiciones de la clase trabajadora a comienzos del siglo.

Con base en dicho informe, el Dr. Joaquín V. González, en 1904 presenta el proyecto de ley nacional del trabajo, con disposiciones concretas sobre el trabajo de menores sin lograr sanción legislativa.

La primera ley Nº 4661[8], imponía a los empleadores otorgar a los menores de 16 años, el descanso dominical, originariamente se aplicaba en la capital de la República y en los territorios nacionales, posteriormente se aplicó en todo el país, por ley 11.640 (7/10/1932).

El 22/6/1906, el diputado Alfredo L. Palacios presenta un proyecto sobre el trabajo de menores y mujeres, con igual suerte que el anterior.

El Ministerio del Interior -basándose en el proyecto de Alfredo Palacios- remite la iniciativa al Parlamento, logrando se convierta en ley Nº 5291 del 14/10/1907, que disponía: "El trabajo de los menores de diez (10) años, no puede ser objeto de contrato. Tampoco puede serlo el de los mayores de diez (10) años que, comprendidos en la edad de la ley escolar, no hayan completado su instrucción obligatoria. Sin embargo, el defensor de Menores del distrito podrá autorizar el trabajo de éstos, cuando fuera indispensable para la subsistencia de los mismos, de sus padres o de sus hermanos".

Esta ley tuvo vigencia hasta el 30/9/1924 que se dicta la ley 11.317.

Para el maestro Alejandro Unsain, *"La situación de nuestros niños y mujeres era más que mal, resultaba pésima. La jornada de doce horas eran corrientes y a ellas estaban sujetos tanto en la Capital Federal como en el resto del país"* [9].

Martínez Vivot consideró a la ley 11.317 como *"... texto básico y fundamental en materia de trabajo de menores, tuvo una vigencia de cincuenta años, hasta que fue reemplazada por la ley de contrato de trabajo Nº 20.744"* [10].

La ley 11.317, respondía a los Convenios de la O.I.T. Nº 5 (de la Reunión de Washington de 1919 fija la edad mínima del trabajo industrial en catorce (14) años, fue ratificado por ley nacional 11.726); Nº 6 (sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria de 1919, ratificado por la misma ley 11.726); Nº 7 (de 1920 estableció como edad mínima la de catorce años para el trabajo en buques, salvo el caso de estar empleados únicamente miembros de una familia); Nº 10 (aprobado en la Tercera Reunión en 1921, sobre la edad de admisión de los niños en la agricultura, a partir de los catorce años, siempre y cuando fuera de las horas fijadas para la enseñanza escolar); Nº 13 (en la misma reunión de 1921, sobre la edad de admisión en trabajos peligrosos e insalubres, estableciendo la edad de dieciocho años para los mismos) y Nº 15 (de 1921 impuso una edad mínima en empresas pañoleros y fogoneros, ratificado por ley 12232), y Nº 33 (de 1932, regula la edad mínima para los trabajos no industriales, ratificado por ley 13.560, adoptado en la XVIma. Reunión de la O.I.T., fijándose que los menores de catorce años no pueden ser ocupados en trabajos no industriales. Los menores de doce años podrán ser ocupados fuera de las horas escolares en trabajos "ligeros", siempre y cuando no sean nocivos para su salud, el desarrollo normal ni afecte la concurrencia normal a la escuela, y no excedan de dos horas diarias).

La legislación sobre los menores en la Argentina fue dispersa, destinada a las actividades industrial, no industrial, agrícola, trabajo marítimo y familiar, variando según la naturaleza de los servicios que preste el menor.

Protección de los menores en la Constitución Nacional, la legislación del trabajo y de la seguridad social

A. Constitución Nacional

A.1. De 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898

Carecían de regulación específica sobre el trabajo de los menores.

A.2. De 1949, la ley 13.233 (B.O., 8/9/1948). *"Declara necesario la revisión y reforma de la Constitución". Suprime de la C.N. vigente, los arts. 38, 39, 41, 44, inc. 24 del art. 67, 82, 83, 84, 85, 90, 93 y 102 (art. 1º).*

Art. 37. Se declaran los siguientes derechos especiales:

I. "**Del trabajador:**

4) "Derecho a condiciones dignas de trabajo: la consideración debida al ser humano, la importancia que el trabajo reviste como función social y el respeto recíproco entre los factores concurrentes de la producción, consagran el derecho de los individuos a exigir condiciones dignas y justas para el desarrollo de su actividad y la obligación de la sociedad de velar por la estricta observancia de los preceptos que las instituyen y reglamentan".

5) "Derecho a la preservación e la salud: el cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo".

II. **"De la familia:**

4) "La atención y asistencia de la madre y del niño, gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado."

IV. **"De la educación y la cultura:**

"La educación y la instrucción corresponden a la familia y a los establecimientos particulares y oficiales que colaboren con ella, conforme a lo que establezcan las leyes... el Estado creará escuelas de primera enseñanza, secundarias, técnico-profesionales, universidades y academias.

2) "La enseñanza primaria elemental es obligatoria y será gratuita en las escuelas del Estado. La enseñanza primaria en las escuelas rurales tenderá a inculcar en el niño el amor a la vida del campo, a orientarlo hacia la capacitación profesional en las faenas rurales y a formar la mujer para las tareas domésticas campesinas. El Estado creará, con ese fin, los institutos necesarios para preparar un magisterio especializado".

3) "La orientación profesional de los jóvenes, concebida como un complemento de la acción de instruir y educar, es una función social que el Estado ampara y fomenta mediante instituciones que guíen a los jóvenes hacia las actividades para las que posean naturales aptitudes y capacidad, con el fin de que la adecuada elección profesional redunde en beneficio suyo y de la sociedad".

A.3. Convención de 1957: El 27/4/1956 se proclama "*vigente la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, excluyendo las enmiendas de 1949"* (publicado en B.O. del Ministerio de Ejército del 11/6/1956, Nº 2800, pág. 791). Por decr. Nº 3838 (B.O. del 16/4/1957), "declara necesario considerar la reforma parcial de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 (art. 1º); "A tales efectos se convoca una Convención que se reunirá en la ciudad de Santa Fe..." (art. 2º).

Esta Convención constituyente fue cuestionada por numerosos tratadistas y partidos políticos, en particular por estar proscrito el partido peronista o justicialista; además numerosos convencionales se retiraron de la convención, que motivó a Néstor Sagües, considerar que las conclusiones estaban *"frustradas al quedar la asamblea sin quorum" ("Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994",* Editorial Astrea, pág. 15), y por ello una importante corriente doctrinaria, tachó de nulidad las reformas.

La Convención se limitó agregar el art. 14 nuevo (bis), y al Capítulo IV, "Atribuciones del Congreso", en el art. 67 inc. 11, "Dictar los Códigos... y del Trabajo y Seguridad Social...", que hasta la fecha no se ha cumplimentado.

La tercera parte, o párrafo, del art. 14 nuevo (bis), impone al legislador dictar normas que establezcan "el seguro social obligatorio... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna"; tales disposiciones, de interpretación confusa, no han tenido hasta el presente legislación nacional, y por lo tanto queda librado al interprete su aplicación.

A.4. Convención de 1994

El gobierno nacional, por decr. 2446/85, crea el "Consejo para la Consolidación de la Democracia", para proyectar el cambio constitucional, elaborando un dictamen preliminar en 1986, y un segundo dictamen en 1987, indicando temas concretos y esenciales. Al renunciar anticipadamente Raúl Alfonsín a la presidencia de la Nación (julio de 1989), las propuestas del Consejo pierden vigencia y son abandonadas.

El P.E. Nacional para superar discrepancias políticas, por decr. 2181 del 22/10/1993, complementado por decr. 2258 del 27/10/93, convoca a una consulta popular, no vinculante, para que la ciudadanía manifieste su voluntad sobre la necesidad y oportunidad de la reforma constitucional, que finalmente se revocó por decr. 2339 del 15/11/1993.

El presidente Carlos Saúl Menem y Raúl Ricardo Alfonsín, firman el denominado "Pacto de Olivos", mediante mutuas concesiones (reelección presidencial, recorte de poderes al jefe de Estado, designación de un ministro coordinador, o jefe de gabinete).

El 13/12/1993 Menem y Alfonsín suscriben un acuerdo llamado "De la Rosada", complementario del Pacto de Olivos, con el aporte de juristas de ambos partidos políticos.

El convenio tuvo tres partes:

1) Núcleo de coincidencias básicas; 2) Temas que deberían ser habilitados por el Congreso, para debatirse libremente en una Convención Constituyente, y 3) Las modalidades de instrumentación del pacto.

El PE. eleva a la Cámara de Diputados de la Nación - Cámara de Origen - el Pacto de Olivos, siendo aprobado con los dos tercios de Diputados, conforme el ex art. 30 C.N.; Senado le introduce varias reformas, contrariando lo dispuesto por el art. 71 C.N., la iniciativa no retorna a Diputados (Cámara de Origen), el Senado lo remite directamente al P.E., quien lo promulga como ley 24.309, y lo publica en el B.O., el 31/12/1993.

La irregularidad legislativa, provocó las primeras impugnaciones, y algunos tratadistas afirmaron *"la llamada ley 24.309 no es tal. Simplemente no es ley"* [11].

La Asamblea Constituyente sesionó en la ciudad de Santa Fe, el 25/5/1994, concluyendo en el plazo estipulado, el 22/8/1994. El nuevo texto, que es el vigente, se publicó en el B.O., el 23/8/1994 y, se juró el 31/8/1994 en el Palacio San José, Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos.

Entre las reformas fundamentales, introduce como atribución del Congreso de la Nación (Capítulo IV, art. 75), "aprobar o desechar tratados concluidos con la demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

Entre los tratados mencionados merece resaltar. la Declaración Americana del los Derechos y Deberes del hombre" de 1948, que reconoce a todo ser humano el derecho a la integridad de la persona (art. I), a la protección, cuidado y ayuda especiales a todo niño (art. VII).

"La Declaración Universal de Derechos Humanos", de 1948 que garantiza la protección social igualitaria, el derecho a cuidados y asistencia especiales a la infancia (art. 25, punto 2)

La "Convención Americana de Derechos Humanos" de 1969, que requiere el amparo de menores procesados en función del derecho a la integridad personal (art. 5º), la protección en

cuanto a su condición de menor (art. 19); que es reiterado en el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de 1966.

El "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" de 1966, impuso a los Estados que lo aceptaron, la adopción de medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, contra la explotación económica y social (art. 10.3). Se conmina a los Estados sancionar legalmente la prohibición del empleo de menores en trabajos nocivos para la moral y la salud, que pongan en peligro su vida o riesgo al desarrollo normal de los mismos.

La "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1969, considera como niño, a todo ser humano menor de 18 años de edad; reconociéndoles los derechos al descanso, esparcimiento, participación en la vida cultural y artística; protegiéndoles contra la explotación económica y el desempeño de todo trabajo peligroso o que impida su educación, sea nocivo para la salud, el desarrollo psicofísico, espiritual, moral o social.

Además de los convenios de la O.I.T. citados precedentemente están los N^{ros} 77 y 78, ambos de 1946, que requieren la necesidad de efectuar exámenes médicos a los menores -en forma gratuita- tanto en los trabajos industriales como en los no industriales para la admisión de trabajos, pudiendo extenderse hasta los 21 años en caso de trabajos riesgosos para la salud.

El Convenio 29 de 1930 sobre el trabajo forzoso, rige desde el 1/5/1932, ratificado por la República Argentina en 1950, determina claramente la supresión del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas a todas las personas sin distinción alguna, poseyendo, por lo tanto, un amplísimo ámbito de aplicación personal. Entiende a esta clase de trabajo el que exige "a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera, y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente".

Este concepto nace en el art. 5º del Convenio Internacional sobre la Esclavitud, de 1926, de la Sociedad de las Naciones, y se continuó utilizando para mantener una terminología similar, prohibiendo expresamente dicha clase de trabajos a los menores de 18 años.

El art. 75 inc. 23, 2do. párrafo, impone al Congreso Nacional, "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental; y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia."

B. Código Civil

El Código Civil argentino vigente, con las reformas de la ley 17.711, considera persona de existencia visible a "todos los entes que presentan signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes" (art. 51); completa la idea al sostener: "son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones" salvo lo que "en este Código no estén expresamente declarados incapaces (art. 52); "le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no le fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política" (art. 53).

Para el Código, es ***"menor"*** toda persona "que no hubiere cumplido la edad de 21 años" (art. 126); y son "*menores impúberes* los que aún no tuvieran la edad de 14 años cumplidos, y *adultos* los que fueren de esta edad hasta los 21 años cumplidos"; los *"menores adultos"* sólo tienen capacidad para los actos que las leyes le autorizan otorgar (art. 55 reformado por ley 17.711).

"... desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta, sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto, las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido titulo habilitante para el ejercicio de una profesión, podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización... el menor puede administrar y disponer los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculados a ellos" (art. 128 con la reformas de la ley 17.711).

Otra forma de adquirir la mayoría de edad para los menores, es mediante el matrimonio, en cuyo caso "se emancipan y adquieren capacidad civil con las siguientes limitaciones: 1º aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2º hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3º afianzar obligaciones" (arts. 131 y 134 con las reformas de la ley 17.711).

"Los menores que hubieren cumplido 18 años, podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres... tratándose de habilitación judicial, bastará la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; pudiendo revocarse judicialmente, cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, o de quién ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar" (art. 131 reformado por ley 23.264).

C. Legislación del trabajo y de la seguridad social

1º. Ley de contrato de trabajo (L.C.T.) 20.744 (B.O., 20/9/1974), con las reformas de la ley 26.390 (del 4/7/08)

La ley 26.390 reforma sustancialmente el Título VIII L.C.T. denominándolo "De la prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente" (art. 1º).

La nueva norma comprende "el trabajo de las personas menores de dieciocho (18) años en todas sus formas. Se eleva la edad mínima de admisión al empleo a dieciséis (16) años. Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, sea éste remunerado o no".

"Toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en esta ley, *se considera a ese efecto modificada por esta norma*" (art. 2º).

Sustituye el art. 32 L.C.T. con la siguiente redacción: "Las personas desde los dieciocho (18) años pueden celebrar contrato de trabajo".

"Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores".

"Se presume tal autorización cuando adolescente viva independientemente de sus padres, responsables o tutores" (art. 3º).

Cambia la redacción del art. art. 33 L.C.T. por el siguiente: Las personas desde los dieciséis (16) años, están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo, y hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales (procesales), debiendo cumplirse lo establecido en el art. 27 de la ley 26.061 (Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes).

Sustituye el art. 119 L.C.T. por la siguiente redacción: "Por ninguna causa podrán abonarse salarios inferiores a los fijados en el presente capítulo, salvo los que resulten de reducciones para aprendices, o para quienes cumplan jornadas de trabajo reducidas, no impuesta por la calificación de acuerdo a lo dispuesto en el art. 200 (Trabajo nocturnos o insalubres)" (art. 5º).

El art. 187 L.C.T. es modificado: "Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo en las condiciones previstas en los art. 32 y ss. L.C.T. Las reglamentaciones, convenios colectivos de trabajo o tablas salariales, garantizarán igualdad de retribución, cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadores mayores".

"El régimen de aprendizaje y orientación profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis (16) años hasta los dieciocho (18) años estará regida por esta L.C.T, o que al efecto se dicten" (art. 8º).

Reforma la redacción del art. 189 L.C.T., prohibiendo a los empleadores "ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro" (art. 7º).

Incorpora el art. 189 bis L.C.T.: "Las personas mayores de catorce (14) años y menores de a los dieciséis (16) años, podrán ser ocupadas en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas no superior a las tres (3) horas diarias y las quince (15) horas semanales, siempre que no sean tareas penosas, peligrosas o insalubres, y permitan cumplir con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor, que pretenda acogerse a esta excepción, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral local.

Cuando la empresa del padre, madre o tutor se encuentre subordinada económicamente, fueren contratistas o proveedoras de otra empresa no se otorgará la autorización prevista en esta norma".

La nueva redacción del art. 190 L.C.T., expresa: "No podrá ocuparse a personas de dieciséis (16) a dieciocho (18) años en ningún tipo de tareas durante más de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales. La distribución desigual de las horas laborables no podrá superar las siete (7) horas diarias".

"La jornada de los menores de más de dieciséis (16) años, previa autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción, podrá extenderse a ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) semanales".

"No se podrá ocupar menores de dieciocho (18) años en trabajos nocturnos, entre las veinte (20) y las seis (6) horas del día siguiente.

En los establecimientos fabriles que desarrollen tareas en tres turnos diarios -que abarquen las veinticuatro (24) horas del día- el período de prohibición absoluta en cuanto al empleo de personas menores, estará regido por este título, en cuyo caso la prohibición del trabajo nocturno es entre las veintidós (22) horas a las seis (6) horas del día siguiente, sólo para los menores mayores de dieciséis (16) años" (art. 9º).

Modifica el texto del art. 191 L.C.T., "con relación a los menores de dieciocho (18) años que trabajen en horas de la mañana y de la tarde, dispondrán de un descanso de dos horas al mediodía, salvo que por extensión de la jornada, las características de las tareas que realice, los perjuicios que la interrupción pudiese ocasionar a los beneficiarios, o al interés general, se autorice el horario continuo, con supresión o reducción del período de descanso.

Queda prohibido encargar a los menores de dieciocho (18) años, la ejecución de trabajos en su domicilio, en algún local u otra dependencia de la empresa.

Queda prohibido, a los menores de dieciocho (18) años ocuparlos en trabajos que revistas carácter penoso, peligro o insalubre, determinando la reglamentación las industrias comprendidas en esa prohibición, aplicándose el Art. 195 LCT" (art. 10).

Se derogan los arts. 192 y 193 L.C.T. (art. 11).

Con la reforma al art. 194 L.C.T.: las vacaciones (licencia anual) de los menores de dieciocho (18) años, será de un período mínimo, no inferior a quince (15) días, en las condiciones previstas en el Título V L.C.T. (De las vacaciones y otras licencias) (art. 12).

Modifica la redacción del art. 195 L.C.T.: "En caso de accidente de trabajo o de enfermedad de una persona trabajadora, comprendida en el presente título, si se comprueba ser su causa alguna de las tareas prohibidas, o efectuada en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos, se considerará, por ese solo hecho, al accidente o a la enfermedad como resultante de la acción u omisión del empleador, en los términos del artículo 1072 y concordantes del Código Civil, *sin admitirse prueba en contrario*".

"Si el accidente o enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente el trabajador -menor- en un sitio de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia, sin conocimiento del empleador, éste podrá probar su falta de responsabilidad" (art. 139).

Modifica la redacción de los arts. 2º y 3º del Estatuto del servicio doméstico (decr. ley 326/56):

Art. 2º.- "No podrán ser contratadas como empleadas en el servicio doméstico: a) las personas emparentadas con el dueño de casa; b) aquellas que sean exclusivamente contratadas para cuidar enfermos o conducir vehículos, y c) las personas menores de dieciséis (16) años" (art. 14).

Art. 3º.- "En caso que un dueño de casa, emplee conjuntamente un matrimonio, o padres con sus hijos, las retribuciones deben ser convenidas en forma individual y separadamente".

"No serán considerados empleados en el servicio doméstico; a) los hijos menores de dieciséis (16) años, que vivan con sus padres en el domicilio del dueño de casa, y b) los parientes que acompañen en el alojamiento al empleado doméstico, y no trabajen en el servicio doméstico con el mismo empleador (art. 15).

Reforma de los arts. 28, 107, 108, 109 y 110 del Estatuto del trabajador agrario - Ley 22.248, con los siguientes textos:

Art. 28.- "Las remuneraciones mínimas serán fijadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, que no podrán ser inferiores al salario mínimo vital de ese momento. Su monto se determinará por mes o por día y comprenderá, en todos los casos, el valor de las prestaciones en especie que tomare a su cargo el empleador. De la misma manera se determinarán las bonificaciones por capacitación previstas en el art. 33, y el porcentaje de los descuentos por compras de mercaderías, referido en el artículo 39 del Estatuto" (art. 16).

Art. 107.- "Queda prohibido el trabajo de los menores de dieciséis (16) años, cualquiera fuere la índole de las tareas que se pretendiere asignarles. Las personas mayores de catorce (14) años y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en explotaciones cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La explotación cuyo titular sea el padre, la madre o el tutor del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción.

Cuando por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la explotación o la empresa sea del padre, madre o tutor se encuentre subordinada económicamente, fueren contratistas o proveedoras de otra empresa no se otorgará la autorización prevista en esta norma".

Art. 108.- "Las menores desde los dieciséis (16) años y hasta los dieciocho (18) años de

Edad, con conocimiento de sus padres, responsables o tutores vivieren independientemente de ellos, podrán celebrar contrato de trabajo agrario, presumiéndose la autorización pertinente para todos los actos concernientes al mismo".

Art. 109.- "Los menores, desde los dieciséis (16) años, estarán facultados para estar en juicio laboral, en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y, otorgar los poderes necesarios para hacerse representar judicial o administrativamente mediante los instrumentos otorgados en la forma que previeren las leyes procesales locales, cumpliendo -en cualquier circunstancia- las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el art. 27 ley 26.061" (Sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes).

Art. 110.- "La jornada de labor de los menores hasta dieciséis (16) años deberá realizarse exclusivamente en horario matutino o vespertino. La autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción podrá extender la duración. No se podrá ocupar a menores de dieciocho (18) años

en trabajos nocturnos, comprendido entre las veinte (20) y las seis (6) horas del día siguiente" (arts. 16 a 20).

Modifica el art. 13 de la Ley de Asociaciones Gremiales de Trabajadores 23.551, permitiendo la afiliación sindical de los menores mayores de dieciséis (16) años, sin necesidad de autorización paterna ni del Ministerio Pupilar (art. 21).

Modifica el art. 1º de la Ley de Reforma Laboral 25.013, sobre el *"contrato de aprendizaje"*, que podrá celebrarse con un menor mayor de 16 años.

2º. Ley de obra sociales 23.660 (B.O., 20/1/1989) y 23.661 (B.O., 20/1989). Sistema nacional del seguro de salud; reformado por ley 23.890 (B.O., 20/10/90)

La protección es exclusiva para los trabajadores dependiente (públicos o privados), es un sistema de seguridad social incompleto, parcial e imperfecto.

Art. 9°.- "a) Beneficia a los menores, integrantes del grupo familiar primario de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún años; los hijos del cónyuge; los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso;

b) Las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación.

La Superintendencia del Sistema de Salud (SSS), podrá autorizar, la inclusión como beneficiarios, de otros ascendientes o descendientes por consanguinidad del beneficiario titular y que se encuentren a su cargo, en cuyo caso se fija un aporte adicional del uno y medio por ciento (1.5%) por cada una de las personas que se incluyan".

Art. 10.- "El carácter de beneficiario otorgado en el inciso a) del artículo 8 y en los incisos a) y b) del artículo 9 de esta ley subsistirá *mientras se mantenga el contrato de trabajo o la relación de empleo público y el trabajador o empleado reciba remuneración del empleador, con las siguientes salvedades*:

a) *En caso de extinción del contrato de trabajo,* los trabajadores que se hubieran desempeñado en forma continuada durante más de tres (3) meses mantendrán su calidad de beneficiarios durante un período de tres (3) meses, contados de su distracto, sin obligación de efectuar aportes;

b) *En caso de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable,* el trabajador mantendrá su calidad de beneficiario durante el plazo de conservación del empleo sin percepción de remuneración, sin obligación de efectuar aportes;

c) ***En caso de suspensión del trabajador sin goce de remuneración,*** mantendrá su carácter de beneficiario durante un período de tres (3) meses. Si la suspensión se prolongare más allá de dicho plazo, podrá optar por continuar manteniendo ese carácter, cumpliendo con las obligaciones del aporte a su cargo y de la contribución a cargo del empleador;

d) *En caso de licencia sin goce de remuneración por razones particulares del trabajador,* podrá optar por mantener durante el lapso de la licencia la calidad de beneficiario cumpliendo con las obligaciones de aportes a su cargo y contribución a cargo del empleador;

e) *Los trabajadores de temporada*, podrán optar por mantener el carácter de beneficiarios durante el período de inactividad y mientras subsista el contrato de trabajo cumpliendo durante ese período con las obligaciones del aporte a su cargo y de la contribución a cargo del

empleador que establece la presente ley. Este derecho cesará a partir del momento en que, en razón de otro contrato de trabajo, pasen a ser beneficiarios titulares en los términos previstos en el artículo 8 inciso a) de la presente ley;

f) *En caso que el trabajador deba prestar servicio militar obligatorio por llamado ordinario, movilización o convocatorias especiales,* durante el período que no perciba remuneración por esta causa mantendrá la calidad de beneficiario titular, sin obligación de efectuar aportes;

g) *La mujer que quedare en situación de excedencia*, podrá optar por mantener su calidad de beneficiaria durante el período de la misma, cumpliendo con las obligaciones del aporte a su cargo y de la contribución a cargo del empleador que establece la presente ley;

h) *En caso de muerte del trabajador*, los integrantes de su grupo familiar primario mantendrán el carácter de beneficiarios, por el plazo y en las condiciones del inciso a) de este artículo. Una vez vencido dicho plazo podrán optar por continuar en ese carácter, cumpliendo con los aportes y contribuciones que hubieren correspondido al beneficiario titular. Este derecho cesará a partir del momento en que por cualquier circunstancia adquieran la calidad de beneficiarios titulares prevista en esta ley.

En los supuestos precedentes, el mantenimiento de la calidad de beneficiario del *trabajador en relación de dependencia se extiende a su respectivo grupo familiar primario.*

3º. Ley 23.849: "Convención sobre los derechos del niño", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, Estados Unidos de América, el 20/11/1989)

Los Estados partes en la presente Convención, de conformidad con los principios de libertad, justicia y paz en el mundo, reconocen la dignidad intrínseca, los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición;

Convencidos que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad;

Se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión;

El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad;

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial;

El "niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento";

Se reconoce que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionales difíciles y necesitan especial consideración;

Es necesaria la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

Art. 1º.- "... se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Art. 2º.- "Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o la creencia de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

Art. 3º.- "Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá, será el interés superior del niño".

Art. 7º.- "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

Art. 15.- "Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas".

Art. 26.- "Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional".

Art. 32.- Se reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

a) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo".

La República Argentina, ratificó la Convención con las siguientes reservas:

Art. 1º.- "Debe interpretarse que se entiende por niño, todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad".

Art. 24 inc. f: "Las cuestiones vinculadas con la planificación familiar, atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, es obligación de los Estados, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable".

Art. 38º.- "Considera que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno, del art. 41, continuará aplicando en la materia" (art. 2º ley 23.849).

4º. Ley de asignaciones familiares 24.714 (B.O., 18/10/1996)

Beneficia también únicamente al trabajador dependiente, o su cónyuge en el supuesto de separación, a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Art. 6º.- "Se establecen las siguientes prestaciones:

a) Asignación por hijo.

b) Asignación por hijo con discapacidad.

c) Asignación prenatal.

d) Asignación por ayuda escolar anual para la educación básica y polimodal.

e) Asignación por maternidad.
f) Asignación por nacimiento.
g) Asignación por adopción.
h) Asignación por matrimonio".

Art. 7º.- "La asignación por hijo consistirá en el pago de una suma mensual por cada hijo menor de 18 años de edad que se encuentre a cargo del trabajador".

Art. 8º.- "La asignación por hijo con discapacidad, consistirá en el pago de una suma mensual que se abonará al trabajador por cada hijo que se encuentre a su cargo en esa condición, sin límite de edad, a partir del mes en que se acredite tal condición ante el empleador. A los efectos de esta ley se entiende por discapacidad la definida en la ley Nº 22.431, artículo 2°".

Art. 9º.- "La asignación prenatal, es el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonará desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo. Este estado debe ser acreditado entre el tercer y cuarto mes de embarazo, mediante certificado médico. Para el goce de esta asignación se requerirá una antigüedad mínima y continuada en el empleo de tres meses".

Art. 10.- "La asignación por ayuda escolar anual, es el pago de una suma de dinero que se hará efectiva en el mes de marzo de cada año. Esta asignación se abonará por cada hijo que concurra regularmente a establecimientos de enseñanza básica y polimodal o bien, cualquiera sea su edad, si concurre a establecimientos oficiales o privados donde se imparta educación diferencial".

Art. 11.- "La asignación por maternidad, consistirá en el pago de una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo, que se abonará durante el período de licencia legal correspondiente. Para el goce de esta asignación se requerirá una antigüedad mínima y continuada en el empleo de tres meses".

Art. 12.- "La asignación por nacimiento de hijo, otorga derecho al pago de una suma de dinero que se abonará en el mes que se acredite tal hecho ante el empleador. Para el goce de esta asignación se requerirá una antigüedad mínima y continuada de seis meses a la fecha del nacimiento".

5º. Ley 24.650 (B.O., 1/7/1996), ratifica el Convenio de la O.I.T. N º 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado por la sesión Nº 58 de la Conferencia General de la O.I.T., el 26/6/73, en Ginebra (rige desde el 19/6/1976), comprometiéndonos a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo infantil y, haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

6º.- Ley 24.716 (B.O., 25/10/96) consagra una licencia especial por nacimiento de un hijo con síndrome Down

Es una protección limitada al trabajador dependiente (público o privado), excluyéndose al trabajador autónomo.

Art. 1º.- "El nacimiento de un hijo con Síndrome de Down otorgará a *la madre trabajadora en relación de dependencia,* el derecho a seis meses de licencia sin goce de sueldo desde la fecha del vencimiento del período de prohibición de trabajo por maternidad".

Art. 2º.- "Para el ejercicio del derecho otorgado en el artículo anterior, la trabajadora deberá comunicar fehacientemente el diagnóstico del recién nacido al empleador con certificado médico expedido por autoridad sanitaria oficial, por lo menos con quince días de anticipación al vencimiento del período de prohibición de trabajo por maternidad".

Art. 3º.- "Durante el período de licencia previsto en el art. 1º, la trabajadora percibirá una asignación familiar cuyo monto será igual a la remuneración que ella habría percibido si hubiera prestado servicios. Esta prestación será percibida en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que corresponden a la asignación por maternidad".

7º.- Declaración Sociolaboral del Mercosur (Río de Janeiro, Brasil, 10/12/1998)

Compartiendo con Gerardo Corres, esta Declaración, constituye el primer hito fundamental en el campo de las relaciones laborales en el Mercosur. Es constitutiva de derechos, contiene las garantías fundamentales de los trabajadores, obligando a los Estados a su respeto. Posee también normas de administración del trabajo, que generan responsabilidades para los Estados frente a los trabajadores, a tal fin crea el "Consejo de Seguimiento", para el efectivo cumplimiento de los pactos. ("La revalorización de las decisiones políticas en el ámbito del Mercosur", Revista de Relaciones Internacionales de la Universidad de La Plata, 1997).

Con el título "Trabajo infantil y de menores", el art. 6º regula el trabajo de los menores:

1. "La edad mínima de admisión al trabajo será aquella establecida conforme a las legislaciones nacionales de los Estados Parte, no pudiendo ser inferior a aquella en que cesa la escolaridad obligatoria".

2. Los Estados Parte se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo infantil y a la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo".

3. "El trabajo de los menores será objeto de protección especial por los Estados Parte, especialmente en lo que concierne a la edad mínima para el ingreso al mercado de trabajo y a otras medidas que posibiliten su pleno desarrollo físico, intelectual, profesional y moral".

4. La jornada de trabajo para esos menores, limitada conforme a las legislaciones nacionales, no admitirá su extensión mediante la realización de horas extras ni en horarios nocturnos".

5. "El trabajo de los menores no deberá realizarse en un ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar el pleno desarrollo de sus facultades física, mentales y morales".

6. "La edad de admisión a un trabajo, con alguna de las características antes señaladas no podrá ser inferior a los 18 años".

8º.- Ley 25.129 Pacto Federal del Trabajo (BO., 30/6/2000)

En el Anexo IV se consagra el "Programa Nacional de Acción en Materia de Trabajo Infantil"**;** toma en cuenta la propuesta aprobada en octubre noviembre de 1993, en el Seminario Nacional sobre Trabajo Infantil, organizado conjuntamente por la O.I.T., Nations, Children's Fund (UNICEF), el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, y el Consejo Federal del Trabajo intervendrán en los planes, programas, y acciones destinados a la erradicación del trabajo infantil, optimizando el funcionamiento de las estructuras existentes y destinadas a tal fin**.**

1. El trabajo infantil es una realidad cotidiana de larga data cuya magnitud, características y tendencias son insuficientemente conocidas. Contribuyen a esta situación, su relativa invisibilidad, así como la diversidad y complejidad de sus formas. Por otra parte, el trabajo infantil no es reconocido por todos de la misma manera, existiendo diferencias a este respecto entre las instituciones oficiales, las no oficiales, los padres de familia y los propios niños, lo que acrecienta su ocultamiento.

2. Los instrumentos estadísticos usuales no consideran el trabajo infantil de manera específica, lo que dificulta su conocimiento. Asimismo, ciertas formas de trabajo infantil de alto riesgo personal y social, como la mendicidad, el comercio de drogas y la prostitución, no son captadas por esos instrumentos.

3. Se requieren estudios apropiados y permanentes de la cuestión, que comprendan investigaciones estadísticas y en profundidad de las modalidades y situaciones características del trabajo infantil, con la finalidad de conocer de manera exhaustiva sus formas, dimensiones, tendencias e implicaciones.

4. El trabajo infantil, salvo aquel que se realiza en el seno familiar y en condiciones de trabajo apropiadas, se lleva a cabo en la precariedad, tanto en cuanto a su contenido como en lo relativo al contexto legal.

5. El trabajo infantil es particularmente importante en las actividades informales urbanas y en segundo lugar en las actividades rurales, pudiendo estar vinculado a actividades productivas formales.

6. La principal causa del trabajo infantil es la pobreza y su consecuencia natural: la inestabilidad familiar. Las familias que la afrontan se ven obligadas muchas veces a recurrir al trabajo de todos sus miembros, inclusive a los de escasa edad. Más específicamente, a los ingresos que el niño puede percibir como asalariado o como trabajador independiente, o generar como ayudante -no remunerado- de sus familiares, en el trabajo a domicilio o las tareas agrícolas.

7. Se recurre al trabajo infantil porque no se conoce o no se tiene otra opción. Así sucede con frecuencia en el caso de la contribución del niño a actividades productivas que tienen lugar en el hogar o la parcela familiar. En otros casos, cuando trabajan a destajo, en particular si son remunerados con bajas tarifas, los padres o familiares del niño suelen recurrir a la ayuda de éste, conforme parecería ser bastante usual entre las familias de trabajadores o de jornaleros agrícolas.

8. En el caso del niño que ha roto sus vinculaciones familiares, el trabajo es una opción individual e ineludible.

9. Entre las implicaciones del trabajo infantil, deben subrayarse en primer término aquellas relativas a la educación y la formación profesional del niño. El trabajo infantil puede dar lugar al analfabetismo absoluto o al analfabetismo funcional, provocar la deserción escolar, fomentar el ausentismo a clases o la impuntualidad en la asistencia a éstas y contribuir a la repetición de grado y a una baja calidad del aprendizaje.

10. El trabajo infantil es una importante fuente de peligro para la integridad y el desarrollo físico, psíquico y social del niño, deteriora muchas veces su salud y puede ser riesgoso para su vida. El niño que trabaja habitualmente para subsistir, cuando lo hace en malas condiciones o no concurre a la escuela o no prosigue sus estudios, está hipotecando su futuro. Debido a ello se hipoteca al mismo tiempo el futuro del país.

11. Al dificultar o impedir la calificación, y restringir consiguientemente las oportunidades de empleo y la movilidad ocupacional del futuro trabajador adulto, el trabajo infantil contribuye a la amplificación y la perpetuación del círculo de la pobreza.

12. Los niños que deben ser atendidos con prioridad son los que realizan trabajos o tareas que impiden u obligan a la interrupción del ciclo de educación formal; y los que realizan tareas o trabajos que ponen en riesgo la salud y el desarrollo psico-social de quienes lo ejecutan; y fundamentalmente, los que se ven forzados -por razones estructurales u otras causas- a realizar trabajos o tareas de elevado riesgo social: esclavitud y similares, la venta y trata de niños, el trabajo forzoso u obligatorio, incluidas la servidumbre general y por deudas, la utilización de

niños en la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, en espectáculos o materiales pornográficos, y el empleo de niños en cualquier tipo de trabajo que, por sus características o las circunstancias en que se efectúa pueda poner en peligro su salud, su seguridad o su moral.

13. Este programa tiende a establecer y poner en ejecución una estrategia nacional destinada a prevenir y erradicar el trabajo infantil, en particular aquel que es de elevado riesgo social o perjudicial para quien lo ejecuta, y a proteger a los niños que trabajan.

17. Sería conveniente la elaboración de una nueva legislación para la infancia que se adecue a los derechos del niño, que han adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 y que sea de orden público en todos sus aspectos. Asimismo, se debería considerar la unificación o codificación de las diferentes disposiciones vigentes en materia de trabajo infantil, la revisión o derogación de aquellas que sean inapropiadas o inconsistentes y la inclusión de las que se impongan para la consecución de los objetivos propuestos.

18. En materia de inspección del trabajo, es de gran utilidad la tarea preventiva, como el concurso de la sociedad civil. La dotación de personal calificado, de recursos suficientes y capacitación específica en materia de trabajo infantil son elementos de fundamental importancia para una inspección eficaz.

19. Se requiere educar para el trabajo, considerando en los programas y los métodos de estudio los requisitos del mercado de trabajo, que el alumno aprenda a trabajar en el marco de programas educativos, en especial una escuela o institución de formación.

20. Un esfuerzo particular debería ser realizado en favor de la reintegración en la escuela de los niños que la han abandonado, así como la prevención del abandono, mediante programas educativos destinados a apoyar la construcción de los conocimientos que se requieran o el refuerzo del aprendizaje escolar.

21. Deberían agotarse las posibilidades de reinserción escolar del niño trabajador, especialmente en las áreas rurales, que ha abandonado el ciclo de educación formal, inclusive mediante la adopción de una posición flexible en lo relativo a la correspondencia entre edades y grados escolares, así como en el calendario escolar. Cuando el niño no pueda ser reintegrado debido a la importancia de su déficit en conocimientos o retraso escolar, debería realizarse un esfuerzo especial para otorgarle una formación profesional, tanto de base como especializada.

22. Los programas educativos, destinados a sectores sociales que afrontan la pobreza extrema, necesitan una articulación apropiada y permanente con programas de promoción social que favorezcan la retención escolar, como es el caso del suministro de alimentos básicos de la medicina escolar, la recreación y el deporte.

23. Se debería incorporar a la currícula escolar el conocimiento de los derechos de los niños en materia de protección contra la explotación económica, inclusive la legislación; los riesgos del trabajo infantil; las alternativas existentes a éste, y las instituciones y los mecanismos a los que se puede invocar en búsqueda de información y protección.

24. Programas educativos específicos, destinados a las familias de los alumnos, deberían incorporar los mismos contenidos.

24. La actividad laboral es una importante fuente de riesgo para la salud y la integridad del niño. Dada su fragilidad, inexperiencia y falta de información o de conocimientos sobre la materia, el niño afronta riesgos laborales mayores que los del trabajador adulto que ejecuta tareas similares. Incluso aquello que usualmente no constituye un riesgo para un adulto, representa un grave peligro para el niño.

25. Una incorporación prematura en el trabajo ocasiona un desgaste precoz y la aparición temprana de patologías crónicas. Así sucede incluso cuando el niño realiza tareas ligeras, si las lleva a cabo antes de la edad apropiada o durante un número de horas excesivo, más aun teniendo en cuenta que realiza al mismo tiempo actividades domésticas y escolares. El niño es particularmente sensible a las condiciones de vida y al ambiente de trabajo.

27. Promover efectivamente una amplia discusión en el ámbito nacional acerca de la situación actual, las tendencias, las formas y las implicaciones para el niño y la sociedad del trabajo infantil, así como sobre las posibles soluciones a los problemas que se plantean en este campo. Tienen un papel importante, las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y los medios de comunicación social.

9º.- Ley 26.061 (B.O., 12/1999) Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Procura garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales que la Nación sea parte. (art. 1º)

La norma es de orden público, de aplicación obligatoria, irrenunciable, interdependiente, indivisible e intransigible, con vigencia en todo el territorio de la República Argentina, aplicándose en los trámites administrativos, judiciales o de cualquier naturaleza respecto de las personas hasta los 18 años de edad. (art. 2º).

En caso de conflicto entre los derechos e intereses de las personas protegidas en la ley, "frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos" prevalecerán los atinentes a los menores hasta 18 años. (art. 3º)

Los organismos del Estado tienen la responsabilidad y obligatoriedad indelegable de controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas establecidas en esta ley, garantizando con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. (art. 5º)

Además de la responsabilidad estatal, también son responsables de hacer cumplir esta ley *la comunidad*, por motivo de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa; *la familia de los menores protegidos, en particular el padre y la madre* especialmente respecto al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. (art. 7º)

Los menores protegidos tienen derecho a la vida (art. 8º), a la dignidad y a la integridad personal (art. 9º), a la identidad (art. 11); a la garantía estatal de identificación e inscripción gratuita, obligatoria, oportuna e inmediata desde el nacimiento en el registro del Estado y capacidad de las personas (art. 12); a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad (art. 13); al acceso a los servicios de salud, programas de asistencia integral, rehabilitación e integración (art. 14); a la educación pública y gratuita, respetando su identidad cultural, lengua de origen, libertad de creación y desarrollo de sus competencias individuales, fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto de los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente (arts. 15 y 16); prohibición de ser discriminados por el embarazo, maternidad o paternidad, y a la protección de tales situaciones (arts. 17 y 18); derecho a expresar libremente sus ideas, creencias o culto religioso (art. 19); a participar en los programas de recreación, esparcimiento y deportes como también a programas para menores con capacidades especiales (art. 20); derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 21); a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen (art. 22); a asociarse libremente con otras personas o a entidades con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole siempre que sean de carácter lícito y conforme a las leyes vigentes (art. 23); participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y tengan interés (art. 24).

Impone a los organismos del Estado a garantizar a los menores de 18 años, el derecho a trabajar -con las restricciones de la legislación vigente y los convenios internaciones sobre erradicación del trabajo infantil- debiendo ejercer el Estado el poder de policía contra la explotación laboral de los menores de 18 años (art. 25); como también son acreedores a los beneficios de la seguridad social, a cuyo fin el Estado establecerá políticas y programas de inclusión para los menores de 18 años, y a las personas que sean responsables de su mantenimiento (art. 26).

El funcionario que no cumpla efectivamente las disposiciones legales, será pasible a las sanciones previstas en el Código Penal de la Nación (art. 40).

Prospectiva

Siguiendo y actualizando las conclusiones del Tercer Congreso, nos permitimos propiciar las siguientes reformas:

1º.- Establecer un texto similar en el Código Civil y en la Ley de Contrato de Trabajo;

2º.- Queda prohibido el trabajo de los menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, sea o no remunerado.

3º.- Toda ley, convenio colectivo de trabajo (CCT), o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en esta ley, *se considera modificada por esta norma*.

4º.- Las menores, desde los dieciocho (18) años pueden celebrar contrato de trabajo.

5º.- Las menores entre los dieciséis (16) años y los dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores.

6º.- Se presume tal autorización cuando el menor (de 16 a 18 años), viva independientemente de sus padres, responsables o tutores.

7º.- Los menores, desde los dieciséis (16) años, están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo, y hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que dispongan las leyes procesales locales, debiendo cumplirse lo establecido en el art. 27 de la ley 26.061 (Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes).

8º.- Por ninguna causa podrán abonarse salarios inferiores a los fijados en la ley o CCT, salvo las reducciones para aprendices, o quienes cumplan jornadas de trabajo reducidas, no impuesta por la calificación de acuerdo a lo dispuesto en la legislación del trabajo

9º.- El régimen de aprendizaje y orientación profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis (16) años hasta los dieciocho (18) años estará regida por la legislación del trabajo, o la que al efecto se dicten.

10.- Está prohibido ocupar personas de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro. Los mayores de catorce (14) años y menores de a los dieciséis (16) años, podrán ser ocupadas en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas no superior a las tres (3) horas diarias y las quince (15) horas semanales, siempre que no sean tareas penosas, peligrosas o insalubres, y permitan cumplir con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor, que pretenda acogerse a esta excepción, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral local.

11.- Cuando la empresa del padre, madre o tutor se encuentre subordinada económicamente, fueren contratistas o proveedoras de otra empresa no se otorgará la autorización para el trabajo de menores de catorce (14) años.

12.- No podrá ocuparse a personas de dieciséis (16) a dieciocho (18) años en ningún tipo de tareas durante más de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales. La distribución desigual de las horas laborables no podrá superar las siete (7) horas diarias.

13.- La jornada de menores mayores de dieciséis (16) años, previa autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción, podrá extenderse a ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) semanales.

14.- No se podrá ocupar a personas menores de dieciocho (18) años en trabajos nocturnos, entre las veinte (20) y las seis (6) horas del día siguiente. En los establecimientos fabriles que desarrollen tareas en tres turnos diarios -que abarquen las veinticuatro (24) horas del día- el período de prohibición absoluta en cuanto al empleo de menores, la prohibición del trabajo nocturno será entre las veintidós (22) y las seis (6) horas del día siguiente, sólo para los menores mayores de dieciséis (16) años.

14. Queda prohibido encargar a los menores de dieciocho (18) años, la ejecución de trabajos a domicilio, en algún local u otra dependencia de la empresa, como parte del contrato de trabajo.

15. Las situaciones particulares o especiales, en función de las características de la actividad, serán regulados por los convenios colectivos del trabajo (CCT).

Conclusión

Haciendo nuestros, conceptos de María del Carmen Piña, conviene reflexionar sobre ***la protección*** a través de la prohibición y límites.

Los mecanismos de protección concretos están contenidos en la ley, por lo que resulta deseable que pueda ser complementada.

La ley es un eje, reconociendo límites al esquema de capacidades o aptitudes para hacer o dejar de hacer, bastante reduccionista, consciente de lo defectuoso que resulta encontrar otro modelo que supere las reducciones (ej., normas del Código Civil en relación a la capacidad de hecho y de derecho).

Con agudeza notable, el querido maestro de feliz memoria, Américo Plá Rodríguez, escribió que la situación de insinceridad e incumplimiento de las normas puede tener doble origen:

"1º.- La adopción de los modelos inadecuados: es más fácil copiar un texto aprobado en otro país, o preparado por un prestigioso especialista, que emprender una labor progresiva, paciente, de implantar las mejoras sociales que sean asimiladas por el medio o susceptibles de ser cumplidas en la realidad.

No es posible ni aconsejable pasar súbitamente de una situación defectuosa e insuficiente a un régimen muy perfecto, porque las condiciones necesarias para que las normas se cumplan, no se dan en la realidad.

2º.- La despreocupación por el cumplimiento... hay gobiernos que se satisfacen con la aprobación de un código o de una gran ley que pueden exhibir en congresos internacionales o invocar ante la O.I.T. y, con ello se dan por cumplidos, se revela que no hay voluntad real de llevarlos a la práctica".

Denunciaba el cumplimiento que deriva de la deficiencia de la administración del trabajo, poniendo énfasis en que para lograr una aplicación efectiva de las normas laborales, no sólo deben existir eficientes medios de vigilancia, contralor o inspección, sino que debe haber también servicios de información, difusión, consulta y asesoramiento.

Su crítica a las normas ineficaces fue más dura aún, al referirse a aquellos que han dicho que de todos modos, las normas avanzadas -aunque no se apliquen, cumplen una función educativa indirecta-. Los aspectos negativos son muy superiores, porque acostumbran al incumplimiento del derecho vigente, constituyen un factor de descontento y de inestabilidad institucional

Para el jurista uruguayo Héctor Hugo Barbagelata, la *"tara de inanidad"*, arrastra al derecho positivo, a vista y paciencia de todos no se aplica. No pretendía negar ni el valor paradigmático, ni la significación moral, ni los beneficios prácticos que puedan tener los progresos manuscritos; es preferible siempre el riesgo de una legislación ineficaz o de meros progresos manuscritos, a la certidumbre de ningún progreso, ni siquiera en las ideas [13].

Hay que tener en cuenta que nuestros hijos viven en el mismo mundo que nosotros, por lo tanto hay una sola manera de trabajar con responsabilidad: cada innovación y creación, cada proyecto y proceso que desarrollamos, reflejan nuestra misión y compromiso de gestionar positivamente el impacto de nuestra actividad en la sociedad, y las generaciones que nos sucedan puedan mirar hacia atrás con orgullo, y aprender de nuestro ejemplo.

Debemos aplicar la máxima *"Que el hombre sepa que el hombre puede"*; las empresas más audaces y difíciles suelen convertirse en realidad, cuando son encaradas a partir de un acto profundo de fe y confianza, en las propias fuerzas espirituales y físicas.

Concluimos con pensamientos del Papa Benedicto XVI: *"El principio de subsidiaridad debe mantenerse íntimamente unido al principio de solidaridad y viceversa, porque así como la subsidiaridad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiaridad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado... para ello se necesitan ojos nuevos y un corazón nuevo, que superen la visión materialista de los acontecimientos humanos y vislumbren en el desarrollo ese 'algo más', que la técnica no puede ofrecer. Por este camino se podrá conseguir el desarrollo humano e integral, cuyo criterio orientador se halla en la fuerza impulsora de la caridad en la verdad"* [14].

NOTAS:

[1] Cabanellas, *Contrato de trabajo. Parte General*, vol. I, pág. 586.

[2] Martínez Vivot, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1981, pág. 12.

[3] Cabanellas, op. cit., pág. 378.

[4] "Identificación de las formas intolerables de trabajo infantil", en Revista Trabajo, de la O.I.T. Nº 18/06.

[5] Martínez Vivot, op. cit., pág. 14.

[6] Telam, "Los resultados de la lucha contra el trabajo infantil", 17/6/08.

[7] "Trabajo de menores", en Revista Derecho Laboral y Seguridad Social, Nº 9, de mayo 2009, pág. 765.

[8] B.O., 6/9/1905.

[9] Alejandro Unsain, "Mujeres y menores" en J.A., sección Doctrina, XV-126.

[10] Martínez Vivot, op. cit., pág. 21; B.O., 20/9/1974.

[11] Néstor Sagüés, op. cit. pág. 19.

[13] María Estela Piña, en "La ley 26.390 y los claroscuros de su eficacia".

[14] Papa Benedicto XVI, Carta encíclica, *La caridad en la verdad*, julio de 2009.

ACERCA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON PATOLOGÍAS PSÍQUICAS (a partir de un debate en el II Congreso Nacional de Derecho Civil)

por RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN

SUMARIO: 1. Planteo. 2. La cuestión de la incapacidad. 3. La separación de norma y doctrina. 4. ¿Incapacidad absoluta y relativa? 5. El debate se caldea. 6. Hacia formas de interdicción personalizada. 7. Prodigalidad y patología psíquica. 8. Los ciegos de nacimiento. 9. Conclusión.

1. Planteo

La enorme vastedad del tema que para esta obra conjunta me fuera generosamente indicada y la escasez del tiempo disponible, me impusieron como solución de hierro la obligación de restringirme.

Así, como por encima de todo me gusta la historia, he resuelto tomar uno de los Congresos Nacionales de Derecho Civil en particular, que es a mi juicio tal vez el más interesante, el Segundo, de 1937, y dentro de él, trabajar el debate acerca de la modificación de los tipos de capacidad y de la propuesta interdicción de los pródigos, los ciegos de nacimiento y los consumidores de estupefacientes.

Como se podrá observar, esta polémica, protagonizada por varios de los más ínclitos civilistas del momento, no tiene desperdicio, y permite vislumbrar las ideas que por entonces se esgrimían con relación a diversas aristas de la temática inherente a la situación jurídica del enfermo psíquico. Sus aportes exceden de la mera delicia gnoseológica que toda reconstrucción del pasado proporciona, para brindar también aportes a las contiendas y los dilemas actuales.

Vamos al debate, pues.

2. La cuestión de la incapacidad

En la sesión del 3 de noviembre de 1937, el presidente Héctor Lafaille invitó a escuchar las conclusiones relativas al tema del día. Este se cifraba en la pregunta acerca de la conveniencia de suprimir, como lo hiciera (según se aducía, porque veremos que el punto no era claro) el proyecto de reformas al Código Civil del año anterior, en su art. 24, la distinción entre incapacidad absoluta y relativa de hecho y establecer la inhabilitación de los pródigos, de los que hacen uso habitual de estupefacientes y de los ciegos de nacimiento [1].

La comisión encargada de trabajar este asunto, integrada por Juan Agustín Moyano [2], Ernesto J. Tissone [3], Mauricio A. Ottolenghi [4], Enrique V. Galli [5] y Arturo Barcia López [6] emitió la siguiente declaración, que recomendó aprobar: "Que no considera necesario el restablecimiento de la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa". Y agregaba: "Que tampoco considera necesaria la inclusión en forma especial entre los incapaces, del pródigo, del ciego de nacimiento y de la persona que hace uso habitual de estupefacientes" [7].

Expuso en defensa de esta posición Galli, en los siguientes términos: *"la incapacidad de hecho, sea absoluta o relativa, supone, como decía Freitas, una imposibilidad física o moral de obrar por sí mismo. Su naturaleza, por lo tanto, es idéntica. Apenas puede haber en los dos grados de la clasificación una diferenciación cuantitativa. Los incapaces absolutos de hecho, sólo pueden realizar muy contados actos con efecto jurídico. Los incapaces relativos de hecho, también pueden realizar un número algo mayor, pero igualmente limitado de actos válidos"*.

Como se destacaría luego, no todos los incapaces absolutos de hecho "pueden realizar muy contados actos con efecto jurídico". Los *nascituri* no pueden concretar ninguno, y los impúberes muy pequeños tampoco, al igual que las personas afectadas por patologías que generan

enclaustramiento (comatosos, autistas, etc.) o graves daños cerebrales (microcéfalos, retrasados mentales severos, etc.).

Además, la cuestión de los "pequeños actos de la vida civil" realizados por los incapaces absolutos, es muy discutible. En general, se trata de negocios nimios, cuya nulidad nunca ha sido planteada judicialmente, porque nadie posee el suficiente interés. Pero esa insignificancia no los convalida, sólo lleva a su tolerancia [8].

Prosiguió Galli: *"La determinación precisa del alcance y de los efectos de cada uno de los términos de esta clasificación, no depende, por lo tanto, de la denominación genérica que se le atribuye, sino de las disposiciones concretas y expresas que determinan su extensión y su límite"*. Y agregó*: "El Proyecto no ha destruido la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa, aunque no la reproduzca"*.

Así planteado, el asunto se reducía a una mera cuestión de nombres y de enunciados normativos. El jurista era consciente de ello: *"El problema que se plantea es un problema teórico de denominación. Del mismo modo que no se considera necesario que la capacidad de hecho se clasifique en el Código en absoluta y relativa para poner, frente a frente, la posición de los mayores de edad y de los menores emancipados, no parece necesario que la diferenciación se introduzca en los casos de incapacidad. La clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa, siempre interesará a la doctrina, pero un Código no la necesita"*.

3. La separación de norma y doctrina

Esta idea que campeaba en el discurso de Galli, de que un cuerpo normativo no es el sitio de la doctrina, era muy acorde al positivismo tardío de los años treinta. Es una postura metodológica que permaneció hasta hoy. En las líneas decimonónicas de la codificación, en cambio, el criterio era muy distinto. No se preocuparon por este deslinde ni Andrés Bello, ni Augusto Teixeira de Freitas, ni Dalmacio Vélez Sársfield.

En realidad, la mixtura entre doctrina y norma es de muy rancia y noble prosapia en la tradición romanística, pues hunde sus raíces en los privilegios dados a ciertos juristas de responder con la autoridad del príncipe, y cuaja en el *Digesto*, sin dudas, la obra culminante de la ciencia del derecho antigua, de inigualadas proyecciones sobre las respuestas posteriores, hasta la actualidad. Las mismísimas *Siete Partidas* pueden ser interpretadas más como obra de doctrina con poder vinculante que como conjunto de "leyes" en el sentido actual del término (más allá del vocabulario usado en la Edad Media, que contemplaba otro marco semántico).

Pero la exigencia comtiana, de origen empirista, de aventar del campo científico todo lo que no fuera fenoménico, es decir, objetivamente comprobable, fulminaría esa vieja alianza, imponiendo el paradigma, que la "teoría pura" terminaría de afianzar, de un sistema de normas tan técnico y mecánico como el lenguaje lo permitiera. Y la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen, no lo olvidemos, había aparecido apenas dos años antes del Proyecto, y tres del Congreso.

4. ¿Incapacidad absoluta y relativa?

En definitiva, el planteo de la Comisión era claro: el establecimiento normativo de la incapacidad de hecho absoluta carecería de sentido, y por contrapartida lógica, la relativa también. En definitiva, toda incapacidad generaría un marco base de invalidez jurídica de los negocios, susceptible de apreciación judicial en casos concretos. Por supuesto, esta apreciación sería siempre *a posteriori* de los actos en cuestión.

Esta postura, por un lado, parecía abrirse a la consideración de un margen de potencia activa para los incapaces, incluso los que en la terminología del Código vigente eran absolutos. Pero, por otra parte, tal apertura no se muestra muy amplia. En realidad, al cerrarse el camino a la incapacidad relativa, como forma intermedia, se estaba propendiendo de hecho, según

semeja, y con la mejor de las intenciones, a un endurecimiento de las condiciones de las personas con patologías mentales.

También son de cuño positivista, y muy acordes a la época, las observaciones que, acto seguido, Galli vierte para fundamentar el rechazo de la Comisión a *"la inclusión entre los incapaces del pródigo, del ciego de nacimiento y del que usa habitualmente estupefacientes"*.

Dos son los pilares en que este jurista (único que reunía una representación tripartita en el Congreso) basa su argumento. De una parte, su satisfacción con el "texto amplio del artículo 46 del Proyecto, cuando legisla la interdicción [9] de las personas con insuficiencia, desequilibrio o debilitación de sus facultades, que no se hallan en condiciones de dirigirse a sí mismos o de manejar sus negocios".

Por otro lado, el hecho de que la interdicción de esas tres categorías de personas "significa que basta la sola condición de tales para considerarlos incapaces". En otras palabras: *"Si la prodigalidad exterioriza un estado de debilitamiento mental o cualquier forma demencial más seria; si la ceguera de nacimiento va agregada a un desarrollo precario de otras funciones cerebrales; si el uso de estupefacientes lleva al desequilibrio psíquico, sólo tendremos casos de aplicación del artículo 46, que tiene sobre el detalle que se propone, la ventaja de ser general"* [10].

Esta postura exterioriza el positivismo biológico en boga por esos años. La variable a atender habría de ser el daño mental. Nada más. Las consideraciones morales quedan fuera. Con gracejo, Galli se embarca luego en una demostración oratoria de que, en el caso concreto del pródigo, lo que el ordenamiento castigaría sería en realidad su mala suerte en el juego, o su falta de destreza como tahúr [11]. Para acabar en una velada defensa de la prodigalidad ("La persona que dilapida sus bienes, siquiera desde el punto de vista económico, acrecienta la circulación de la riqueza"), como contraria a la mezquindad [12].

Sobre un andamiaje semejante, en cuanto a que, si no hay además una patología mental asociada, no cabe la incapacidad, descarta la Comisión la curiosa propuesta de interdicción del ciego de nacimiento. Con agudeza destaca Galli que aquí se presentaría, además, un serio problema probatorio, consonante con la paradoja de que, si la ceguera surgiese un minuto después del alumbramiento, ya no habría incapacidad por esta causal. El jurista defiende así al proyecto y a la tradición local: *"hemos tenido la suerte, por la certera visión de Vélez Sársfield, de salvarnos del problema de la viabilidad, que soportó el derecho francés hasta encontrar el acierto de suprimirlo con un juego de presunciones. No creemos setenta años después la misma dificultad"* [13].

Galli terminó de hablar entre gritos de *"¡Muy bien, muy bien!"* proferidos por los presentes, y tomó la palabra Pedro León [14]. El jurista cordobés destacó la subsistencia en el proyecto de concretas aplicaciones de la idea de relatividad de la incapacidad de hecho (*"la Comisión ha reproducido el art. 921 del Código vigente, que fija como edad para el discernimiento en los actos ilícitos la edad de diez años, y catorce en los lícitos. Ha atribuido a los menores adultos la misma suma de derechos que ya poseen en el Código vigente. Cuando se legisla en el Proyecto a propósito de las nulidades, se ha diferenciado los actos confirmables de los inconfirmables, y la posesión del discernimiento puede ser una base muy eficaz para la confirmación en ciertos casos y para la inadmisibilidad de la confirmación en otros. El mismo artículo que se refiere a los incapaces de hecho, hace alusión en su último párrafo a las mujeres casadas, considerándolas como incapaces relativas"* [15]).

Acto seguido, elogió la posibilidad, que con espíritu pionero introdujera el esbozo de 1936, de *"que el juez que declare la interdicción puede autorizar al incapaz, con la anuencia de su curador, para que realice algunos actos de administración, en que ya obrará el incapaz asistido por el curador, y no meramente representado por éste"* [16]. Propuesta antecesora de la inhabilitación que trajera la ley 17.711 más de tres décadas después, y enderezada en el camino, que hoy se procura cada vez más, de la personalización de cada interdicción.

La diferencia entre incapaces absolutos y relativos, pues, era para León algo *"que está en la naturaleza misma de los hechos jurídicos"*, y por tanto no podría ser ignorado. Lo único que

la propuesta reformadora habría hecho es omitir las palabras. A la clasificación, *"lo que ha hecho es no mencionarla; la mantiene, pero no la menciona"* [17]. Y el expositor cree que debe mantenérsela, siquiera en aras de su tradicional presencia en nuestro medio. Es útil, es conveniente, aduce (aunque sin demostrar el punto). O, por lo menos, "es algo que no es inútil".

Y *"está ya incorporada a nuestras costumbres jurídicas, ha pasado a nuestra doctrina, ha sido objeto de los comentarios de los expositores del derecho civil argentino, de las resoluciones tribunalicias de todos estos últimos años, desde la sanción del Código hasta ahora"*. Este parece ser el meollo del argumento: la rancia tradición ya enraizada en la ciencia jurídica argentina.

De inmediato se alza en apoyo del civilista cordobés la voz de su coterráneo Alfredo Orgaz [18]. Para él, lo que ha habido es un cambio de nombres: se trata de los incapaces con discernimiento y sin discernimiento.

A Orgaz, en referencia al discurso de Galli, le *"parece extraño que se admite, siquiera como principio, que los incapaces absolutos -incapaces **sin discernimiento**- puedan realizar algunos actos con efectos jurídicos, si se advierte que estos actos, para tener tales efectos, deben ser voluntarios, es decir, realizados **con discernimiento**"*. A su juicio, *"al contrario, la regla es que ellos no pueden realizar por sí mismos ningún acto de la vida civil, salvo dos minúsculas excepciones que no pueden destruir la regla"*. Y éstas son *"de tan menuda significación, que no autorizan una afirmación general"* [19].

Con agudeza se apresura a descartar el caso de *"las personas por nacer y de los ausentes, respecto de los cuales no puede buscarse ninguna excepción a. su incapacidad absoluta"* (como adelantábamos). Pero *"en cuanto a los dementes declarados, también su incapacidad es realmente absoluta: no hay excepción alguna a considerar"* (una lástima que los viese de un modo tan monolítico). La única excepción serían los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, que según la ley de matrimonio civil pueden casarse si, por otros medios, expresan inequívocamente su voluntad.

"Esta excepción desaparece en el Proyecto, pues los sordomudos declarados incapaces son aquellos que no pueden darse a entender por escrito, ni de 'otra manera'", aclara Orgaz. *"Y en cuanto a los menores impúberes, su incapacidad se extiende también a todos los actos civiles, es decir, es absoluta, salvo respecto a la mujer la capacidad de contraer matrimonio desde los doce años de edad, excepción que también desaparece en el Proyecto, el cual fija el límite de dieciséis años para la mujer y dieciocho para el hombre..."* [20].

Con elegancia, el joven Orgaz, de apenas 37 años, estaba dando lección en pleno Congreso. El clima se caldeaba. Galli, casi un lustro mayor, tan activo y fogoso como su rival, no se queda quieto. Segundos antes, no había podido reprimir una intervención fugaz en el discurso del cordobés: *"Pero son excepciones"*, se había limitado a deslizar, cuando Orgaz se refiriera a las *"dos minúsculas excepciones que no pueden destruir la regla"*. Y a la intromisión del platense retrucó: *"Pero de tan menuda significación, que no autorizan una afirmación general"*.

Galli no está satisfecho. Aprovecha una pausa de Orgaz y se apresura: *"¿Me permite una brevísima interrupción?"* El cordobés acepta *"con mucho gusto"*. Se ha entablado un duelo de gigantes. Uno de aquellos debates que conllevan la potencia de tornar memorable una reunión científica. Dos profesores destacados. Dos de las mayores universidades del país. Dos hombres serios, comprometidos con la ciencia del derecho, cultores de principios. Ellos no lo saben, ninguno de los atentos espectadores de la confrontación puede imaginarlo. Pero esos dos grandes estarán ligados por la vida. Por la tristeza, cuando nueve años adelante ambos deban dejar las queridas aulas universitarias, uno en la urbe de Trejo y el otro en la de Rocha, por coherencia con sus ideas republicanas. Por la esperanza, cuando en 1955 ambos sean convocados por el gobierno provisional para integrar la nueva Corte Suprema federal, en cuyo seno serán compañeros por tres años, los últimos de Galli, que dejará este mundo mucho antes que Orgaz... Pero esto, que es pasado para nosotros, era futuro para ellos dos, aquel miércoles 3 de noviembre.

El profesor de La Plata anuncia que va a *"enumerar los casos que no ha enumerado el señor delegado"* Orgaz. Y aclara: *"Yo no he hablado de actos jurídicos; no he hablado de actos lícitos; me he referido a actos que pueden producir efectos jurídicos"*. Claro que esta rectificación (o esclarecimiento) es un poco extraña, porque para realizar tales actos (quizás hubiera sido más técnico decir "hechos humanos") no se requiere capacidad alguna.

"Desde los diez años se tiene discernimiento para los actos ilícitos", prosigue Galli. *"El menor mayor de diez años autor de un cuasi delito, realiza un acto que tiene efectos jurídicos. Y en el caso del matrimonio, la mujer menor de dieciséis años según el Proyecto, o de doce de acuerdo al Código actual, en éste con incapacidad absoluta, que se casa dando su consentimiento consuma una unión válida si ha concebido, porque ya no se puede pedir la anulación por defecto de edad"*. Estos son, pues, sus ejemplos. Y concluye*: "Admitamos que es muy poco, pero la incapacidad no es realmente absoluta"* [21].

Lejos de trastabillar en su postura, Orgaz se reafirma: *"Dije, y lo repito ahora que acabo de escuchar la interrupción del Dr. Galli, que las dos únicas excepciones a la incapacidad absoluta de las personas enumeradas por el art. 54 son esas dos que he señalado, y que no son, tampoco, comunes a todos los incapaces"*. Y, a mi juicio con total corrección, delimita: *"La que por su parte desea agregar el Dr. Galli, relacionada con la aptitud del menor impúber para cometer actos ilícitos desde los diez años de edad, no es asunto de incapacidad, evidentemente, en el sentido que aquí estamos considerando". Por lo tanto, considera que "queda en pie la afirmación fundamental de que los incapaces absolutos no pueden realizar por sí mismos ningún acto de la vida civil". Entonces, "los términos 'incapacidad absoluta' traducen realmente el verdadero estado de las cosas"* [22].

Los incapaces relativos (menores adultos, mujeres casadas, condenados a más de tres años de prisión o reclusión *"y, dentro del Proyecto, los débiles de espíritu"*) *"son personas con voluntad propia, porque poseen discernimiento, y pueden realizar actos voluntarios por sí mismos o asistidos por sus curadores"* [23].

Así que, por sentido contrario, los incapaces absolutos serían *personas sin voluntad propia*. Esto podría llegar a sostenerse de los aún no nacidos, de los niños muy pequeños y de los enfermos mentales muy graves. Pero difícilmente cabría para los menores de edad que han pasado la primerísima infancia, y mucho menos aún para quienes padecen la mayoría de las patologías psiquiátricas.

"El Proyecto ha cambiado, simplemente, de terminología, y emplea la de los códigos europeos modernos", concluye Orgaz. El se pronuncia en contra de esa mudanza. Prefiere que, como lo ha hecho el Brasil en su Código de 1916, se mantenga la clasificación vigente. *"Yo creo que cuando esta terminología nos es ya familiar por una aplicación de más de sesenta años del Código Civil, cuando durante todo ese tiempo hemos estado manejando los conceptos de incapacidad absoluta y relativa, cuando toda la jurisprudencia y la doctrina han girado alrededor de esta distinción, no hay objeto alguno de cambiar las palabras y poner otras nuevas que pueden favorecer la incertidumbre y la confusión"*.

Si bien se la observa, esta posición de Orgaz no estaba basada en un tradicionalismo vacío. No estaba diciendo que la terminología de Vélez debiera mantenerse por el mero hecho de su inveterado uso, sino por no existir razones de peso (en realidad, *ninguna* razón) para mudarla. Puede colegirse que el civilista cordobés hubiera aceptado el cambio si éste hubiese respondido a una demostrada conveniencia. Que no era, a su juicio, el caso.

Acto seguido, trae en su apoyo otro argumento bastante distinto, aunque con remotos puntos de contacto con el anterior. El de la función docente de los códigos, tan caro a los exponentes de la escuela codificadora clásica del siglo anterior. *"Un Código no está destinado solamente a los especialistas"*, aduce, contradiciendo una postura típica del positivismo dominante. *"Está dirigido también a los que no lo son y debe, asimismo, contribuir a la función docente. Cambiar la terminología de un Código sin ninguna razón seria, podrá no tener importancia para el especialista, pero es una manera de perturbar el conocimiento del común de las personas y de complicar la enseñanza del derecho y de la ley, durante el período de transición de un Código a otro"* [24].

Ambos argumentos confluyen en el cierre del discurso de Orgaz, expresión de un conservadorismo lógico y cauteloso: *"Yo creo que, tratándose de reformar una ley, un Código, y no de construir una obra de doctrina, el criterio fundamental debe ser otro: no hay que buscar razones para* ***mantener*** *una norma, sino, al contrario, para* ***derogarla*** *y suprimirla. Cuando no hay razones bastantes para eliminar una disposición legal, ella debe ser mantenida"* [25].

Nótese cómo todos los participantes del debate, como sucede en general en este Segundo Congreso, parecían estar convencidos de que el Código Civil sería inminentemente reformado. La idea que campea semeja ser la de que, como resultado de las discusiones mantenidas en Córdoba, el Proyecto de 1936 sería quizás modificado, adecuado a las recomendaciones de la alta doctrina nacional, pero que cuajaría en un nuevo cuerpo normativo. No se vislumbran mayores dudas (si es que alguna) acerca de la próxima instauración del cambio.

Probablemente, estos ínclitos juristas, reunidos en la docta metrópoli mediterránea esa tormentosa primavera, mientras el mundo avanzaba nuevamente hacia una guerra de alcances inimaginables, hubieran mirado boquiabiertos si se les hubiera dicho que, pasados setenta años, el Código seguiría siendo, sustancialmente, el mismo. Que no sólo el esbozo de 1936 fracasaría, sino que aun otros dos grandes y profundos proyectos ulteriores, también objeto de debates doctrinarios y trabajos serios, irían a parar a los anaqueles del rechazo. Y que la única reforma visceral, aunque tímida y parcial, no provendría de esas instituciones republicanas que ellos en general respetaban, sino de un gobierno militar que usaría de la fuerza desnuda para instaurarla, sin mayores diálogos académicos y sin ningún atisbo de democracia.

Pero así somos los humanos, presos de nuestras coordenadas, miopes esclavos de nuestro espacio limitado y de nuestras horas breves.

5. El debate se caldea

Volvamos a nuestra polémica.

Entre La Plata y Córdoba terció Mendoza: terminadas las palabras de Orgaz, se alzó Moyano, miembro de la Comisión emisora del dictamen. Aunque no sobrepasaba a sus colegas anteriores en jerarquía de cargos docentes, sí los superaba en edad. Es casi una década mayor que Orgaz, a quien se apresta a contradecir muy frontalmente.

"Esta distinción entre incapacidad absoluta y relativa, de que tantos méritos parece hacerse", dice, en alusión al discurso anterior, *"es una de las fallas graves de que padece el Código. Felizmente, un tanto inofensiva; pero es una falla conceptual"*.

El golpe ha sido duro. La clasificación tan arduamente defendida por Orgaz, es para el mendocino una "grave falla inofensiva" del texto vigente. Moyano prosigue: *"Se explicaría esta distinción entre estos dos estados de incapacidad, si en la incapacidad absoluta obrase el representante directamente por el representado, y en la incapacidad relativa obrase el incapaz asistido por el representante. Pero resulta que en nuestro sistema, tanto unos como otros de los incapaces, no obran personalmente, sino que el representante obra por ellos"* [26].

El menor varón puede casarse a los catorce años, testar a los diez y ocho años, y contraer obligaciones en casos excepcionales de extrema necesidad, admite Moyano. *"Pero esto no caracteriza un estado; éstos son derechos que, excepcionalmente, se conceden a un incapaz. La incapacidad es un estado. Por eso, cada vez que se habla de incapacidad de derecho, el hombre de ciencia, para quien lo conceptual tiene una importancia fundamentalísima, se extraña y se conmueve, porque la incapacidad es un estado, no es la inhabilidad para realizar ciertos actos jurídicos que en situaciones especiales le prohíbe la ley"*.

No era un ataque menor, aunque se lo disimulase con una oratoria florida. La referencia al "hombre de ciencia", parecía dar a entender que Orgaz no lo fuera. El planteo de Moyano semejaba, sin embargo, en el mejor de los casos, bizantino. Y concluía contundente: *"Cuando*

se habla de incapacidad de derecho, no hay tal incapacidad, a pesar de que en nuestra ley, en nuestra jurisprudencia, en nuestra doctrina y en nuestra enseñanza se diga 'incapacidad de derecho'. Lo que hay es la prohibición respecto de un acto determinado".

Debemos recordar que estos distinguidos maestros estaban corridos por el tiempo brevísimo de que disponían para sus intervenciones. Esa premura los exime de culpa si a sus argumentos les escasea, a veces, el combustible. Porque parece bastante obvio que Moyano no estaba recordando la advertencia de Freitas sobre la inexistencia histórica de la incapacidad absoluta de derecho, que es a la que el civilista mendocino se refiere. En realidad, su arenga no hace otra cosa que corear los argumentos del genial brasileño en punto a que la única incapacidad de derecho real es la relativa.

Y cierra su alegato de modo poco conciliador: *"A estos argumentos ilevantables [sic], a estas observaciones fundamentales que yo formulo, se les opone aquí la objeción de que es menester conservar una tradición. Conservemos las tradiciones cuando ellas sean dignas de llamarse así; cuando reposen sobre fundamentos serios. Pero los usos rutinarios y sin consistencia ni significado, no veo por qué hemos de conservarlos..."* [27].

Orgaz no iba a quedarse callado. "*Yo he dicho que el Proyecto conserva la clasificación en el fondo, y que sólo cambia de nombre..."*, interrumpe, sin pedir la palabra. Pero Moyano le contesta: *"Estoy hablando del problema, no del Proyecto; estoy hablando del tema objeto de la consideración del Congreso: si es necesario mantener o no estos dos tipos de incapacidad de hecho"*. Y resume: *"la incapacidad es un 'status'. En lo esencial, ese 'status' es idéntico en los incapaces relativos y en los incapaces absolutos. El hecho de que en vista de las necesidades prácticas se conceda a un incapaz en determinadas condiciones el ejercicio de un acto civil, no significa alterar el estado"*. E invita, sumándose a Galli, a *"sostener con entusiasmo el criterio adoptado por la reforma",* porque *"científicamente, ganaríamos mucho"* [28].

Se hace un silencio, y el presidente Lafaille llama a votar el despacho mayoritario de la comisión: *"Que no se considera necesario el restablecimiento de la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa"*. Recomienda *"la votación nominal, porque están divididas las opiniones"*, a lo que hay asenso unánime. Se vota, y Orgaz, seguramente satisfecho, en su carácter de secretario, pronuncia el resultado: *"Veintitrés votos por la negativa, veintiuno por la afirmativa"*. El presidente sella el asunto: *"Queda rechazado el despacho de la comisión"* [29]. El Proyecto de 1936 había recibido un golpe.

6. Hacia formas de interdicción personalizada

Terminado este primer debate, León pide la palabra en defensa de su propuesta de interdicción de los pródigos. Aclara: *"cuando he aconsejado la incapacitación de algunas personas cuya situación no fue contemplada por la Comisión Reformadora, lo hice tratando de clasificar esas personas -siempre dentro del criterio de una incapacidad absoluta y de una incapacidad relativa- en dos grandes variedades, que califiqué de interdictos, por un lado, y de inhabilitados por otro"*. Nótese como estos argumentos son peldaños en la historia de nuestra normativa civil: estamos claramente en las remotas huellas de la ley 17.711.

"Me ha parecido prudente recoger así una conclusión del derecho comparado, y del derecho comparado que está más próximo al nuestro, como es el latino, el derecho francés y el derecho de Italia; y, sobre todo, porque la Comisión Reformadora ha dado un gran paso hacia la implantación de ese sistema, según mi modesta opinión, con el art. 55 del Proyecto, en que parece que está en esbozo este principio de la asistencia, y no de la representación de los incapaces, a que me referí hace un momento".

León, aunque estaba abogando por una restricción de la capacidad nueva, lo hacía con un discurso que propendía a la extensión de la potencia existencial de las personas en cuestión. Pero no mucho: *"El interdicto vendría a ser el incapaz absoluto, la persona sin voluntad, tal como es en el Código en vigor el demente declarado en juicio, o sea, la persona que está*

imposibilitada en absoluto, de un modo total, de un modo completo, para el ejercicio de sus derechos civiles". O sea *"un incapaz que actúa en la vida civil, pero que obra siempre representado por un curador"*.

La posición del jurista cordobés frente al enfermo mental continuaba siendo bipolar. Su postura pasaba cerca de la posibilidad de una contemplación personalizada de cada caso, pero seguía de largo. *"En cambio, el inhabilitado ya es un semi-incapaz, diríamos, una persona a la cual se le ha reconocido la posibilidad de que realice algunos actos de la vida civil, no representado, sino asistido, vale decir, acompañado o aconsejado por un curador"*. Y declaraba haber *"tomado esta denominación sobre todo del derecho italiano, donde están perfectamente configuradas estas dos clases de incapaces: el interdicto, por un lado, y el inhabilitado por otro"* [30].

Nótese que León consideraba al interdicto y al inhabilitado como "dos clases de incapaces". Contrariamente a la posición que devendría ampliamente mayoritaria treinta años después, al hacerse realidad sus propuestas con la ley 17.711. El inhabilitado, en efecto, sería tenido por la doctrina posterior a la reforma de 1968, en general, como una persona capaz con restricciones, no como un incapaz. Es cierto que, unos segundos antes, León lo había calificado curiosamente de "semi-incapaz", categoría que, como veremos, reaparece tercamente en el debate.

El profesor cordobés estaba caminando la senda de la consideración más abierta y particularizada de las patologías psíquicas, porque alababa nuevamente acto seguido al art. 55 del Proyecto, en tanto autorizaba al juez, al declarar la interdicción, a permitir al insano la realización de algunos actos asistido por el curador. León se lamentaba, incluso, de que *"ese principio se debía haber desarrollado un poco más, para contemplar de un modo completo la situación, ya expuesta con su reconocida autoridad por el Dr. Lafaille en su curso de Parte General del Derecho Civil, cuando imputa a la legislación vigente el silencio que ha guardado con respecto a la situación de aquellos que Lombroso llamaba 'matoides', los semi-locos, los que están en la zona fronteriza entre la incapacidad absoluta y total, y la capacidad plena y completa"*.

Así, en medio de un debate acerca de la inhabilitación del pródigo (supuesto por entonces rechazado por nuestra legislación y, en gran parte, también por nuestra doctrina), y que implicaba, por lo tanto, cercenar la libertad de personas irrestrictas, se alzaba una llamada a la ampliación de la libertad jurídica de quienes se hallaban completamente privados de ella. Así de extraños son los paisajes con que a menudo nos asombra la historia del derecho.

Sólo podemos lamentar que hoy, pasados ya más de setenta años de aquellos nobles debates, y más de cuatro décadas de la plasmación legal de aquella discutible y discutida idea de la inhabilitación de los pródigos, esa parte del paquete tuviera éxito, y se tornara norma vigente (con poca utilidad práctica, que se sepa), pero en cambio nunca sucediera lo propio con la otra.

Siete decenios, con su cabalística significación, fueron pasando, y en su curso se consumieron miles de existencias humanas, condenadas al vacío de la nada jurídica, en aras de un tosco sistema bipartito ciego a las individualidades y a las diferencias. Lógico y defendible en la época de su diseño, cuando Sigmund Freud era un infante de nueve años, que acababa de ingresar en el Leopoldstädter Communal-Realgymnasium. Pero absolutamente insostenible en pleno siglo XXI.

No parece que muchos pródigos se hayan visto maniatados tras la incorporación de las inhabilitaciones al Código en 1968. Pero, en cambio, ¡cuántas vidas hubieran podido dar muchísimo más de lo que dieron, cuántas personas menos hubieran malgastado en el silencio y la marginación social sus años en el mundo, si estas ideas defendidas lateralmente por Pedro León en aquellas remotas jornadas de Córdoba no hubiesen caído en saco roto!

A veces, los juristas nos olvidamos que la arcilla que nuestras manos modelan puede incidir directamente sobre la médula de la condición humana.

Triste, el profesor cordobés se queja de *"que la Comisión especial de este Congreso no ha tomado en consideración las conclusiones de mi trabajo, en que me he propuesto darle un desarrollo mayor al principio del art. 55 del Proyecto, estableciendo el régimen de la asistencia, y no de la representación, para aquellas personas que no están estrictamente dentro*

de los términos del art. 46 del Proyecto". Es decir, las *"que no están en condiciones de dirigirse a sí mismas y de manejar sus negocios"*. León se refería, aduce, a las *"que pueden realizar algunos actos de la vida civil: la situación del inhabilitado en el derecho italiano, que tiene capacidad para realizar actos de simple administración, y que necesita, entonces, de la asistencia, del auxilio, del consejo de un curador sólo en aquellos actos que exceden de la administración ordinaria"* [31].

Tal es su visión de la inhabilitación, pues, mucho más amplia de lo que finalmente aceptaría el art. 152 bis. Abarcadora del pródigo, sí, pero también de los enfermos mentales que conservan "la aptitud de realizar, por sí solas, algunos actos de la vida civil, asistidas por un curador". Que son, en realidad, la mayoría de las personas que padecen una patología psíquica.

Es cierto que quizás León no pretendiese llegar tan lejos. El hablaba de las personas *"fronterizas, débiles mentales, semi-incapaces [otra vez], que no pueden ser declaradas interdictas, precisamente porque están en condiciones de dirigirse a sí mismas, y que pueden realizar algunos actos de la vida civil"*. Sin embargo, su principio rector parece ser: aquel que *puede dirigirse a sí mismo* en algún aspecto, debe ser habilitado para hacerlo (con el auxilio de su curador).

Como viéramos, y León insiste en esto, para él *"este tipo de incapaz [...] sería incapaz relativo de hecho, y no incapaz absoluto"*, pero incapaz al fin.

7. Prodigalidad y patología psíquica

Ingresa después el discurso en el tema de la prodigalidad, que no es el que directamente nos ocupa. Sin embargo, no deja de ser interesante el problema en que León se encuentra a la hora de deslindar el concepto de "pródigo". Como hombre de ciencia de la época, requiere de una definición objetiva. Y no le es fácil. Los adjetivos subjetivos se le derraman: *"es el hombre que se entrega a la dilapidación, derroche disparatado, desenfrenado, sin contralor de ninguna clase, a la dilapidación anormal, diríamos"* [32]. Más aún, el hecho de que sistemas políticos dispares, incluso liberales, hayan aceptado la figura *"ocurre, sin duda, porque esta incapacidad tiene un fundamento de carácter económico social. La conducta del pródigo es antisocial por sobre todas las cosas"* [33].

Apresurado por Lafaille, a lo que respondió con una broma acerca de la prodigalidad en el uso de la palabra, y fue retrucado con otra por parte del presidente, León cedió la palabra a Hernán Cortés [34], que la usaba por primera vez en el Congreso.

El jurista mendocino se limitó al punto de la prodigalidad, alertando agudamente: *"La incapacidad del pródigo puede traer graves consecuencias dentro de los regímenes políticos, que hoy en día se disputan supremacías o prelaciones en el mundo, porque mediante esta incapacidad del pródigo, se puede llegar a muchos atentados contra la seguridad y libertad individual de los ciudadanos, que es indispensable asegurar, porque bien sabemos que son los individuos, los miembros de la comunidad, los que generalmente están llevados, por los medios que el Estado posee, a una situación de desigualdad para luchar en las contiendas de orden político, dentro de un régimen, cualquiera que sea"* [35].

En definitiva, pero con el inteligente agregado sociológico de considerar el peculiar momento que vivía el mundo (y quizás, en un futuro, el propio país), enarboló el problema de *"establecer cuál es el verdadero pródigo"*, generando un arma susceptible de *"afectar al régimen social de la seguridad individual"* [36].

Eduardo C. Mantaras [37], que también intervenía por vez primera en los debates del Congreso (y no volvería a hacerlo), insistió a continuación en *"que el hecho de la prodigalidad es uno de los más difíciles de llegar a precisar y probar, es decir, establecer los límites claros de un 'status' jurídico"*.

Y luego, siguiendo una línea ya esbozada antes por Galli, empleó como criterio comparativo *"los casos de enfermedad mental que dan lugar a una declaración de incapacidad"*. En éstos, a su criterio, acorde con el positivismo tardío de la época, *"el 'status' se determina con absoluta precisión"*. Entonces, o el pródigo es "un 'mental'", en cuyo caso *"su situación estará prevista y resuelta por la interdicción del insano"*, o *"no es un 'mental', si su incapacidad proviene exclusivamente del hecho económico de la prodigalidad"*, y entonces se presenta el problema, tanto para declarar su inhabilitación como para levantarla [38].

Regresa entonces Orgaz al ruedo, al parecer no muy afectado por haberle sido obviamente dirigida a él la jocosa (pero triste) referencia de León a quienes habían sido "pródigos" con el tiempo ajeno. Quizás porque esta vez va a enrolarse del lado de su coterráneo. *"Partidario también yo de la inclusión de los pródigos entre los incapaces del Proyecto de Reformas, voy a contestar algunas de las observaciones que se han hecho en contra de esa inclusión"*, se introduce, anticipando su *"deseo de no extenderme demasiado"*.

Con respecto al *"argumento que acaba de señalar el Dr. Mantaras; si la prodigalidad estuviera por incorporarse por primera vez a la legislación"*, lo hubiera considerado digno. *"Pero la prodigalidad está legislada por muchos códigos, y en ninguna parte el aspecto práctico que plantea el Dr. Mantaras ha dado lugar a mayores dificultades"*. Es decir, que no ingresa en la confrontación esencial con los dichos del santafesino. Prefiere quedarse en el campo pragmático, descansando en el hecho de que, en efecto, no se reportaban casos de uso desviado de la institución en los países en que existía.

Pasó después a los argumentos de Galli, calificándolos de "impresionantes", pero portadores de un "vicio oculto" [39]. El tema del jugador (al que realmente no responde), va primero. Después, apoyándose en una conferencia de Lafaille, intitulada *Hacia el nuevo Código Civil*, destacó que *"no puede seguirse hablando de la propiedad con el sentido individualista que domina al Código vigente"*.

Sus ulteriores reflexiones, en esta línea "del sentido social de los derechos", discurren por senderos económicos, y son por tanto ajenas a nuestro tema. Mayor interés podrían despertarnos sus consideraciones de índole sociológica, acerca de la comparación entre los criterios de la dilapidación en la Argentina (pensando en la clase opulenta) y en Europa, mas igualmente exceden nuestros objetivos presentes [40].

El argumento que sí nos atañe es el que se ocupa de la interdicción "por simple debilidad de espíritu". Orgaz considera que esta causa *"es de difícil apreciación médica y susceptible de todo género de incertidumbres"*. Sin embargo, *"no se ha creído que esa dificultad fuera suficiente"*. Es que *"frente a los peligros que ofrece en su apreciación médica, está el aspecto propiamente jurídico y más objetivo de que el sujeto no esté en condiciones de administrar sus bienes"*. Y aquí vierte su particular interpretación de la institución propuesta: *"El débil de espíritu, sujeto a interdicción, no será solamente el que establezcan los médicos, sino, también, el que no pueda administrar convenientemente su patrimonio"* [41].

Aquí no puede hacerse menos que destacar la flaca terminología que implicaba esa "debilidad de espíritu", de reminiscencias más evangélicas que científicas. Esa pobreza, justamente, permitía exégesis como la de Orgaz, que acto seguido llegaba a adelantar que, a su juicio, los casos de *"insuficiencia del informe médico"* iban a ser muy frecuentes, lo que impondría la necesidad de que el juez no diera prevalencia al punto de vista del galeno.

Es claro que lo deseable, creo, hubiera sido (y aún sería) poner este criterio de la personalización como principio general para todos los casos de patologías psíquicas, dejando la incapacidad absoluta propiamente dicha como supuesto extremo. Pero, para 1936, el paso adelante en el buen sendero era significativo... y nunca se concretó [42].

Pide entonces la palabra Enrique Díaz de Guijarro [43], para adherir *"de pleno a las palabras del Dr. Galli y de los oradores que han compartido su tesis"*. Primeramente, porque *"todo lo que es materia, de interdicción, aun bajo la forma de asistencia, debe ser legislado con criterio restrictivo"*.

Luego, calificó al argumento de Orgaz *"sobre la protección del pródigo para salvarlo de la indigencia"* como "efectista", usando las propias palabras del cordobés. Este reaccionó: *"Me*

ha tomado unas cuantas palabras, y no se ha referido a la totalidad de mi exposición", interrumpió. *"He dicho que se expone a sí mismo y a su familia a caer en la indigencia. El peligro de que los hijos puedan deducir acción para conservar el patrimonio familiar del padre, amenazado por su prodigalidad, se da también en el caso de la demencia y de la debilidad de espíritu"*. Otra vez, de la mano de Orgaz, regresaba la comparación [44].

Lafaille [45] resuelve intervenir, y a ese efecto le pasa la presidencia a Juan B. Depetris [46]. *"Yo me imagino todas las dificultades y todos los abusos a que daría lugar la aplicación del sistema cuando no habría ni pericia médica, ni asesoramiento científico, y sí tan sólo la apreciación arbitraria de los jueces para saber si una persona está o no comprendida entre estos incapaces"*, dice el maestro de Buenos Aires. Como se observa, se recae una y otra vez en el cotejo con los supuestos de patologías psíquicas. Comparación que pone en evidencia la falta de base científica, de objetividad, del concepto de marras [47].

Cerrada la breve pero profunda intervención de Lafaille, se alza Adelqui Carlomagno [48] "para agregar algunas breves consideraciones". Adelanta su oposición a la prodigalidad como causal de incapacidad, aduciendo que *"la protección que ella implica debe sólo encararse en forma indirecta, dejando tal tarea al derecho administrativo"*. Sus argumentos son económicos y sociológicos, y por tanto, ajenos a nuestro análisis [49].

Orgaz pide entonces la votación a mano alzada, y Depetris devuelve la presidencia a Lafaille, que exclama, entre las risas generales: *"Es un presente griego. Muchas gracias"*. El despacho de la comisión ("que no hay mérito para introducir la prodigalidad" como causal de inhabilitación), resulta aprobado.

8. Los ciegos de nacimiento

Se pasa entonces al siguiente punto, relativo a la incapacidad de los ciegos de nacimiento. Puesto en discusión el tema, pide León la palabra. Anuncia que se limitará a *"concretar, en qué casos [...] el ciego de nacimiento podría ser incapacitado, y a replicar lo expuesto"* por Galli.

"No hay ningún motivo para mantener, como se mantiene en el Proyecto, la incapacidad del sordomudo, y para no incluir la incapacidad del ciego de nacimiento sin instrucción", aduce, destacando este último aspecto, que Galli, *"cuando se refirió a este punto, no ha mencionado, en forma alguna"*. Y aclara: *"si el ciego de nacimiento ha recibido instrucción que lo habilite para la vida civil, no hay ningún motivo para ubicarlo entre los incapaces relativos de hecho"* [50].

Es decir, que el ciego *"inhabilitado, una vez que ha acreditado que ha recibido instrucción, deja de estar inhabilitado, y pasa a ser una persona capaz"* (nótese el uso como sinónimos de ambas categorías). O sea *"lo que ocurre actualmente con el sordomudo"* que aprende a manifestarse por escrito. Con respecto a que el ciego, *"aunque sea de nacimiento, conserva el oído y la palabra"*, León se formula una pregunta retórica asombrosa: *"Yo no sé qué se puede preferir más [...]: si poseer el oído y la palabra, y ser ciego; o poseer la visión y ser sordomudo"*.

Y después retorna el discurso de tintes positivistas: *"El ciego de nacimiento, como lo han demostrado trabajos médico-legales de gran autoridad, y como lo tiene reconocido la ciencia penal uniformemente, es un semi-incapaz, que está en un estado de inferioridad manifiesta con relación a las personas que poseen el sentido de la vista"*.

Claro que aquí, como puede apreciarse, se ha esfumado el requisito de la falta de instrucción. El ciego congénito ha quedado caratulado, con respaldo científico, como un "semi-incapaz", esta categoría indefinida (e indefinible) con que tanto se ha jugado en este debate. En realidad, se estaría propendiendo, lombrosianamente, a tipificar una clase de dementes no graves, pero susceptibles de interdicción igual.

Como era de esperarse, llega la mención de la cabeza de escuela del positivismo biológico neo-lombrosiano de la época, por lo menos en el mundo hispánico: Luis Jiménez de Asúa. En efecto, León recuerda la *"interesantísima conferencia hace cinco años"* dada por el gran

criminalista español, *"para demostrar y dejar sentado este punto de vista"*. Y se ampara luego en el argumento internacionalista: *"No se trata, tampoco, de una novedad legislativa. La incapacidad civil del ciego existe en varios países"*.

A las dudas de Galli sobre la prueba de si se es ciego de nacimiento, contesta que la jurisprudencia extranjera *"ha considerado que la ceguera de nacimiento equivale, no solamente al hecho de nacer privado del sentido de la vista, sino de perder la vista mientras no se posee el discernimiento"*. No podemos dejar de preguntarnos (y de lamentar que ninguno de los asistentes lo hiciera) por qué profunda razón, si tal criterio judicial deseaba trasplantarse a la Argentina, no se lo había incorporado directamente al texto de la norma propuesta...

Concluye León: *"la incapacitación del ciego, que propongo, es la del ciego que no ha recibido instrucción de ninguna clase, que es ciego hasta los catorce años, o que ha adquirido la ceguera antes de los catorce años. Y esta incapacidad relativa"*, que *"cesará cuando él acredite que está en condiciones de manejar sus asuntos, cuando ha recibido instrucción; lo mismo que la incapacidad de los sordomudos en circunstancias análogas"* [51].

Pide allí la palabra Dalmiro Antonio Alsina Atienza [52], en defensa del Proyecto de la Comisión. Sustancialmente, reitera el argumento basado en que, en definitiva, al establecerse *"que todo aquel que por insuficiencia de sus facultades no se hallare en condiciones de dirigirse a sí mismo o de manejar sus negocios, podrá ser declarado incapaz por el juez"*, quedan subsumidos los casos patológicos retratados por León.

"Yo considero que es peligroso sentar normas inflexibles, imperativas, para los magistrados judiciales, cuando hay que confiar algo en el criterio de los mismos y cuando se trata de fustigar con una sanción de tanta magnitud", dice.

Esta visión de la incapacidad como un severo castigo, no como un mecanismo de auxilio o de defensa de un desvalido, no parecería privada de tino frente a las experiencias reales, que hasta el día de hoy se presentan en la situación cotidiana de miles de interdictos por razones patológicas en nuestro país. Empero, como veremos, el jurista no llegaba tan lejos.

Y sigue una reflexión sin desperdicio: *"Me parece que bastaría que la ciencia médica, por más certera que sea, pudiera equivocarse en un caso, para que la solución propuesta fuera inaceptable e injusta"* [53]; la única grieta hasta ahora en el debate en punto a la infalibilidad de la medicina. Es cierto que antes se ha abierto la puerta a una inhabilitación en contra del dictamen pericial, pero ello se hizo sin concretamente admitir la posibilidad de error del experto. Ahora, en gran disonancia con el predominante discurso positivista, se introduce este factor, deslizado casi al pasar.

Lástima que los demás congresales, y el propio Alsina Atienza, no desarrollaron más las implicancias de estas dos afirmaciones que el jurista de Buenos Aires acababa de lanzar: que, en la práctica, la interdicción por patologías mentales suele resultar una sanción terrible (y no un asilo amigo), y que confiar demasiado en las pericias psiquiátricas, como si no pudiesen ser equivocadas, puede conducir a grandes injusticias. Nada nos impide hoy, sin embargo, tomar esta semilla y germinarla, por cuanto es fecunda, me parece, para la protección de las existencias humanas.

León no puede dejar pasar estos dichos. Pide la palabra "para rectificar hechos". Como era de esperarse, aclara: *"La medida que he propuesto, no tiende a castigar al ciego, no es una sanción, como lo ha expresado recién mi ilustrado contendor; es una medida de protección, ni más ni menos que la interdicción del incapaz de hecho a que se somete al sordomudo, por ejemplo"*.

Alsina Atienza se alza de inmediato, respetuosamente pide hablar, pero el presidente Lafaille lo frena: *"Si se va a continuar con las réplicas, las dúplicas y las contrarréplicas, no terminaremos nunca"*, le espeta, entre risas generales. Alsina no se arredra: *"Me veo, a mi vez, obligado a aclarar que cuando he dicho 'fustigar con una sanción' me he referido a la hipótesis, posible, de que una persona apta para administrar sus bienes se viera privada de la administración de los mismos"*, aclara [54]. Una lástima. La cuestión daba para más, como vimos, pero no estaban dadas aún las circunstancias.

Lafaille llama a votar por el despacho ("que no se incluya en las restricciones de la capacidad el caso de los ciegos"), y éste queda aprobado. Acto seguido, sin más debate previo, se vota la última parte, "que se refiere a las personas que hacen uso habitual de estupefacientes". La propuesta "de que esas personas no deben ser privadas de capacidad" resulta vencedora.

9. Conclusión

Termina así uno de los más interesantes debates de este jugoso Segundo Congreso Nacional.

Con motivo de las propuestas inherentes a los tipos de incapacidad, y a las situaciones del pródigo, del ciego de nacimiento y del consumidor de estupefacientes, brillantes juristas pasaron revista a una serie de argumentos que, además de brindar un muestrario excelente de las ideas del momento, las típicas y las extrañas, sirven en muchos casos para caldear los dilemas actuales. Algunos de éstos son muy semejantes a aquellos de 1936. Otros son novedosos, pero con fuertes puntos de contacto.

Una vez más, el análisis histórico de una fuente, especialmente de una tan rica como ésta, sirve para arrojar luz sobre las raíces de las respuestas jurídicas posteriores, y aire fresco, proveniente del pasado, para alimentar el pensamiento del presente, y ayudar a diseñar el porvenir.

NOTAS:

[1] Universidad Nacional de Córdoba / Instituto de Derecho Civil, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. Actas*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939. En lo sucesivo, las citas de esta fuente se efectuarán por la sigla 2CNDC.

[2] Mendocino, nacido en 1891, graduado en la Universidad de Buenos Aires (en adelante, UBA), con gran dedicación a la docencia secundaria (en materias como Castellano e Historia, que enseñaba en la Escuela "Carlos Pellegrini"). Desde 1935, dictaba Derecho Civil en la UBA, donde se desempeñaría también al frente de la biblioteca. Concurría al Congreso en su carácter de profesor de la UBA. En la década anterior, había cumplido funciones políticas como ministro en su provincia natal.

[3] Reconocido escribano, autor de obras vinculadas al Proyecto de 1936, como *Los derechos reales y el proyecto de reforma al Código Civil argentino* (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, 1939, t. IX, pág. 670 y ss.). Había sido secretario del Consejo Nacional de Educación en 1931. Asistía al Congreso como adherente particular.

[4] Porteño nacido en 1902, se había graduado en 1921 en la UBA, donde enseñaba Derecho Procesal desde 1933 (entre 1945 y 1956 se habría alejado por su oposición al régimen peronista). En los años previos al Congreso, había actuado como secretario de la comisión de reformas al Código Procesal Penal. Autor de obras clásicas sobre procedimientos y sobre arbitraje, Ottolenghi no era propiamente un civilista. Estaba en el Congreso en representación del Colegio de Abogados de Buenos Aires.

[5] Jurista platense nacido en 1896. Se graduó en la Universidad de su ciudad natal, y en ella enseñó Obligaciones hasta 1946, en que, como varios otros protagonistas de este histórico debate que historiamos, dejó su cátedra por razones políticas (en su caso, sin ser expulsado sino por no aceptar las injerencias del régimen). Desde 1948 presidió el Colegio de Abogados de La Plata, hasta 1955, en que pasaría a integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta 1958, cuando renunció ante Frondizi, para morir meses después. En 1939 publicaría *El derecho de las obligaciones en el proyecto de Código Civil argentino de 1936* (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, t. IX, pág 279 y ss.). Junto con Barcia López, integraban la delegación de la Universidad Nacional de La Plata (en adelante, UNLP), pero Galli representaba también al Colegio de Abogados de esa ciudad, y a la Federación de Colegios de Abogados. Augusto Mario Morello lo denominó sin remilgos "el señor de la abogacía", en un artículo homónimo que le dedicara *(http://www.eldia.com.ar/especiales/proceres/n7.htm* sitio del diario El Día, de La Plata, accedido en abril 2009).

[6] Profesor de la UBA y la UNLP, especialista en Obligaciones, y sobre todo en la temática de la responsabilidad de las personas jurídicas. En 1940 publicaría *La reforma civil y el Proyecto de 1936* (Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina), libro en que volvería sobre estos temas que aquí recordamos. Entre otros trabajos dedicados a la temática, en 1939 había dado a la imprenta *La teoría general de las leyes, de las personas y de los bienes en el proyecto de reforma del código civil* (*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, t. IX, pág. 123 y ss.). En el Congreso, representaba a la UNLP.

[7] 2CNDC, pág. 113.

[8] Ricardo D. Rabinovich-Berkman, *Derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 413.

[9] El Proyecto de 1936, a mi humilde juicio con proceder loable, reemplazaba los sustantivos "demencia" e "insanía" por el mucho más aséptico "interdicción", criterio que han seguido otros esbozos posteriores.

[10] 2CNDC, págs. 114/115.

[11] El empirismo, típicamente positivista, del discurso de Galli es notable. Por un lado, en su referencia a *"la dificultad de orden práctico para precisar el contenido y el alcance de la prodigalidad, porque en cada una de las situaciones a considerar, concurren factores especiales que diversifican los casos"* (o sea, su falta de objetividad, de "fenomenidad", por así decirlo). Por el otro, en su prevención, al referirse a la incorporación de la incapacidad de los pródigos en los códigos de Brasil y Perú, porque *"no conocemos la aplicación del precepto en los 20 años de incorporado a la actual legislación brasileña. Ignoramos los resultados y la practicabilidad de la protección legal"*. Por lo que, concluye, *"en tales condiciones es prudente no innovar"* (2CNDC, pág. 115).

[12] *"El avaro, que también vive en la indigencia, entregado al culto de la riqueza que atesora, la sustrae a la circulación, y no llena ninguna función social que imponga su respeto"* (2 CNDC, pág. 116).

[13] *Idem*, pág. 117.

[14] Distinguido catedrático de la Universidad de Córdoba, cuyo rectorado llegó a ocupar, efímera pero significativamente: *"puedo decir que en casi medio siglo en que he asistido como espectador a la vida universitaria, no he visto ningún rectorado tan fructífero, tan pleno de realizaciones, pese a la brevedad de su mandato"*, decía a su respecto Luis Moisset de Espanés, al dedicarle un *In memoriam* en 1995, a dos décadas de su deceso (*http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/in-memorian-pedro-leon* sitio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, accedido en abril 2009). Fecundo autor, ejerció también funciones políticas. León asistía al Congreso como miembro del Instituto de Derecho Civil. Había nacido en 1894 en la provincia mediterránea.

[15] 2 CNDC, pág. 118.

[16] *Idem*, págs. 118/119.

[17] *Idem*, pág. 119.

[18] Uno de los más destacados civilistas argentinos (1900-1984), que dejara un impecable recuerdo como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955 a 1960). Nacido en Córdoba, se graduó en la Universidad de su provincia natal, y fue en ella catedrático hasta 1946, en que debió alejarse por motivos políticos. Su formación humanista hizo de él un jurista de una profundidad notable. Asistía al Congreso en su triple carácter de miembro del Instituto de Derecho Civil, integrante de la Comisión organizadora, y representante del Colegio de Abogados de Córdoba. Fue uno de los asistentes que más veces intervino en los debates, si no el que más, por su condición de secretario.

[19] 2 CNDC, pág. 120.

[20] *Idem*, págs. 120/121.

[21] *Idem*, pág. 121.

[22] *Ibidem.*

[23] *Idem*, pág. 122.

[24] *Ibidem.*

[25] *Idem*, pág. 123.

[26] En trabajos previos he discrepado con este tradicional criterio: creo que, en realidad, en todos los casos el "representante" no es realmente tal, y actúa de acuerdo a su propio proyecto existencial, ejerciendo un derecho propio.

[27] *Idem*, págs. 123/124.

[28] *Idem*, pág. 124.

[29] *Idem*, pág. 125.

[30] *Idem*, págs. 125/126.

[31] *Idem*, pág. 126.

[32] *Idem*, pág. 127.

[33] *Idem*, pág. 128.

[34] Destacado jurista mendocino, profesor de Obligaciones. Trabajaría más adelante en la redacción de un código unificado de las obligaciones civiles y comerciales, junto con otros destacados juristas. Asistía al Congreso en carácter particular.

[35] 2 CNDC, pág. 129.

[36] Luego criticaba Cortés el argumento del empobrecimiento familiar, y volvía a la idea, esbozada antes por Orgaz, de que el pródigo amplía la circulación del capital, con beneficio colectivo.

[37] Magistrado y jurista santafesino. Acudía al Congreso integrando la nutrida delegación de la Universidad de Santa Fe, de la que era profesor.

[38] 2 CNDC, págs. 130/131. La intervención de Eduardo Mantaras, única que tendría en el Congreso, puede considerarse de escasa trascendencia. Sin embargo, no deja de ser genial su observación en punto a que, técnicamente hablando, la inhabilitación del pródigo no podría levantarse nunca, porque al habérselo privado de la administración, no podría demostrar jamás estar reformado...

[39] 2 CNDC, pág 131.

[40] *Idem*, pág. 132. No deja de ser interesante que en este punto, y como referencia "puente" tranquilizadora, Orgaz traiga el ejemplo del Brasil *"cuya sociedad no es muy diferente a la de nuestro país"*. Realmente, en 1936, y en estas cuestiones, ambas sociedades eran sumamente distintas (y aún hoy, más de setenta años después, continúan siéndolo).

[41] *Idem*, pág. 133.

[42] Concluía Orgaz rechazando los argumentos sociológicos, en base a la necesidad de prever, al redactar un código, los futuros cambios sociales.

[43] Nacido en las Canarias en 1902, se había nacionalizado argentino en 1923, graduándose en la Universidad de Buenos Aires, de la que luego fue profesor, con especialidad en el área de Familia. Poseía una formación humanista y gran interés por el castellano. Tuvo muy activa participación en el Congreso, en el que se encontraba en carácter particular.

[44] 2CNDC, pág. 134.

[45] Héctor Lafaille (1883-1956), que había nacido en la República Oriental del Uruguay, fue uno de los más importantes civilistas argentinos. Graduado en la UBA, de la que sería catedrático luego, daba además una importancia decisiva a la enseñanza práctica, inaugurando en 1922 la base del sistema que hasta hoy se sigue en ese sentido. Hombre de un humanismo exquisito y una calidad científica altísima, sus obras figuran entre las glorias jurídicas de la época. Junto a Jesús H. Paz, representaba en el Congreso a la UBA. Tuvo numerosas y fecundas intervenciones en los debates.

[46] Asistía al Congreso en representación de la Universidad de Santa Fe, de la que era profesor.

[47] 2CNDC, pág. 135. Luego formula Lafaille interesantes argumentos sociológicos y económicos, que exceden los límites de este trabajo. Sus dichos no son blandos: *"Yo creo, entonces, que instituir la prodigalidad como causal de incapacidad, sería dar pruebas de imprudencia, si se quiere, de 'snobismo', al importar un régimen extraño, sin tener en cuenta las necesidades y exigencias inmediatas de nuestro medio social"* (*Idem*, pág. 136).

[48] Destacado jurista rosarino nacido en 1901, graduado en la UBA, de la que era profesor desde 1933, y llegaría a ser catedrático (en tal carácter asistía al Congreso). Su especialidad eran los Contratos. Esta fue la única vez que pidió la palabra en el evento, aunque tuvo otras participaciones.

[49] Lo que no les quita interés y contundencia: Carlomagno sostiene que, en definitiva, si el gran problema es el juego (en lo que parece haber acuerdo), lo que se debería hacer es regularlo muy estrictamente con normas de policía, pero nunca introducir una reforma en el Código Civil (2 CNDC, págs. 136/137). En ningún momento se insinúa en los debates la consideración del juego como una patología.

[50] 2 CNDC, pág. 139.

[51] *Idem*, pág. 140.

[52] Civilista nacido en La Plata en 1907, graduado en la UBA, de la que sería más tarde catedrático, y en carácter de profesor de la cual asistía al Congreso. Tuvo muchas intervenciones en el evento.

[53] 2 CNDC, pág. 140.

[54] *Idem*, pág. 141.

EL RÉGIMEN DE LA INHABILITACIÓN

por MANUEL CORNET

SUMARIO: Evolución. Antecedentes. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. Anteproyecto de Código Civil de 1954. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Segundas Jornadas de Derecho Civil. La ley 17.711. El art. 152 bis del Código Civil. Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Tercer Encuentro de Abogados Civilistas. XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Código paraguayo de 1987. Código del Perú de 1984. Proyecto de Código Civil Unificado de 1998. Proyecto de ley de Taiana de Prandi y Llorens. Propuesta del Dr. Juan Carlos Ghirardi.

En el presente trabajo analizaremos la importancia que tuvieron los Congresos Nacionales de Derecho Civil que se realizaron en la ciudad de Córdoba con relación al tema de la inhabilitación que fue incorporada a nuestra legislación mediante la reforma del Código Civil dispuesta por la ley 17.711 de 1968.

La inhabilitación de las personas se encuentra vinculada a la capacidad de hecho o de ejercicio, teniendo presente que la capacidad de hecho es la aptitud del sujeto para ejercer y cumplir, por sí mismo, los derechos y deberes de que es titular, o, en otros términos, para otorgar por sí mismo actos jurídicos [1].

El art. 1040 C.C. establece que "El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho" consagrando de este modo que la capacidad del sujeto es requisito para la validez del acto jurídico.

El Código Civil sancionado en 1869 y que comenzó a regir el 1º de enero de 1971 contenía dos normas que establecían la incapacidad de hecho absoluta o relativa de determinadas personas.

El art. 54, decía: "Tienen incapacidad absoluta:

1º) Las personas por nacer.

2º) Los menores impúberes.

3º) Los dementes.

4º) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

5º) Los ausentes declarados tales en juicio".

Por su parte, el art. 55 establecía: "son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos:

1º) Los menores adultos.

2º) Las mujeres casadas".

Respecto de los menores, a su vez, el art. 126 establecía que "Son menores los individuos de uno otro sexo, que no tuviesen la edad de veintidós años".

El art. 127 disponía: "Son menores impúberes los que aun no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veintidós años cumplidos".

La ley 17.711 únicamente va a reducir la minoridad a veintiún años, sin modificar respecto de los menores impúberes.

Con relación a los dementes, el art. 141 disponía: "Se declaran dementes los individuos de uno u otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial".

Compartimos la premisa de que el antiguo art. 141 C.C. comprendía no solamente a los alienados, sino también a los semialienados [2].

Vélez Sársfield en esta materia siguió el criterio de Freitas para quien las restricciones a la capacidad se suplían por el sistema de la representación, estableciendo en el art. 264 que "La patria potestad es el conjunto de derechos que las leyes a los padres desde la concepción de los hijos emitimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados".

En el art. 377 consagraba la tutela que "es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil", y para el mayor de edad incapaz de administrar sus bienes se le da curador, como prevé el art. 468.

No se establece ningún sistema de asistencia sino únicamente de representación para el incapaz y quedan fuera de la tutela los denominados estados fronterizos ya que Vélez Sársfield sólo distinguía entre personas sanas y dementes [3].

Por ello coincidiendo con Ghirardi: *"los que padecían de deficiencias físicas, o de estados mentales fronterizos, no gozaban de protección legal alguna, aunque podían invocar la nulidad de sus actos con arreglo a los principios generales"* [4].

No podemos ser injustos en la crítica al sistema del Código pues como afirma Ricardo D. Rabinovich-Berkman [5] refiriéndose al genial Vélez Sársfield: *"el brillante cordobés hizo lo mejor que, para ese momento y estado de la ciencia, podía haberse hecho. Incluso, elaboró en este punto un producto bastante más sistemático y prolijo que otros de la época. Sin embargo no pudo sustraerse a la visión bipolar, por la cual una persona, según el estado sanitario de su mente, es idónea para desempeñarse por sí misma en la vida, o no lo es. Sin puntos intermedios"*.

Evolución

Expresan Taiana de Brandi y Llorens que *"larga, lenta y dificultosa ha sido la evolución histórica de los conceptos de 'incapacidad' y 'demencia'. En los albores de la humanidad el demente era suprimido tísicamente; en el Medioevo recibió el trato de 'un poseído por el demonio' a quien había que exorcizar y, mientras tanto, mantener segregado, aislado. Luego fueron excluidos en internados correccionales. Fue poco antes de la Revolución Francesa cuando el doctor Felipe Pinel reconoció a la demencia como una enfermedad que era menester atender como tal, recomendando un trato humanitario"* [6].

Expresan estos autores más adelante en el trabajo citado que la dicotomía entre capacidad e incapacidad sólo es una división de laboratorio que influye negativamente y distorsiona estudios e investigaciones [7].

Por ello afirman que *"en la realidad cotidiana debemos aceptar que la incapacidad se presenta en grados o facetas, y que en toda persona enferma hay zonas sanas que deben ser protegidas y estimuladas. El rechazo que su trato ha provocado en extraños y propios, el sinnúmero de prejuicios y reservas intelectuales, la ignorancia, no hacen sino ahondar lo enfermo y paralizar o destruir los sectores sanos"* [8].

El vocablo absoluto, expresa Diego Norberto Quirno, es tan terminante, que parecería no dejar margen para reconocer la más mínima aptitud para ejercer actos jurídicos a las personas comprendidas en el art. 54 C.C., pero la realidad social nos dice que los niños ya comienzan con alguna actividad social o escolar, realizando sus primeras transacciones a través de lo que Guillermo A. Borda denomina pequeños contratos, como la compra de útiles o golosinas o la adquisición del boleto de colectivo [9].

Estando vigente el Código Civil con esta división tajante entre capaces e incapaces y la representación en todos los casos de incapacidad, gradualmente la doctrina nacional, coincidiendo con Ghirardi, comenzó a propugnar la idea de una reforma a las previsiones de la legislación civil [10].

Antecedentes

Veremos a continuación la influencia decisiva que tuvieron los Congresos Nacionales de Derecho Civil en la incorporación del instituto de inhabilitación a nuestra legislación.

Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil

Este importante evento científico que tuvo lugar en la ciudad de Córdoba en el mes de noviembre de 1937 en el Tema 2º consideró: "Incapacidad absoluta y relativa de hecho. Inhabilitación de los pródigos y de los que hacen uso habitual de estupefacientes".

El tema debatido fue "¿Conviene suprimir como lo ha hecho el proyecto -art. 24-, la distinción entre incapacidad absoluta y relativa de hecho y establecer la inhabilitación de los pródigos, de los que hacen uso habitual de estupefacientes y de los ciegos de nacimiento?".

La comisión aconsejó aprobar la siguiente declaración:

"Que no considera necesario el restablecimiento de la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa.

Que tampoco considera necesaria la inclusión en forma especial entre los incapaces, del pródigo, del ciego de nacimiento y de la persona que hace uso habitual de estupefacientes".

Sin perjuicio de que esa fuese la opinión mayoritaria defendida por los maestros Galli, Lafaille y Díaz de Guijarro, fueron muy importantes los aportes de Pedro León y Alfredo Orgaz a quienes luego la doctrina y, por ello, la posterior reforma de la legislación civil les dio la razón.

Expresaba el Dr. León en aquella oportunidad y que merece ser destacado que *"La Comisión Reformadora ha introducido también un gran progreso legislativo, que nos complacemos en proclamar, al establecer que el juez que declare la interdicción puede autorizar al incapaz, con la anuencia de su curador, para que realice algunos actos de administración, en que ya obrará el incapaz asistido por el curador, y no meramente representado por éste"* [11].

Señalamos esta opinión del Dr. León porque hoy veremos que hay jueces que pese a le letra del Código resuelven la interdicción con un criterio de flexibilidad adaptado a las circunstancias del caso [12] y también es el criterio que adopta el Proyecto de Reforma de 1998 [13].

León también en su exposición clasifica a los incapaces en dos grandes variedades: interdictos, por un lado, y de inhabilitación por otro y para ello se guía por el derecho comparado que está próximo al nuestro, como es el Latino, el derecho francés y el de Italia.

Sostiene el jurista cordobés [14] que el interdicto vendría a ser el incapaz absoluto, la persona sin voluntad, tal como es en el Código en vigor el demente declarado en juicio, o sea, la persona que está imposibilitada en absoluto, de un modo total, de un modo completo, para el ejercicio de sus derechos civiles, que obra siempre representado por un curador. En cambio, afirma León, el inhabilitado ya es un semi-incapaz, una persona a la cual se le ha reconocido la posibilidad de que realice algunos actos de la vida civil, no representado, sino asistido, acompañado o aconsejado por un curador.

En su exposición León contempla la situación de aquellos que están en la zona fronteriza entre la incapacidad absoluta y total, y la capacidad plena y completa, que están en condiciones de dirigirse a sí mismos y que pueden realizar algunos actos de la vida civil y se pronuncia por un régimen de asistencia y no de representación.

Pese a que no logró mayoría lo sustentado por el Dr. León, sin ninguna duda, estas ideas no fueron olvidadas y fueron continuadas en posteriores jornadas, congresos y proyectos legislativos.

Efectivamente, pese al rechazo, con el correr de los años, como afirma Alejandro Borda [15], se empezó a hacer evidente que la clasificación capaces-incapaces, resultaba insuficiente pues, entre los dos tipos extremos existe una gama de diferentes situaciones que no pueden ser identificadas con uno u otro.

Anteproyecto de Código Civil de 1954

Este anteproyecto encaró una reforma del Código Civil y recoge claramente los antecedentes del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil y establece el instituto de la inhabilitación y la asistencia del curador en vez de la representación [16].

En las notas a los artículos 94 a 98 del Anteproyecto, se expresa que con el régimen de la inhabilitación legislado en este capítulo, que constituye una importante innovación respecto de código vigente y los proyectos nacionales anteriores, aceptamos la "semi-interdicción" de las legislaciones extranjeras más adelantadas. Nos hemos inspirado especialmente en los códigos italiano y suizo y también seguidos muy de cerca por el reciente Código venezolano.

El inhabilitado no se convierte en un incapaz. Conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil que no fuesen exceptuados. La novedad consiste en que para proteger al propio sujeto y aún más a su familia, de su carencia de control, se le veda la realización por si mismo de ciertos actos especialmente riesgosos, que la ley enumera. Tales actos pueden ser efectuados por el inhabilitado con la conformidad del curador, que a ese efecto debe designar el juez.

La institución de la prodigalidad que acepta este proyecto, sólo se concibe como un amparo de la familia, sociedad natural y básica del Estado. De aquí que sólo deba funcionar cuando el pródigo tenga parientes, cuyo sostenimiento se considera deber esencial del hombre.

Por otra parte, para eliminar toda posible arbitrariedad acerca de lo que pudiera juzgarse gasto abusivo o irrazonable se ha preferido, siguiendo al Código peruano, tasar la disipación de bienes en una tercera parte del total. Cuando esto ocurra se habrá incurrido en prodigalidad, quedando desde entonces abierta para los miembros de la familia, la posibilidad de obtener la inhabilitación de pródigo y de resguardar la mayor parte de su haber.

Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

Este Congreso tuvo lugar en la ciudad de Córdoba en el mes de octubre de 1961 y si bien por falta de tiempo no trato el tema Nº 3: "Protección de los incapaces por prodigalidad, toxicomanía, deficiencia mental, etc.", fue muy importante la ponencia de los doctores Jorge Joaquín Llambías y Guillermo A. Borda.

La ponencia seguía la línea doctrinal de introducir tutela para ciertos personas que no llegaban a ser incapaces, pero eran merecedores de protección ellos o su familia [17].

En la fundamentación expresan los autores que auspician la "semi-interdicción" de las legislaciones extranjeras más adelantadas.

Asimismo, el inhabilitado no se convierte en un incapaz ya que conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil que no fuesen exceptuados.

La inhabilitación tiene un sentido tutelar que se concreta en una restricción de la capacidad.

Indican que las fuentes especialmente seguidas han sido, además de los antecedentes históricos, bien conocidos [18], los códigos italiano, suizo, alemán, venezolano, peruano, francés, chileno, brasileño, mexicano, español, portugués y la ley noruega del 28 de noviembre de 1985.

El dictamen de los Dres. José A. Buteler y Alberto R. Bonadero recomendaba como antecedente con miras a la reforma del Código Civil en esta materia la ponencia de los doctores Llambías y Borda. Y fue el despacho de la comisión definitiva que suscribían José A. Buteler, Alberto J. Molinas, Hernán Racciatti, Alfredo Sahd, Alberto Bonadero, Jorge Joaquín Llambías y Rómulo E. M. Vernengo Prack (en disidencia parcial) y un dictamen en disidencia de Diego R. May Zubiría.

Si bien el tema no llegó a tratarse como hemos dicho por falta de tiempo, las ponencias y el dictamen de la Comisión tuvo importante influencia en la reforma que vendría siete años después con la ley 17.711 en la que el ponente de este Congreso Dr. Guillermo A. Borda tuvo decisiva actuación.

Segundas Jornadas de Derecho Civil (Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1965)

Nuevamente es tema de estudio la conveniencia de legislar sobre la inhabilitación y, en este sentido, la comisión que trató el tema II "Inclusión de nuevas categorías de incapaces en una eventual reforma del Código Civil argentino" recomendó:

1º) Conviene incorporar al C.C. el régimen de la inhabilitación respecto de:

- Los enfermos o débiles mentales, aún aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria, si el ejercicio de su capacidad plena, a criterio del juez, pudiere redundar en perjuicio de sus intereses.

- El ciego de nacimiento sin instrucción.

- Los que por embriaguez habitual, o uso de estupefacientes, expusieren a su familia a caer en la indigencia.

2º) Los inhabilitados necesitarán para la realización de los actos que hacen a la administración ordinaria, la asistencia y conformidad del curador. En todos aquellos que la excedieran, deberá requerirse además la autorización judicial. Si el curador negara su conformidad o estuviere impedido para darla, el inhabilitado, asistido por el Ministerio Público de menores e incapaces, podrá recabar la venia judicial.

Como se advierte, hay coincidencia en incorporar la figura intermedia entre la capacidad y la incapacidad, o sea, la tutela a los casos intermedios, los débiles que no llegan a la situación de incapacidad.

Asimismo influye grandemente el testimonio del *derecho comparado* en pro de la interdicción, o inhabilitación, según nos parece, decisivo, sobre todo si se atiende al rumbo que señalan las leyes de mejor técnica, así tenemos:

Código español: arts. 200 inc. 3 y 221; chileno (arts. 342 y 442); colombiano (arts. 432 y 531); peruano de 1935 (arts. 555 inc. 4 y 576 a 586); portugués anterior (arts. 340 a 352); brasileño anterior (arts. 6 inc. 3 y 459); alemán (art. 56 inc. 6 inc. 2 y arts. 112 a 114); suizo (art. 370).

Tenemos además una constante en pro de la inhabilitación que viene desde la ponencia del Dr. León al Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil y que va a tener recepción legislativa con la reforma de la ley 17.711.

La ley 17.711. El art. 152 bis del Código Civil

El 22 de abril de 1968 se sanciona y promulga la ley 17.711, publicada en el Boletín Oficial el 26 de abril de 1968.

Esta importante reforma, vigente hasta hoy, como expresa Diego Norberto Quirno, derogó la incapacidad de hecho de los ausentes declarados en juicio y de la mujer casada, dando una mejor redacción al art. 55 pero mantiene la distinción entre incapaces de hecho absolutos (art. 54) y relativos (art. 55) y la gran innovación es la incorporación de la categoría de los inhabilitados [19].

Con el art. 152 bis siguiendo en gran medida los antecedentes que hemos mencionado, se inserta una cuña en el sistema estructurado por Vélez Sársfield al introducir la inhabilitación, institución que pretende amparar a las personas que no pueden ser calificadas como dementes pero que necesitan ser protegidas [20].

La norma no define al inhabilitado sino que enumera las situaciones en las cuales corresponde decretar la inhabilitación [21].

Ricardo D. Rabinovich-Berkman afirma que la alternativa a la bipolaridad (capacidad-incapacidad) es la gradación personalizada de las declaraciones de interdicción y a eso parece haber apuntado el art. 152 bis, introducido por la ley 17.711 [22].

El art. 152 bis textualmente establece:

"Podrá inhabilitarse judicialmente:

1. A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;

2. A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio;

3. A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusieren a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte integrante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actor entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Analizando la norma precedente expresa Roberto Rovere que *"mediante el instituto de la 'inhabilitación', la reforma amplia la protección jurídica de las personas mayores de edad, limitada hasta ahora a los 'dementes' propiamente dichos y a los 'sordomudos', extendiéndola a sujetos que por determinados motivos se pueden hallar en desventajas en el trato con sus semejantes y expuestos, por lo tanto, a realizar negocios con grave perjuicio de ellos y de sus familias"* [23].

Los inhabilitados no son incapaces de hecho, se trata en todos los casos de personas con capacidad de hecho, pero que tienen determinadas limitaciones a esa capacidad.

Además, los curadores que se le nombran a los inhabilitados no actúan en representación de ellos, sino únicamente prestando su asentimiento o conformidad a los actos de disposición, estableciendo lo que el Dr. León ya en el Segundo Congreso de Derecho Civil [24] sostenía, que el inhabilitado no es representado sino asistido, acompañado o aconsejado por un curador.

Para nosotros es tan importante la figura de la inhabilitación introducida en el Código que coincidimos totalmente con Taiana de Brandi y Llorens en el sentido que hoy en día la consigna debe ser llegar a la declaración de incapacidad (art. 141 C.C.) como medida extrema y acudir en la generalidad de los casos a la inhabilitación (art. 152 bis C.C.) [25].

Breve análisis del art. 152 bis C.C.

El artículo prevé:

"Podrá inhabilitarse judicialmente:

1. "A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio".

Coincidimos con José A. Tobías de que *"la temática de la inhabilitación por ebriedad habitual o uso de estupefacientes bien podría unificarse en su análisis, atendiendo a que en una noción más amplia, ambas situaciones pueden ser subsumidas en una causal única: la del uso de sustancias calificables como drogas. También el alcohol, en efecto, es clasificado -comúnmente- como una droga"* [26].

La drogadicción y el alcoholismo hoy en día son dos vicios que provocan serios trastornos fundamentalmente en la juventud y constituyen las principales causa de la violencia, delincuencia y accidentes de tránsito.

Coincidimos con Ghirardi [27] *"que tanto en el caso de uno como otro vicio, es menester que la dedicación y absorción por ellos sea grave y crónica. Ninguna influencia sobre la capacidad tendría el estado pasajero de inconsciencia provocado por la bebida o por la droga que se ingiera accidentalmente, aunque se hubiera hecho en grandes cantidades. Solamente el consumo periódico y habitual de bebidas alcohólicas o estupefacientes, sea de índole que fueren, es susceptible de causar el estado de embotamiento y disminución general de las facultades del individuo que constituye uno de los presupuestos de su protección legal"*.

La incidencia de ambos fenómenos sobre la realidad social, afirma Tobías [28], *"se presenta en la actualidad con una extensión y gravedad tales, que es cada vez mayor la búsqueda de procedimientos tendientes a su contención, prevención y cura"*.

En Córdoba como en casi todas las ciudades del país es penoso recorrer a la madrugada las calles por la presencia masiva de jóvenes alcoholizados y drogados [29].

Aquí el sujeto no tiene deteriorada su razón, no es un demente, aunque drogadicción y ebriedad pueden facilitar el camino hacia la locura, pero tiene en cambio profundamente disminuida su voluntad [30].

Aquí se protege tanto al individuo cuanto el patrimonio que él posea ya que coincidiendo con Ghirardi nada interesa al derecho el vicio o el exceso privado que no afecte ni influya en la vida de relación..

Hay coincidencia que ebriedad y toxicomanía, para que puedan llegar a configurar el caso previsto por la ley como pasible de protección, han de ser hábitos y constituir verdaderos vicios [31].

Así nos dice Buteler [32] que *"es indudable que la hipótesis no es otra que la del alcoholista crónico. Ya sabemos nosotros que el alcoholismo crónico no es un vicio, como invariablemente decimos, sino que es una enfermedad, y se la ha clasificado como una enfermedad inculpable"*.

Es pacífica la doctrina que, como indica Buteler, *"es el caso de la persona que se crea para sí la necesidad de ingerir dosis de bebidas alcohólicas de modo habitual, cotidiano, creándose así un cierto estado de dependencia física y somática; y esto, prolongado en el tiempo, trae consigo un trastorno que no deja de ser morboso, patológico, que relaja la voluntad y menoscaba la integridad mental en cierta medida. El estado de este paciente puede agravarse de tal manera, hasta llegar a configurar estados demenciales clínicamente estudiados y analizados"*.

En el toxicómano o drogadicto, se crea, al igual que en el alcoholista crónico, esa necesidad, de usar de la droga; eso se torna habitual, y día a día, momento a momento, se crea esa situación de dependencia somática en virtud de la cual el sujeto sigue y sigue usando de la droga y cada vez más dosis. Así se llega pronto, como en el alcoholismo crónico, a un estado de embotamiento permanente, lo que lleva ínsito un déficit psíquico intelectual; se relaja la voluntad y se menoscaba la integridad mental de la persona.

Acota Tobías [33] que en el caso del alcohol existe la posibilidad de acceder libremente a su uso, mientras las toxicomanías se vinculan con productos de uso reglamentado y de acceso habitual imposible, tema este último que hoy en día está en discusión y es ajeno a este trabajo [34].

Asimismo no sólo mantiene actualidad sino que cada vez es mayor el problema de la drogadicción y el alcoholismo por lo que coincidimos con Tobías quien hace varias décadas expresaba que *"sorprende, verdaderamente, la confrontación de la realidad indicada con la muy escasa utilización del instituto de la inhabilitación por estas causales. Esta característica es observable en la práctica de los tribunales argentinos, donde resulta difícil ubicar sentencias de inhabilitación fundadas en el inciso 1 del art. 152 bis; el uso casi inexistente del instrumento de la inhabilitación frente a la cada vez mayor extensión de los fenómenos del alcoholismo y el uso de estupefacientes, constituye una constante paradojal también en otros países"* [35].

Inc. 2: "Disminuido en sus facultades"

No es pacífica la interpretación que se hace acerca del alcance del término "disminuido en sus facultades". ¿Se entiende a cualquier situación de inferioridad, ya sea física o psíquica?

Una parte numerosa de la doctrina se ha pronunciado por una interpretación amplia de la causal, entendiendo que ella abarca también a los disminuidos en sus facultades físicas [36].

Con la claridad que lo caracteriza nos dice Guillermo A. Borda que la ley no hace ninguna distinción entre facultades psíquicas y físicas por lo que para este autor *"lo que es determinante para la decisión judicial es la protección del disminuido psíquica o físicamente"* [37].

Afirma Borda que *"parece razonable no restringir la protección a los disminuidos en sus facultades mentales sino considerar que abarca también, a las limitaciones físicas (ceguera, debilidad orgánica, parálisis, senilidad, etc.) en la medida en que tales limitaciones puedan provocar un daño en el patrimonio o en la persona del sujeto"* [38].

Comparte también este criterio Julio César Rivera quien expresa que los sostenedores de la interpretación amplia consideran que el fin de la ley radica en la protección a todo sujeto disminuido -sea en sus facultades psíquicas o físicas- que pueda, debido a su padecimiento, otorgar actos jurídicos perjudiciales. De este modo, podrían ser declarados inhabilitados quienes padecieran de ceguera, sordera total, parálisis total, o los que tienen una edad muy avanzada aun cuando no padecieran propiamente de senilidad (Borda, Garrido y Andorno y Mazzingui (h)) [39].

Para otro sector están excluidos los disminuidos físicos, así Tobías [40] expresa que *"para ubicar la cuestión en sus verdaderos alcances, el análisis debe necesariamente circunscribirse a los supuestos en que la persona conserva dentro de la normalidad sus facultades mentales pero carece de posibilidad de expresarlas -o tiene extremas dificultades para hacerlo- en razón de deficiencias en sus facultades físicas. Si la disminución es causa de una disminución mental, el supuesto queda claramente comprendido en el inciso, por el 'efecto' y no por la 'causa'"*.

Así centralizado el problema, indica Tobías que debe afirmarse:

a) La frase del inciso -"sin llegar al supuesto previsto en el art. 141- fija el verdadero alcance de la expresión anterior de modo que el supuesto jurídico queda circunscripto a los disminuidos mentales [41].

b) El remedio de la inhabilitación es inidóneo para dar solución al problema pues el único instrumento adecuado para suplir la imposibilidad de expresar la voluntad es la representación y no la asistencia.

c) La capacidad genérica del inhabilitado, prosigue Tobías, resultante de la sentencia, mantiene en pie el problema de quien por hipótesis no puede expresar su voluntad.

Por ello, concluye el autor en cita, resulta notorio el vacío de nuestro sistema en esta materia, que requiere ser cubierto a través de una reforma legal que establezca que la enfermedad corporal que impide o dificulta gravemente la manifestación de la voluntad es causal de interdicción.

Como veremos más adelante el Proyecto de Código Civil de 1998 ubica la disminución de las facultades físicas en el ámbito de la inhabilitación, lo que merece las críticas de Tobías [42].

Conforme lo precedente no hay discusión acerca de que se protege al débil mental", es decir, aquellas personas que se encuentran en un estado intermedio entre la plena normalidad y la alienación (semialienados, seniles, débiles mentales).

La debilidad puede ser:

a) *Congénitas:* es decir, de nacimiento, no adquiridas. Caso la oligofrenia, situación de déficit natural en el orden mental. Déficit leve, sin llegar al extremo de la alienación.

b) *Adquiridas:* por enfermedades, sífilis, meningitis, lesiones, la avanzada edad y aquí distinguir la *senectud:* decadencia normal por el paso de los años pero que no deja de ser normal; *senilidad:* hay una anormalidad.

La figura protege al disminuido por lo que afirma Guillermo A, Borda que *"siempre que el juez considere que su estado lo inhabilita para el manejo libre de sus bienes, debe protegerlo nombrándole un curador"* [43].

Inc. 3: "Inhabilitación del pródigo"

En primer término decimos que el pródigo, siguiendo al Dr. Buteler Cáceres [44], quien nos da el concepto del diccionario de la lengua: *"Pródigo es el disipador, gastador, manirroto, que desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón"*.

Tenemos entonces que el pródigo es el disipador, el que gasta desmedidamente, descontrolado e irracional.

Hay que distinguir:

A) *Prodigalidad pura o esencial:* La que experimenta una persona perfectamente normal y sana desde el punto de vista médico, caso del jugador, mujeriego, ilusionista, etc..

B) *Prodigalidad sintomática:* Es cuando la prodigalidad es expresión de una enfermedad mental con desórdenes de conducta, debilidad volitiva y déficit de juicio.

Es muy probable que el toxicómano, que se embriaga habitualmente, disminuido mental dilapide su patrimonio o realice gastos irracionales, descontrolados, etc..

Afirma Buteler Cáceres [45] que en este inciso se trata de la prodigalidad pura, caso difícil que se dé ya que normalmente el pródigo presenta alguna alteración que le lleva a fallar en el juicio o voluntad.

Hay quienes no aceptan la prodigalidad pura, sino que siempre es una manifestación de una determinada anormalidad psíquica, que podrá ser, según el caso, de una enfermedad mental psicótica, de una enfermedad mental no psicótica o de una personalidad psicopática.

Para Tobías, si tal fuera el alcance de la prodigalidad como causal de limitación a la capacidad, es evidente que su configuración como causal autónoma carecería de todo sentido, pues -en nuestro derecho- el art. 152 bis inc. 2, permitiría comprender esas hipótesis, dentro de la expresión más genérica *"disminución en sus facultades o, en todo caso, ellas quedarían subsumidas dentro del presupuesto del art. 141"* [46].

En esta figura, el fundamento es *"económico jurídico"*, aquí no se lo inhabilita porque esté enfermo sino porque gasta, se protege al núcleo familiar, sólo pueden solicitar la inhabilitación por prodigalidad los ascendientes, descendientes y cónyuge, es decir, los herederos forzosos.

Requisitos para la inhabilitación por prodigalidad

1) *Existencia de familia:* Para que proceda la inhabilitación el presunto pródigo debe tener herederos forzosos.

"Que expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio". Si lo que se está protegiendo es que el núcleo familiar no quede en la indigencia, entonces, únicamente podrían solicitarlo los hijos menores, el cónyuge no separado por su culpa y los padres impedidos, pero no si los familiares tienen sus ingresos y no reciben alimentos del pródigo, pero, como está redactada la norma cualquiera de los parientes citados pueden solicitarla por más que no reciban alimentos, razón por la cual, al decir de Ghirardi [47], es un medio de salvaguardar futuras herencias.

No se protege al pródigo; Borda pondera esto ya que manifiesta que la razón que justifica la intromisión de la sociedad en la forma en que los particulares gastan su patrimonio es la protección de la familia [48].

Adherimos a la opinión de que deberían contemplarse también las necesidades y el interés del propio dilapidador proveyendo a inhabilitarlo cuando carezca de familia y, al decir de algunos, con mayor razón cuando carezca de familia ya que no tendría a nadie que se haga cargo del pródigo cuando quede en la indigencia [49].

Tobías [50] expresa que en numerosas legislaciones, la existencia o inexistencia de un núcleo familiar es indiferente a los fines de la limitación de la capacidad: en ambos casos ella es procedente si se cumplimenta el resto de los presupuestos previstos.

2) *Prodigalidad en actos de administración y disposición:* Es decir: los negocios jurídicos realizados deben demostrar la disipación, dilapidación, despilfarro.

Por tanto, el sujeto debe haber realizado gastos superfluos, innecesarios, irrazonables.

Para Julio César Rivera [51] (pág. 517), la dilapidación en sí debe provenir de gastos injustificados, lo que comprende a los ruinosos, excesivos, irracionales, vanos, inútiles,

insensatos o caprichosos; en suma, todos aquellos que no tengan una finalidad justificada o sensata.

Actos de disposición: Los que disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio o que comprometen su porvenir por largo tiempo.

Actos de administración: Los que tienen por objeto hacer producir a los bienes los beneficios que normalmente pueden obtenerse de ellos, respetando su naturaleza y destino.

3) *Dilapidación de parte importante del patrimonio:* Es necesario que ya se haya producido un resultado, que ya se haya realizado la dilapidación, el gasto innecesario, irracional.

Adherimos a la crítica que realiza Ghirardi en el sentido que se necesite ya la producción del daño, considera suficiente que se exponga a la familia a la indigencia, pues de lo contrario se puede llegar tarde; *caso:* del que vende el único bien inmueble y tiene a los padres o hijo impedido [52].

Respecto a *"qué debe entenderse por parte importante"*, es un criterio flexible que deja librado al prudente arbitrio judicial la apreciación de esto.

Critican Buteler, Fraga, Llambías, que no se haya establecido un porcentaje (1/3) como el Código del Perú o anteproyecto de 1954; por nuestra parte coincidimos con Ghirardi y Borda que esto es correcto pues el juez apreciará con extrema prudencia el caso particular.

Hay que ponderar el *"prudente arbitrio judicial"* frente a las críticas de otros, pues la experiencia indica que, en estos casos, la magistratura es extremadamente prudente tratándose del delicado tema de la capacidad de las personas y nuestra experiencia profesional nos dice que a veces son tan prudentes que colocan al sujeto digno de tutela en indefensión.

Por ello, Luis Moisset de Espanés comentando la reforma expresaba que *"en los procesos de incapacidad o inhabilitación se encuentran en juego intereses delicados, que afectan a la persona en uno de sus atributos esenciales, por lo que es menester que la justicia actúe con suma prudencia"* [53].

Sin lugar a dudas coincidimos plenamente con el maestro Guillermo Borda cuando expresa que jamás ha de temerse por parte de los jueces por un ataque a las libertades o derechos humanos. En caso de *"duda"* se inclinan siempre por mantener la capacidad sin cortapisa [54].

¿Se debe inhabilitar al pródigo?

Ya sabemos la postura del codificador, quien en la nota al art. 54 explica las razones de la no legislación sobre el particular:

1) La prodigalidad no altera las facultades mentales.

2) La libertad individual no debe ser restringida sino en casos de interés público.

3) Difícil distinguir al pródigo del que no lo es a través de gastos inútiles.

4) Debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares.

Creo que el argumento de más peso es el *"tercero"*, en la Argentina contemporánea cual es el acto dilapidador, pero en esto, según el caso, extremar la prudencia, teniendo en cuenta quién lo pide, es decir, su situación patrimonial y las demás circunstancias del caso.

La legislación comparada en su forma mayoritaria incluye a los pródigos en la inhabilitación o limitación de capacidad.

Alemania: Art. 6º: "Puede ser incapacitado:

1º) Quien a consecuencia de enfermedad mental o debilidad mental no puede cuidar sus asuntos.

2º) Quien a causa de prodigalidad corra para sí o su familia el peligro de caer en el estado de necesidad.

3º) Quien a consecuencia de embriaguez habitual no pueda ocuparse de sus asuntos o creara para sí o sus familias el peligro de caer en el estado de necesidad o ponga en peligro la seguridad de otro. La incapacidad ha de alzarse si cesa la causa de dicha incapacidad".

España: Art. 221: "La declaración de prodigalidad deba hacerse en juicio contradictorio...".

Chile: Art. 342: "Están sujetos a curaduría general los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los que por prodigalidad o demencia...".

Puerto Rico: Art. 187: "La declaración de prodigalidad o embriaguez habitual debe hacerse...".

Código suizo: Art. 370: "Se proveerá de tutor a todo mayor de edad que por sus prodigalidades, su ebriedad, su inconducta o su mala gestión se exponga él o exponga a su familia a caer en la necesidad...".

Brasil: el nuevo Código del año 2001 establece que el pródigo es relativamente incapaz

Perú: Consagra la incapacidad relativa de los pródigos.

Por mi parte creo que siguen teniendo vigencia las palabras de Pedro León al fundamentar su ponencia en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil [55]: *"El pródigo no es el que intenta un negocio y fracasa en él; no es el hombre víctima de malas especulaciones o víctima de malos negocios, de crisis económicas, de pérdidas de cosecha, de fracaso en sus empresas. No. El pródigo es el hombre que se entrega a las dilapidación, derroche disparatado, desenfrenado, sin controles de ninguna clase, a la dilapidación anormal"*.

Por ello para León, los argumentos individualistas de Vélez Sársfield no pueden ser sostenidos en nuestra época; aplicaban la figura la liberal Francia y los regímenes de esa época en Italia y Alemania.

Para no abundar recomendamos la lectura de la brillante exposición de Pedro León en dicho Congreso, que mantiene plena actualidad, por lo que consideramos errada la eliminación de la prodigalidad en el proyecto de Código Civil de 1998.

Coincidimos con Diego Norberto Quirno [56] quien con relación al Proyecto afirmaba que *"el instituto parecía ya incorporado a nuestras prácticas y, en general, no encontraba actualmente detractores entre los autores que lo analizaban, por lo que su eliminación seguramente originará comentarios que no coincidirán con la adopción de ese criterio"*

Para advertir la importancia del tema cito a continuación los congresos, jornadas o encuentros que con posterioridad de la reforma de la ley 17.711 han tratado el régimen de la inhabilitación al igual que algunos proyectos de reforma tanto sea del Código como del art. 152 bis, y algunos códigos extranjeros.

Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1969)

El Congreso aprobó por mayoría el dictamen de la Comisión encargada del estudio del tema integrada por los doctores José A. Buteler, Luis Moisset de Espanés, Alberto Bonadero y Jorge Fraga.

Recomendación Nº 5 Tema V. El régimen de la inhabilitación en la Reforma (art. 152 bis).

Recomienda:

I. Declarar:

a) Que el inhabilitado tiene capacidad de obrar restringida y está sujeto, para determinados actos, al régimen de la asistencia.

b) Que la función de curador no debe limitarse a prestar su conformidad sino, asimismo, a vigilar el cumplimiento de los propósitos que lo llevaron a concederla.

c) Que la negativa o imposibilidad de obtener consenso del curador puede suplirse judicialmente.

II. Sustituir los dos párrafos finales del nuevo art. 152 bis por esta disposición:

"Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos, ni efectuar tampoco por sí solos los actos de administración que la sentencia les prohibiere expresamente. Si el curador negare su autorización o estuviere impedido para darla, podrá recabar la venia judicial".

III. Incorporar:

a) Al régimen de la inhabilitación judicial, el caso del ciego de nacimiento sin instrucción.

b) Una nueva norma que autorice al juez para que en juicio de in-sania, si el denunciado como demente no lo es, pueda disponer su inhabilitación, si lo estimare procedente, según las circunstancias del caso y a tenor del art. 152 bis.

c) El requisito de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la declaración judicial de inhabilitación, para que sea oponible a los terceros.

Tercer Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1989)

Validez de los actos de los dementes, interdictos e inhabilitados, el despacho en su parte pertinente expresa:

De lege lata

Inhabilitados:

17) La regla general que rige en materia de eficacia de los actos celebrados por el inhabilitado es el de la validez para los actos entre vivos, con excepción de los actos de disposición o administración expresamente incluidos en la sentencia.

18) Los actos cumplidos sin la participación del asistente son nulos y de nulidad relativa.

19) La invalidez de los actos de disposición entre vivos o de administración mencionados en la sentencia celebrados por el inhabilitado judicialmente no queda enervada por la buena fe del contratante y el carácter oneroso del acto.

20) La negativa del curador a prestar el asentimiento, cuando es abusiva, puede ser suplida por la autorización judicial.

21) No rige el sistema de prueba simplificada del primer párrafo del artículo 473 respecto de los actos anteriores a la sentencia de inhabilitación, sin perjuicio de recurrir a la mecánica del art. 954 del C.C.

22) Para los actos de disposición basta simplemente la asistencia del curador, y por lo tanto no es de aplicación la exigencia del artículo 434 del C.C.

23) Los actos posteriores a la sentencia e inhabilitación no requieren la intervención del Ministerio Pupilar.

24) El curador del inhabilitado está legitimado para articular la acción de nulidad respecto del acto celebrado por el inhabilitado sin su intervención.

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., setiembre 1991)

Comisión Nº 5: Derecho de Familia: Familia, sociedad y derecho frente a la drogadicción.

Recomendaciones de *lege lata:*

... II) La fractura advertible entre la realidad social (caracterizada por el constante aumento de la drogadicción) y el casi inexistente funcionamiento del instituto de la inhabilitación fundado en las causales del inc. 1 del art. 152 bis, constituyen un llamado de atención que induce a ubicar los motivos de esta fractura y, consiguientemente, a indagar la verdadera esencia y funciones de la inhabilitación (unanimidad)...

VI) Si bien el drogadicto como el alcohólico son enfermos, la sola inhabilitación por estos motivos, no da lugar a la causal prevista en el art. 203 del C.C. (unanimidad).

Fuentes: Según Bueres y Highton (*Código Civil*, Hammurabi, Bs. As., t. 1, pag. 744); las fuentes del art. 152 bis son el C.C. italiano, arts. 415 y 427; Cód. suizo, arts. 370 y 395; Cod. Portugués, arts. 409 a 412; Cod. venezolano, arts. 409 a 411; Cod. francés, arts. 499 y 512; anteproyecto de 1954, arts. 94 a 97.

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, setiembre 1993)

Despacho de la Comisión Nº 1 que trató el tema de los inhabilitados:

Despacho de lege lata:

1º) El inhabilitado es persona capaz para obrar, pero con limitaciones a dicha capacidad, pues para otorgar determinados actos necesita "asistencia"...

3º) La expresión "estupefacientes" debe ser entendida con criterio de amplitud; es decir, que ella comprende toda droga o sustancia que genere toxicomanía.

4º) *Despacho a:* el inc. 2 del art. 152 bis. Comprende al disminuido en sus aptitudes psíquicas.

Despacho b: El inc. 2 comprende a los disminuidos en sus aptitudes psíquicas y a aquellas personas que por razón de sus deficiencias físicas merecen ser protegidas por medio del régimen de asistencia.

Agregado del Dr. Tobías: Debe distinguirse la denominada prodigalidad esencial o pura de la denominada prodigalidad sintomática. Esta última, queda enmarcada en el inc. 2 del art. 152 bis. O, en su caso, en el art. 141.

6º) Cabe entender que los deberes del curador incluyen la protección de la persona del asistido, particularmente en lo que concierne al tratamiento médico y a la recuperación de este último.

11) El propio sujeto interesado posee legitimación para requerir su inhabilitación o su rehabilitación.

12) Los actos otorgados por el sujeto con anterioridad a la sentencia que lo inhabilitó, pueden ser impugnados por el vicio de lesión cuando haya mediado un obrar con "ligereza".

Despacho de lege ferenda:

2º) *Despacho a:* En materia de prodigalidad, el interés tutelado por la ley debe ser el propio sujeto inhabilitado y el de su familia (Bueres, Tobías, Goldenberg, mayoría).

Despacho b: Se recomienda el mantenimiento del criterio que rige para inhabilitar al sujeto por prodigalidad en el actual art. 152 bis en lo atinente a la necesidad de existencia de un núcleo familiar.

3º) Debe reemplazarse el requisito actual contenido en el inc. 3 del art. 152 bis de que se haya dilapidado una parte importante del patrimonio, por el recaudo de que el comportamiento dilapidatorio exponga al sujeto a la ruina o a la pobreza o comprometa el cumplimiento de sus obligaciones familiares.

Código paraguayo de 1987

Art. 89.- "Se declarará judicialmente la inhabilitación de quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofícicos, no sean aptos para cuidar su persona o atender sus intereses.

Si en este juicio llegaren a probarse los hechos previstos en el articulo 73, se declarará la interdicción del denunciado".

El art. 73 se refiere a los incapaces por causa de enfermedad mental.

Art. 90.- "El inhabilitado no podrá disponer de sus bienes ni gravarlos, estar en juicio, celebrar transacciones, recibir pagos, recibir ni dar dinero en préstamo, ni realizar acto alguno que no sea de simple administración, sin la autorización del curador que será nombrado por el juez.

Se aplicarán, en lo pertinente a la inhabilitación, las normas relativas a la interdicción y su revocación.

Se inscribirá, igualmente, en el registro respectivo, la sentencia que declare la inhabilitación de una persona".

Código del Perú de 1984

Art. 44.- "Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil".

Proyecto de Código Civil Unificado de 1998

Art. 42.- "*Inhabilitados.* Puede inhabilitarse judicialmente a los ebrios o toxicómanos consuetudinarios, y a los disminuidos en sus facultades físicas o psíquicas, cuando del ejercicio de su plena capacidad puede resultarles presumiblemente algún daño".

Se mantienen dos de los tres presupuestos que actualmente regula el art. 152 bis del C.C., aunque cuando se habla de disminución de facultades se aclara que se refiere tanto a las físicas como a las psíquicas para de esa manera poner fin a la actual discusión sobre si están comprendidas las disminuciones físicas.

Se suprime la inhabilitación de los pródigos sin expresar en los Fundamentos que acompaña al Proyecto cuáles son los motivos de esta supresión.

Proyecto de ley de Taiana de Prandi y Llorens [57]

Art. 152 bis.- Podrá inhabilitarse judicialmente:

1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2º) A los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3º) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviese cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrara un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el supuesto del inc. 2 de este artículo, el juez deberá tener en cuenta para la designación del curador la voluntad expresada por el protegido antes de la disminución de sus facultades, en la forma prevista en el art. 475 bis de este Código. Igualmente ha de procederse en el caso del inc. 1 de este artículo, cuando esté demostrado que esa declaración fue hecha antes de la embriaguez habitual o uso de estupefacientes por el protegido.

Propuesta del Dr. Juan Carlos Ghirardi [58]

Art. 152 bis.- "Podrá inhabilitarse judicialmente:

1º) A quienes por alcoholismo crónico, o uso habitual de estupefacientes, estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;

2º) A los disminuidos en sus facultades físicas, e insuficientes mentales que no lleguen al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, cuando el juez, previo examen de facultativos, estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar probablemente daño a su persona o patrimonio;

3º) A quienes, en razón de su prodigalidad, se expusiesen a la pérdida total o de parte importante del capital integrante de su patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación para salvaguardar al pródigo, sus ascendientes y cónyuge, y podrá ser declarada a pedido de éstos o del Ministerio Pupilar.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán realizar actos entre vivos que pongan en peligro el capital integrante de su patrimonio, sean éstos de disposición o de administración extraordinaria, pudiendo realizar libremente los de simple administración y los de última voluntad. En principio deben considerarse como integrantes de las dos primeras categorías los actos enunciados por los arts. 443 excepto el inc. 11, y 1881, excepto los incs. 5 y 6, aunque ello admite prueba en contrario.

Toda divergencia entre el inhabilitado y curador ha de ser resuelta sumariamente por el juez. De la misma manera, éste podrá autorizar al inhabilitado a la realización de actos a los que el curador injustificadamente negara su asistencia.

Los actos realizados por el inhabilitado sin la conformidad del curador, o sin la venia judicial supletoria en su caso, son nulos de nulidad relativa. Los actos anteriores a la declaración de inhabilitación podrán ser anulados conforme a las disposiciones generales establecidas por este Código en materia de actos jurídicos. En uno y otro caso podrán oponerse a la nulidad los terceros de buena fe y a título oneroso.

La sentencia de inhabilitación deberá ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas".

En su proyectado art. 144 contempla como legitimados para los dos primeros incisos:

B) El cónyuge no divorciado;

C) Los parientes en grado sucesible;

D) El Ministerio Pupilar"

Como vemos, no contempla al propio sujeto a inhabilitar.

NOTAS:

[1] Conf. Juan Carlos Garibotto, *Teoría general del acto jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 84.

[2] Conforme Juan Carlos Ghirardi, *La inhabilitación judicial*, Buenos Aires, Astrea, 1980, págs. 148/149, autor que a su vez coincide con Alberto J. Molina a quien cita al pie de página en nota 387.

[3] Conforme Alejandro Borda, "La incapacidad (hacia un replanteo de la inhabilitación y de la insania)", trabajo publicado en el libro de homenaje a Alberto J. Bueres, *derecho privado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 273.

[4] Juan Carlos Ghirardi, ob. cit., pág. 150.

[5] Ricardo D. Rabinovich-Berkman, "Una victoria en la lucha contra la bipolaridad (o de cómo ir saliendo de un sistema anacrónico), trabajo publicado en Microjuris, MJD3173.

[6] Nelly A. Taiana de Brandi y Luis R. Llorens, "La incapacidad como variable", publicado en Microjuris, MJD3435.

[7] Taiana de Brandi y Llorens, trabajo citado, pág. 2.

[8] Taiana de Brandi y Llorens, trabajo citado, pág. 2.

[9] Diego Norberto Quirno, "El discernimiento y la incapacidad absoluta de hecho en el Código Civil y en el Proyecto de Reforma", trabajo publicado en Microjuris, MJD1686.

[10] Juan Carlos Ghirardi, ob. cit., pág. 151.

[11] *Actas del Segundo Congreso*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1939, págs. 118/119.

[12] Recomendamos consultar el excelente fallo del juez de Federación Andrés Manuel Marfil quien con fecha 18 de mayo de 2007 ante la deficiencia mental leve de un joven con Síndrome de Down resuelve otorgarle una incapacidad parcial y lo autoriza a realizar actos de cualquier naturaleza cuyo importe no supere el 50% de un salario mínimo (publicado en Microjuris, MJJ12051).

[13] Art. 32 del Proyecto: "*Sentencia. Alcance de la incapacidad.* La sentencia que declara la incapacidad debe determinar la extensión y los límites de la incapacidad...".

[14] *Actas*, págs. 125/126.

[15] Alejandro Borda, trabajo citado, pág. 273.

[16] **Art. 94.-** *Extremos de la inhabilitación.* Podrán ser inhabilitados judicialmente:

1º. Los que por prodigalidad, embriaguez habitual, uso de estupefacientes o grave desarreglo de conducta, expusieron a su familia a caer en la indigencia;

2º. Los sordomudos y los ciegos que no hubiesen recibido una educación suficiente, y los enfermos y débiles mentales que el juez estime aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria, si el ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarles presumiblemente algún daño.

La inhabilitación podrá ser resuelta por el juez, a instancia del propio interesado, de las personas indicadas en el artículo 88, incisos 1 a 4, y aun de oficio si existiese demanda de interdicción.

Remisión

Las disposiciones referentes a la interdicción se aplicarán en lo pertinente al juicio de inhabilitación y al modo de determinar la rehabilitación.

Art. 95.- *Inhabilitación del pródigo.* Inhabilitación por causa de prodigalidad, sólo procederá si el imputado tuviera cónyuge con vocación hereditaria o parientes consanguíneos de línea directa, y si hubiese dilapidado más de la tercera parte de los bienes integrantes de su haber.

La acción corresponderá al cónyuge y a dichos parientes.

Art. 96.- *Actos impedidos.* Los inhabilitados no podrán sin la conformidad expresa de su curador:

1º) Celebrar transacciones ni estar en juicio, salvo respecto de acciones personalísimas;

2º) Enajenar o gravar sus bienes;

3º) Adquirir bienes, salvo a título gratuito;

4º) Efectuar préstamos o contraer obligaciones;

5º) Hacer inversiones en sus bienes, más allá de las necesidades de la administración corriente;

6º) Recibir pagos, salvo que proviniesen de la simple administración de los bienes;

7º) Efectuar actos de simple administración, o recibir pagos de cualquier índole, si así lo hubiese determinado la sentencia de inhabilitación.

Si el curador negase su conformidad, o estuviera impedido para darla, el inhabilitado podrá solicitar la venia judicial.

Art. 97.- *Sanción.* Los actos que efectuare el inhabilitado sin el concurso del curador cuando se requiriese, serán nulos.

Nulidad relativa

La nulidad podrá aducirse, exclusivamente, por el curador, el inhabilitado, los herederos de éste y el Ministerio Público.

Art. 98.- *Efecto de la interdicción y de la inhabilitación.* Las declaraciones de interdicción e inhabilitación surtirán efecto a partir de la ejecutoria del auto respectivo, pero no podrán oponerse a los terceros de buena fe, sino desde su publicación en el Registro correspondiente.

[17] El articulado propuesto en la ponencia decía:

Art. 1º.- Podrán ser inhabilitados judicialmente:

1º) Los que por prodigalidad, embriaguez habitual, uso de estupefacientes o grave desarreglo de conducta, expusieran a su familia a caer en la indigencia;

2º) Los enfermos y débiles mentales que el juez estime aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria, si del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultar presumiblemente algún daño.

La inhabilitación podrá ser resuelta por el juez, de oficio si existiese demanda de interdicción, y a instancia de las siguientes personas:

1º) El cónyuge, salvo que hubiese perdido su vocación hereditaria y estuviese disuelta la sociedad conyugal;

2º) Los parientes consanguíneos en grado sucesible;

3º) Los parientes por afinidad dentro del segundo grado;

4º) El Ministerio Público.

Las disposiciones referentes a la interdicción se aplicarán en lo pertinente al juicio de inhabilitación y al modo de determinar la rehabilitación.

Art. 2º.- La inhabilitación por causa de prodigalidad, sólo procederá si el imputado tuviera cónyuge o parientes consanguíneos de línea directa, y si hubiere dilapidado mas de la tercera parte de los bienes integrantes de su haber.

La acción corresponderá al cónyuge y a dichos parientes.

Art. 3º.- Los inhabilitados no podrán sin la conformidad expresa de su curador:

1º) Enajenar o gravar sus bienes;

2º) Adquirir bienes, salvo a título gratuito.

3º) Efectuar préstamos o contraer obligaciones, ni celebrar transacciones;

4º) Hacer inversiones de sus bienes, más allá de las necesidades de la administración corriente;

5º) Recibir pagos, salvo que proviniesen de la simple administración de los bienes;

6º) Efectuar actos de simple administración o recibir pagos de cualquier índole, si así lo hubiese determinado la sentencia de inhabilitación;

7º) Estar en juicio salvo respecto de acciones personalísimas.

Si el curador negase su conformidad, o estuviere impedido para darla, el inhabilitado podrá solicitar la venia judicial.

Art. 4º.- Los actos que efectuare el inhabilitado sin el concurso requerido del curador serán nulos.

La nulidad podrá aducirse, exclusivamente, por el curador, el inhabilitado, los herederos de éste y el Ministerio Público.

[18] Imaginamos que se refieren a los antecedentes doctrinarios y en especial a la ponencia del Dr. Pedro León al Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

[19] Diego Norberto Quirno, "Evolución del régimen legal de los incapaces de hecho", publicado en Microjuris, MJD1729.

[20] Conforme Alejandro Borda, trabajo citado, pág. 273.

[21] Conforme Alejandro Borda, trabajo citado, pág. 275.

[22] Ricardo D. Rabinovich-Berkman, "Una victoria en la lucha contra la bipolaridad...", trabajo citado, pág. 3.

[23] Roberto Rovere, *Reformas al Código Civil (ley 17.711)*, autores varios, Rosario, Ediciones Orbir, 1968, pág. 47.

[24] *Segundo Congreso de Derecho Civil*, Córdoba, 1937.

[25] Nelly A. Taiana de Brandi y Luis R. Llorens, "La incapacidad..." cit., trabajo publicado en Microjuris, MJD3435.

[26] José W. Tobías, *La inhabilitación en el derecho civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 53.

[27] Juan Carlos Ghirardi, ob. cit., págs. 166/167.

[28] José W. Tobías, ob. cit., pág. 53.

[29] El autor de estas líneas que permanentemente asiste a las fiestas de casamiento de los hijos de los amigos y colegas observa que después de las tres de la madrugada es imposible ir al baño por el estado de alcoholismo de los jóvenes para quienes la fiesta si no es con "canilla libre" de bebidas alcohólicas es un fracaso.

[30] Conforme Juan Carlos Ghirardi, ob. cit., pág. 167; Tobías, ob. cit., pág. 61.

[31] Juan Carlos Ghirardi, ob. cit., pág. 167.

[32] José A. Buteler, "Restricción a la Capacidad Civil de las Personas. La inhabilitación judicial. El Nuevo Régimen de la Curatela Asistencial (art. 152 bis del Código Civil)", Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Nº 10, Córdoba, 1980, pág. 39 y ss..

[33] José W. Tobías, ob. cit., pág. 53.

[34] La despenalización de la droga.

[35] José W. Tobías, ob. cit., pág. 54.

[36] Guillermo A. Borda, Benjamín Piñón y Jorge A. Mazzingui (h).

[37] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil. Parte General*, 6ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1976, t. I, pág. 519.

[38] Guillermo A. Borda, trabajo citado, pág. 276.

[39] Julio César Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. I, pág. 515.

[40] José W. Tobías, *Derecho de las personas*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 324.

[41] Comparten este criterio: Luis Moisset de Espanés, Juan Carlos Ghirardi, Patricio Raffo Benegas, Rafael Sassot, María Josefa Méndez Costa, L. Pérez Ríos, entre otros autores que han tratado el tema.

[42] José W. Tobías, *Derechos de...* cit., págs. 324/325.

[43] Guillermo A. Borda, ob. cit., pág. 519, quien sostiene que *"no será extraño a la decisión, el ambiente que rodea al enfermo, al anciano cuyas facultades psíquicas y físicas empiezan a claudicar. Si está rodeado de hijos honorables, si nada hace temer por sus bienes, la inhabilitación puede no justificarse; si, en cambio, está rodeado de parientes o domésticos sospechosos, y particularmente si dispone sin razón aparente de alguno de sus bienes (aunque no esté conformada la prodigalidad), el juez se sentirá inclinado por protegerlo inhabilitándolo"*.

[44] Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Nº 10, año 1980, trabajo citado.

[45] Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Nº 10, año 1980, trabajo citado, pág. 43.

[46] José W. Tobías, *La inhabilitación en el...* cit., págs. 101/102.

[47] Juan Carlos Ghirardi, *La inhabilitación...* cit., pág. 179.

[48] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho...* cit., pág. 522.

[49] Conforme Juan Cargos Ghirardi, ob. cit., pág. 180.

[50] José W. Tobías, ob. cit., pág. 107.

[51] Julio César Rivera, ob. cit., pág. 517.

[52] Juan Carlos Ghirardi, ob. cit., pág. 185.

[53] Luis Moisset de Espanés, "La absolución de posiciones y la declaración de demencia o inhabilitación", publicado en Sem. Jur.; C. y J., Nº 103, Córdoba, 16 de octubre de 1979 y publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

[54] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho...* cit., t. I, pág. 520.

[55] Pedro León, *Actas*, Córdoba, 1937, pág. 127.

[56] Diego Norberto Quirno, trabajo citado, pág. 8.

[57] Nelly A. Taina de Brandi y Luis R. Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pág. 75.

[58] Juan Carlos Ghirardi, ob. cit., pág. 258.

EL RÉGIMEN DE LA INHABILITACIÓN

por MANUEL O. COBAS

SUMARIO: I. Introducción. II. El debate acerca de la incapacidad en el II Congreso de Derecho Civil de 1937. III. La inhabilitación y el Congreso de 1961. IV. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil de 1969. V. El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998. VI. Viejas y nuevas tendencias doctrinarias a la luz de los Congresos Nacionales de Derecho Civil. VII. Conclusiones. VIII. Apéndice.

I. Introducción

La decisión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de realizar un homenaje a los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil llevados a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y a quienes los presidieron, me permite no sólo adherir a este merecido homenaje, sino también reflexionar sobre la visión, y opiniones de nuestros juristas y las circunstancias cambiantes que vivió nuestra sociedad en el curso del tiempo, a la luz de las normas y de las propuestas de normas, que regularon y regulan un tema principal en el derecho positivo argentino, como es el atingente a la capacidad de la personas y a su contracara, la incapacidad o las limitaciones y restricciones a dicha capacidad, en función de su propia protección, o en su caso de la familia o aun de terceros y del tráfico negocial.

Es grande a mi juicio, la influencia que ejercieron los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil, que se celebraron en 1927, 1937, 1961 y 1969, sobre el desarrollo del derecho positivo de nuestro país, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales; y esa influencia se justifica por la importancia de los temas analizados, por la enorme jerarquía de los juristas que participaron de los debates habidos en cada Congreso y, por el propio contenido de éstos. Basta repasar la doctrina, en particular, la especializada en este tema, para ver las continuas referencias a despachos y ponencias presentadas en los Congresos que trataron el tema [1].

Me voy a abstener de mencionar nombre alguno, para no ser injusto y dejar de nombrar a algunas de las brillantes personalidades del mundo del derecho a las que me refiero, que asistieron a los Congresos que nos ocupan y que marcaron con su pensamiento y su expresión, nuevos derroteros a las generaciones posteriores a través de sus deliberaciones, ponencias, dictámenes y observaciones.

Para todos ellos sin excepción, junto a quienes inspiraron y organizaron estos certámenes, y para quienes los presidieron también, mi modesto homenaje.

La magnífica labor jurídica realizada en estos Congresos, fue asimismo seguida y complementada por otras Jornadas de Derecho Civil, cuya realización prácticamente cada dos años llega hasta esta época, con plena lozanía [2].

En particular y pienso que por su importancia jurídica, el régimen de la inhabilitación, estuvo incluido en el III y IV Congreso Nacional de Derecho Civil, habiendo tratado el II Congreso, cuestiones vinculadas a la capacidad de las personas de existencia física.

También se incluyó el régimen de la inhabilitación en el temario de las I Jornadas de Derecho Civil, celebradas en el ámbito de la Universidad del Litoral, en 1963, y se reeditó en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil reunidas en la Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino, en Tucumán, en 1993, lo que termina por certificar la importancia de este tema y su necesaria inclusión en los Congresos Nacionales que hoy homenajeamos.

En el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, que tuvo por finalidad contribuir al estudio del Código Civil argentino y a su revisión, no se trató el tema de la inhabilitación.

El magnífico proyecto pergeñado por Dalmacio Vélez Sársfield, y luego convertido en Código Civil de la República Argentina, sólo contempla en materia de incapacidad de hecho, los supuestos de incapacidad absoluta y de incapacidad relativa, conforme sus arts. 54 y 55.

No trataba el Codificador, ningún supuesto de inhabilitación y sólo se refirió a los pródigos en su nota al art. 54, a cuyo texto nos remitimos por razones de brevedad, para explicar por qué

no los ponía en el número de incapaces, tomando decidida posición en una cuestión que llegaba desde el derecho romano y que continúa como se verá hasta nuestros días, sin ser resuelta definitivamente.

Parecía pues que el régimen de capacidad/incapacidad, configurado por Vélez, en los arts. 54 y 55, no requirió en oportunidad del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1927, la necesidad de reexaminarlo.

Los tres Congresos posteriores, sí, incluyeron el tema de la incapacidad y la inhabilitación, sea para rectificar o ratificar la clasificación de las incapacidades dispuesta en los mentados arts. 54 y 55, o para considerar situaciones intermedias a la dicotomía sano/enfermo mental, que planteó Vélez, proponiendo la introducción del instituto de la inhabilitación en el cuerpo legal mencionado, lo que ocurrió como es sabido en definitiva, en 1968, por vía de la ley de reforma parcial del Código Civil, que llevó el número 17.711 [3].

En el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en 1937, dedicado a examinar el Proyecto de Código Civil presentado en 1936 y elaborado por la comisión designada algunos años antes, se consideró como tema número dos, el análisis de la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa, frente a la modificación que pretendía el citado Proyecto y la inclusión especial del pródigo, del ciego de nacimiento sin instrucción y de los que habitualmente consumían estupefacientes.

Por dos votos de diferencia en la votación del plenario del Congreso, se rechazó el despacho de Comisión, aconsejando por consiguiente, mantener el esquema del Código Civil en materia de clasificación de la incapacidad de hecho dividida en incapacidad absoluta y relativa, y no incluir de manera específica en los supuestos de interdicción, a los pródigos, ciegos de nacimiento sin instrucción y a las personas que consumían estupefacientes.

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en 1961, estableció como tema número tres, la consideración de la protección de incapaces por prodigalidad, toxicomanía, deficiencia mental, etc., cuyo tratamiento primario estuvo a cargo de la comisión número dos, integrada entre otros por Jorge Joaquín Llambías, Berta K. de Orchansky y Werner Goldschmit. Lamentablemente, por falta de tiempo, el plenario del Congreso no contó con tiempo suficiente para tratar el tema.

Por último, el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en 1969, analizó temas resultantes de la reforma del Código Civil, producida por la ley 17.711 el año anterior, entre ellos, el nuevo régimen de inhabilitación consagrado en el art. 152 bis, vigente aún en la actualidad, en todas sus partes [4]. Este Congreso, declaró que el inhabilitado tiene capacidad de obrar, pero restringida [5], aconsejando entre otras cuestiones, introducir en el texto del art. 152 bis, al ciego de nacimiento sin instrucción, permitiendo además al juez del juicio de insania, disponer la inhabilitación, si no hubiera habido lugar al pedido de internación y las circunstancias del caso que así lo acreditaran. Esta es la actual posición del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación [6].

II. El debate acerca de la incapacidad en el II Congreso de Derecho Civil de 1937

Como se dijo antes, este Congreso consideró la reforma propuesta por el Proyecto de Código Civil, de 1936.

En su Libro I, Secc. I, Título III, art. 46 este Proyecto retomaba la consideración de la capacidad y denotaba los cambios habidos en la sociedad de la primera parte del siglo XX y los avances de la ciencia médica. Así se proyectaba en el art. 46 de dicho Proyecto que: “Todo aquel que por enfermedad mental, insuficiencia, desequilibrio o debilitación de sus facultades, no se hallare en condiciones de dirigirse a si mismo o de manejar sus negocios, podrá ser declarado incapaz por el juez de su domicilio a instancia de parte interesada. Procederá la interdicción si el estado morboso es habitual, aunque no fuere completo, o existieren intervalos lúcidos” [7].

Se propuso así, abandonar el vademécum de dolencias propuestas por Vélez en su art. 141, ya, en ese momento del siglo XX, absolutamente insuficiente desde el punto de vista médico y jurídico, englobándolas bajo la expresión "enfermedad mental", expresión ésta que recogió la reforma de la ley 17.711 y que luce en el actual texto del art. 141. Va de suyo que esta referencia de carácter médico, estaba acotada por la manifestación sociológica, que requería que, como consecuencia de la primera, la persona afectada, no estuviere en condiciones de dirigirse a sí mismo o de manejar sus negocios. En estas condiciones, la persona según el proyecto, podía ser interdicta.

A la enfermedad mental debe agregársele conforme dicho art. 46, la incapacidad por insuficiencia, desequilibrio o debilitación de sus facultades, en el mismo supuesto sociológico antes señalado, lo que con el agregado del texto que resultaba del art. 55 parecía abrir la puerta a una incapacidad relativa de hecho, a una especie de semi-incapacidad, con asistencia del curador para realizar determinados actos.

Así, en dicho art. 55, le daba al Tribunal, la posibilidad según las circunstancias, de autorizar al incapaz para que, con la conformidad del curador, administre sus bienes o realice determinados actos, que no fueren de disposición, posibilitando que dicho incapaz pudiere invertir por sí mismo, las rentas líquidas que obtuviere [8].

Frente a las normas proyectadas, la Comisión encargada de estudiar este tema, que llevó el Nº 2, puso a consideración de la asamblea el siguiente dictamen: "Que no se considera necesario el restablecimiento de la clasificación de la incapacidad de hecho en absoluta y relativa. Que tampoco considera necesaria la inclusión en forma especial entre los incapaces, del pródigo, del ciego de nacimiento y de la persona que hace uso habitual de estupefacientes".

En el primer caso, el Congreso decidió por veintitrés votos contra veintiuno, la subsistencia de la clasificación de incapaces de hecho en absolutos y relativos, rechazándose el despacho citado en este punto, manteniéndose así la versión escrita por Vélez, que es de destacar, supervive hasta hoy.

En el segundo caso, el plenario consideró innecesaria la inclusión de manera especial entre los incapaces, del pródigo, del ciego de nacimiento y de la persona que hace uso habitual de estupefacientes, que a mi juicio podrían incluirse en los supuestos de los arts. 46 y 55 del Proyecto, si se dieran las circunstancias fácticas allí enunciadas [9].

Cabe señalar que salvado el caso del ciego de nacimiento, el II Congreso estaba tratando ya en 1937, dos cuestiones como la prodigalidad y la drogadicción, que generan en la actualidad fuerte preocupación y opiniones contrapuestas, sobre todo, la referida al consumo habitual de estupefacientes.

Así, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1988 propuso mantener la inhabilitación del toxicómano junto con la de los ebrios consuetudinarios, cuando en el caso de ambas intoxicaciones, del ejercicio pleno de su capacidad pueda resultarles presumiblemente algún daño.

Este criterio es en líneas generales el del inc. 1 del art. 152 bis C.C..

Por el contrario, el Proyecto de 1988 excluyó de su texto, la inhabilidad del pródigo, que sí resulta del art. 152 bis inc. 3 C.C., sólo cuando el pródigo tenga ascendientes, descendientes o cónyuge.

En los supuestos mentados más arriba, a los que debe agregarse el debilitamiento de facultades físicas o psíquicas, se trata del instituto de la inhabilitación.

Empero, el análisis del II Congreso de Derecho Civil consideraba la noción de incapacidad, que aun con la flexibilización prevista por el art. 55 del Proyecto, que lo acercaba al instituto de la inhabilitación, presentaba claras diferencias de criterio, tanto con la reforma de la ley 17.711 que introdujo el art. 152 bis al Código Civil, cuanto al Proyecto de 1988, que propicia también los institutos de interdicción e inhabilitación, como instituciones relativamente autónomas.

Es interesante por consiguiente, analizar las disposiciones del Proyecto de 1936 y el debate suscitado en su consecuencia, para compararlas con tendencias jurídicas actuales en la materia, reflejadas por ejemplo en un proyecto de ley, introducido en la Cámara de Senadores de la

Nación, por los miembros de ese cuerpo, Luis A. Falcó y Azucena Paz, al que me referiré más adelante.

Resulta también interesante remarcar alguna cuestión planteada en los debates de este Congreso, con relación al pródigo, cuando su disipación se origina en el juego. ¿La persona que gana e incrementa su patrimonio a través del juego, podría ser inhabilitado? La respuesta pareciera ser negativa, dado que su patrimonio materialmente se incrementa y no disminuye en proporción alguna. Sin embargo, los hechos en la realidad, desmienten tan particular postura, en tanto salvo excepciones en las que se afirma la existencia de un pródigo "puro" sin base morbosa [10], el ludomaníaco parece sufrir de una compulsión de carácter psíquico [11], tiene un hábito que lo lleva a jugar repetidamente [12], sea con su propio capital o con las ganancias que obtuvo, o con fondos prestados o tomados de terceros, sin advertir por ese estado mental en que se encuentra, que el organizador del juego tiene a su favor las reglas de éste; el capital suficiente y el tiempo necesario para acreditar que el negocio del juego visto desde el lado de él o de la banca, permite que en general gane inveteradamente a ésta, y que para ella, desde este punto de vista el negocio deja de ser aleatorio, mientras que lo sigue siendo para el jugador.

El ludomaníaco termina perdiendo su dinero, dilapidando sus bienes, en tanto no tiene a su favor ni las reglas del juego que insiste en practicar al margen de cualquier regla de prudencia, ni el capital ni el tiempo necesario para ganar de manera sostenida e incrementar el activo de su patrimonio [13].

Por consiguiente, sea por compulsión o por hábito social, el pródigo por juego, terminará dilapidando su patrimonio irremisiblemente, y expuesto a otorgar actos perjudiciales para dicho patrimonio o para su persona misma [14].

Pero desde el punto de vista jurídico, la existencia de una enfermedad mental en el pródigo por juego [15], podría incluir a éste en los supuestos del art. 152 bis inc. 2 o de los arts. 46 y 55 del Proyecto de Código Civil de 1936, o del art. 42 del Proyecto de 1988.

III. La inhabilitación y el Congreso de 1961

El tema número tres, fue en este Congreso, la "Protección de las incapaces por prodigalidad, toxicomanía, deficiencia mental, etc.", y comprendió la cuestión que me ocupa.

Lamentablemente, por falta de tiempo, el tema no llegó a tratarse en las sesiones plenarias de este Congreso. Por ello adquieren relevante importancia las ponencias y trabajos presentados en el certamen y, entre ellas, las suscriptas por los Dres. Llambías y Borda que por su particular importancia y extensión, transcribimos en el apéndice de la presente monografía.

Quiero remarcar esta ponencia en particular, no sólo porque se trata de la brillante expresión jurídica del tema expuesta por dos grandes maestros del derecho y refleja de alguna manera el pensamiento del anteproyecto de Código Civil elaborado en el Ministerio de Justicia de la Nación en 1954, sino porque además en su texto encontramos el hilo conductor que nos traslada al actual art. 152 bis C.C., originando [16] la reforma del Código Civil de 1968, impulsada, a su vez, por el Dr. Borda, coautor precisamente de la ponencia a la que estoy haciendo referencia [17].

Veamos. En la primera parte de la ponencia de los Dres. Borda y Llambías, se propuso la inhabilitación de quienes por su prodigalidad, embriaguez habitual, uso de estupefacientes o grave desarreglo de conducta, expusieran a su familia a caer en la indigencia.

En la segunda parte se incluyó en el instituto a los enfermos y débiles mentales que del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarle presumiblemente algún daño [18].

En lo que consideramos su tercera parte se aconsejaba admitir la inhabilitación por prodigalidad, la que se limitaba en esta ponencia a las personas que tuvieren cónyuge o parientes consanguíneos en línea directa y si hubiesen dilapidado más de un tercio de los bienes integrantes de su haber.

Debo marcar a esta altura, que el criterio expuesto en general en estas jornadas de 1961, es el de admitir la regulación positiva de la inhabilitación, con los antecedentes que en su ponencia expusieron los Dres. Borda y Llambías.

Resulta claro, por consiguiente, el cambio habido con relación a las posturas asumidas en el curso del Congreso celebrado en 1937, en las que se aconsejó no incorporar entre los incapaces, del pródigo, del ciego de nacimiento y de la persona que hace uso habitual de estupefacientes, sin pergeñar una estructura intermedia, aunque pudiera interpretarse que el texto de los arts. 46 y 55 del Proyecto, pudiera hacer sus veces.

A la negativa resultante del Segundo Congreso, le sigue veinticuatro años después, la admisión del instituto de la inhabilitación en el Tercero y luego la modificación de la ley 17.711 que consagró como derecho positivo el criterio imperante en estas últimas jornadas.

Permítaseme aquí citar textualmente las palabras pronunciadas por otro gran maestro del derecho, el Dr. Alfredo Orgaz, quien al debate suscitado en el II Congreso Nacional de 1937 afirmó que *"Yo no creo aventurado predecir que, dentro de algunos años, la inclusión de la prodigalidad aparecerá claramente aconsejable para los que ahora se oponen a ella"* [19].

La denominación asignada a la Comisión tres que trató el tema, al referirse a la "protección de los incapaces por prodigalidad, toxicomanía, deficiencia mental, etc.", anticipaba la posición que luego se siguió en el seno de la comisión.

Lamentablemente como señalé antes, el plenario no pudo tratar el tema por falta de tiempo [20].

Sin embargo, la falta de tratamiento no obsta a que apoyado en ese hilo conductor que mencionaba, resalte que el vigente art. 152 bis, inhabilita a quienes por ebriedad consuetudinaria o drogadicción, estén expuestos a otorgar actos perjudiciales para su persona o patrimonio; a los disminuidos en sus facultades, sin ingresar al ámbito de la definición del art. 141 y a quienes dilapiden una parte importante de su patrimonio, afectando con ello a su familia que se limita a los ascendientes y descendientes y al cónyuge [21].

Treinta años después, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio propone en su art. 42 la inhabilitación de ebrios o toxicómanos consuetudinarios, y a los disminuidos en sus facultades físicas o psíquicas, cuando del ejercicio de su plena capacidad puede resultarles presumiblemente algún daño [22].

Ello supone en términos generales, una ratificación de los criterios jurídicos expuestos en el Tercer y en el Cuarto Congreso de Derecho Civil de 1961 y 1969 respectivamente, pero da una nueva vuelta de tuerca a la cuestión de la prodigalidad, que es eliminada en este proyecto, como causal de inhabilitación, salvo que pudiera interpretarse que en razón de una disminución psíquica, los pródigos se encuentran comprendidos en el art. 42 de dicho Proyecto de 1988, como había mencionado antes.

También es de señalar, que la ley vigente hoy, no incorporó a su texto en los incs. 1 y 2 del art. 152 bis, la protección a la familia como fundamento de la inhabilitación propuesta para ebrios consuetudinarios, toxicómanos y debilitados en sus facultades, sino que puso su acento en la propia protección del inhabilitado por su exposición a otorgar actos perjudiciales, cuando en los Congresos que me ocupan, adquirió preponderancia la idea de protección a la familia expuesta por los actos del inhabilitado a caer en la indigencia.

Claro está que de manera indirecta, si se protege al inhabilitado, se protegerá a su familia, si la tuviera.

El tratamiento dado a los enfermos y débiles mentales, que se propone inhabilitar en razón de que el ejercicio pleno de su capacidad podría resultar presumiblemente en daños, comprende a una categoría de enfermos que no debieran haber sido necesariamente mentales, sino que como lo aclara el propio Dr. Llambías en su dictamen preliminar, comprende también, a los disminuidos físicos.

La redacción actual parece referirse en una interpretación literal a los disminuidos en sus facultades mentales, dada la referencia inmediata del texto al art. 141 C.C..

Ha sido tarea pretoriana ampliar el concepto legal a través de su interpretación, para comprender a aquellos que sufren disminuciones de carácter físico, tal como resultó del fallo

dictado en su oportunidad por la Dra. Elisa Díaz de Vivar, cuando la actual camarista del Fuero Civil en la ciudad de Buenos Aires, se desempeñaba como jueza de Primera Instancia [23].

El actual art. 152 bis, al referirse a la inhabilitación de los pródigos, tampoco recogió la cuantificación de la dilapidación, desechando algunos criterios que así lo aconsejaban, limitándose como sabemos a exigir que la dilapidación hubiera alcanzado a una gran parte del patrimonio -con lo que permite al Tribunal una mejor apreciación de los hechos y sus consecuencias ruinosas-, y a la existencia de descendientes, ascendientes y cónyuges para que pudiera proceder la inhabilitación.

La ponencia de los Dres. Borda y Llambías enumeraba en su proyecto de articulado, qué actos estaban vedados a los inhabilitados, como enajenar o gravar sus bienes; adquirirlos; efectuar préstamos o contraer obligaciones, ni celebrar transacciones, entre otros, partiendo de la existencia en éstos, de una capacidad restringida.

La reforma de 1968 que generó el actual texto del art. 152 bis, no incluyó enumeración alguna y el legislador prefirió referirse a una fórmula genérica prohibiendo los actos de disposición sin asistencia del curador y permitiendo al inhabilitado otorgar los actos de administración, salvo los que le fueran prohibidos en la propia sentencia.

Este último criterio tiene por inconveniente, la falta de definición legal de los llamados actos de disposición y de administración, quedando a cargo de la jurisprudencia y de la doctrina su delimitación.

La fórmula propuesta por los Dres. Borda y Llambías, sin perjuicio de resultar casuista y potencialmente incompleta, por el transcurso del tiempo y la evolución social, pareció sin embargo, ganar en precisión.

Con algunas disidencias, la Comisión aconsejaba al III Congreso declarar la conveniencia de incorporar al Código Civil el régimen de inhabilitación, respecto de enfermos o débiles mentales, que aún aptos para dirigir sus acciones, del ejercicio pleno de su capacidad, pudiere resultar al criterio del juez, algún perjuicio a sus intereses.

También se proponía la inhabilitación del ciego de nacimiento sin instrucción; de los pródigos que tuvieren cónyuge o parientes consanguíneos en línea directa, los ebrios habituales y los consumidores reiterados de estupefacientes, que expusieren a su familia a caer en la indigencia [24].

La exposición de la familia a caer en la indigencia, no fue recibida en el texto del art. 152 bis, salvo el caso de los pródigos y en los supuestos de los incs. 1 y 2; la protección es para el propio inhabilitado, sin perjuicio como dije antes de que, por vía indirecta lo sea para su familia, si la tuviera.

Cabe señalar que la creación de la Comisión reformadora en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, que originó el Proyecto de 1988, se debió en buena medida a la recomendación efectuada en este sentido por el III Congreso Nacional de Derecho Civil, tal como resulta de los considerandos del decr. 685/95 [25].

IV. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil de 1969

Sancionada la reforma del Código Civil, originada en la ley 17.711 de 1968, el Congreso se propuso deliberar sobre el régimen de la inhabilitación en la Reforma, que precisamente había introducido en el texto codificado, el instituto de la inhabilitación, restringiendo la capacidad de los ebrios consuetudinarios y drogadependientes, que estuvieren expuestos a otorgar actos perjudiciales para su persona y patrimonio, a los disminuidos sin facultades, sin llegar al grado determinado por el art. 141 y a los pródigos que hubieran dilapidado una parte importante de su patrimonio y que contaran con cónyuge, ascendientes o descendientes.

Hubo en este certamen, satisfacción generalizada por la inclusión del instituto de la inhabilitación en el texto del Código Civil. El Dr. Carranza sostuvo en su ponencia que dicha inclusión fue entusiasmante [26].

Sin perjuicio de ello de la revisión de las posturas asumidas en la consideración particular de la reforma, resulta el interés de ampliar la base del instituto para ampliar su protección, incluyendo, por ejemplo, a los ciegos de nacimiento sin instrucción, conforme resulta de la Recomendación Nº 5, párrafo III, punto a) [27] y se había también propuesto en las II Jornadas de Derecho Civil, celebradas en el ámbito de la Universidad del Litoral, en 1965, según resulta del párrafo 1 punto b) de su declaración de *lege ferenda*.

Sobre el particular hemos dicho juntamente con el Dr. Jorge A. Zago, que una interpretación amplia y actualizada del art. 152 bis, permite la inclusión en el ámbito de su inc. 2 de los disminuidos físicos, dado que el texto para fundar la limitación de la capacidad en estos supuestos, se refiere a la posibilidad de otorgar actos perjudiciales para su persona o patrimonio, lo que justifica la existencia de protección, dado que o es un disminuido en sus facultades mentales o sufre de una imposibilidad física, por otra parte notable, que exige dicha protección [28].

Podría ser éste también el caso de una persona cuadripléjica [29], si su estado de salud, le permite expresar su voluntad de alguna manera comprensible. No así, el supuesto de la persona en estado crónico vegetativo, que es un supuesto de incapacidad absoluta de hecho y requiere de curatela para su protección.

El Proyecto de 1988 no se refiere al supuesto de los ciegos de nacimiento sin instrucción, sin perjuicio de que el texto propuesto inhabilite en su art. 42 a los disminuidos en sus facultades físicas cuando del ejercicio de su plena capacidad, pueda presumiblemente resultarles algún daño, lo que subsumiría, a mi criterio, la cuestión de la ceguera u otras disminuciones de carácter físico como la sordera o la mudez o sordomudez, fueran o no de nacimiento y según las circunstancias del caso, salvo que dichas disminuciones aparejen a su vez, la pérdida del discernimiento o una disminución de sus facultades psíquicas.

En esta cuestión resulta de interés asimismo recordar el debate habido en el II Congreso de Derecho Civil, al considerarse el despacho formulado por la respectiva comisión, en el que se desaconsejó la inclusión específica de los ciegos de nacimiento sin instrucción en el número de los incapaces.

También se trajo al debate del IV Congreso, la posibilidad de incrementar la protección del inhabilitado, requiriendo para los actos de disposición no sólo la integración del curador, sino además la autorización judicial.

No parece que este recaudo fuere necesario, contra lo dicho en el debate y el dictamen de la respectiva comisión del Congreso, dado que implica a mi criterio, superponer las facultades del asistente con las del Tribunal, dilatando en este caso la toma de una decisión, con potencial perjuicio para los intereses que se quieren proteger, no sólo por el transcurso del tiempo sino también por generar inseguridad en el trafico jurídico. Asunto de otra índole puede ser la creación de juzgados especializados en materia de capacidad y de cuya actividad específica pueda resultar un sistema tuitivo para el incapaz, cualquiera fuere su grado de incapacidad, tal como puede verse en el Código Civil alemán [30].

Sobre el particular debe tenerse también en cuenta que en caso de discrepancia entre el inhabilitado y su curador, ya el IV Congreso había recomendado que en caso de que el curador negare su autorización o estuviere impedido para darla, el inhabilitado podría recabar la venia judicial [31].

El Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, prevé en su art. 637 quinter, que todas las cuestiones que se susciten entre el inhabilitado y el curador se resolverán mediante el procedimiento de incidentes, con intervención del asesor de menores e incapaces [32].

En función de la protección de los terceros que contrataren con el inhabilitado se recomendó la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la respectiva sentencia de inhabilitación, como requisito para que ésta fuera oponible a dichos terceros, según resulta del párrafo III punto c) de las recomendaciones de este Congreso.

El actual Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, prevé en su art. 633 párrafo 3º la comunicación de la sentencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para que ésta pueda ser oponible a terceros [33].

Dicha exigencia de seguridad, evidenciada en el IV Congreso, aun sin perjuicio de lo que podía resultar del decr. 8204/63, fue recogida en el ámbito nacional por el Código de Procedimientos Civil y Comercial, que además de la disposición ya citada, en su art. 637 quater párrafo final, vuelve a ordenar de manera expresa dicha inscripción [34].

Vinculado a esta cuestión, las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1993, de *lege ferenda*, reclamaron la unificación de los sistemas de información de los distintos Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de obtener el conocimiento inmediato de la situación de capacidad de las personas, por razones de seguridad jurídica en el tráfico y de una mejor protección de los terceros, conforme surge de su párrafo II punto 6, recomendación con la que concordé en su momento y que en el siglo XXI aparece como una exigencia ineludible.

Cabe también remarcar la importancia del despacho en minoría, que en este IV Congreso, aconsejó la derogación del inc. 2 del art. 152 bis, considerando su miembro informante Dr. Molinas, que la protección de las personas allí referidas, debía encontrarse en supuestos de incapacidad, fuere ésta absoluta o relativa, según lo decidiera el juez de la causa.

La propuesta efectuada por la minoría, en particular, el Dr. Molinas, fue rechazada por el Congreso. Empero, hoy, una corriente doctrinaria coincide con lo expuesto por dicha minoría. Volveré mas adelante sobre el tema.

V. El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998

El proyecto originado en la Comisión creada por el decr. 685/95 establecía en su art. 27, la interdicción a partir de los catorce años, de las personas que por causa de enfermedad mental o insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, es inepta para dirigir su persona o administrar sus bienes [35].

Esta disposición mereció en el citado proyecto, una flexibilización de la condición del interdicto, ya que la sentencia que la declaraba, debía determinar la extensión y límites de la incapacidad sobreviniente, debiendo el tribunal especificar los actos que el interdicto podría realizar por sí o con asistencia del curador, pudiendo el juez determinar en lugar de la interdicción, la inhabilitación de la persona, si entendiera que limitando sus poderes de disposición, estaría en condiciones de conservar su capacidad.

Se proyectó asimismo en la letra del art. 42, la inhabilitación judicial de los ebrios o toxicómanos consuetudinarios, y a los disminuidos en sus facultades, físicas o psíquicas. Con esto último se recogía una reiterada postura exhibida en los Congresos y Jornadas de Derecho Civil, que preconizaba que la inhabilitación debía abarcar en su protección no sólo a los llamados "débiles de espíritu" sino también a quienes por razones físicas encontraban obstáculos en su comunicación y en el manejo de su persona y negocios, de tal modo que el ejercicio de su plena capacidad pudiera ocasionarles presumiblemente algún daño [36].

También el Proyecto citado hacia suyas valiosas opiniones vertidas en el curso, por ejemplo, del IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en 1969, en el sentido de autorizar al Tribunal para adoptar a través del curador las medidas que considere convenientes para proteger la persona del inhabilitado y la recuperación de su salud [37].

Este proyecto excluyó de su texto, la inhabilitación de los pródigos.

En esta postura parece ir contra la corriente doctrinaria, que admitió sin ambages en las ponencias del Congreso de 1961 y luego en el IV Congreso de 1969, dicha restricción a la capacidad para el prodigo, sin perjuicio de poder entenderse que si la restricción impuesta al pródigo tenía su origen en una patología de carácter psíquico, pudiera comprenderse dentro de su art. 42, cuando hace referencia a los disminuidos de este carácter.

VI. Viejas y nuevas tendencias doctrinarias a la luz de los Congresos Nacionales de Derecho Civil

Desde la reforma propuesta en 1936, pasando por los Congresos que trataron el tema de la capacidad y la inhabilitación, hasta el Proyecto de 1988, y aún más acá en el tiempo, cuando se postula la derogación del régimen de inhabilitación, para comprenderlo en una noción más amplia de incapacidad, se puede observar el ir y venir del pensamiento jurídico e intentar una síntesis apuntando si fuera posible a una mejor regulación de la capacidad de la persona de existencia física y su protección frente a la ocurrencia de determinados eventos que por su carácter afectan en mayor o menor medida su capacidad de obrar.

Así, se afirmó una corriente doctrinaria que postula la flexibilización de las normas en materia de incapacidad para permitir, que el juez interviniente en la declaración de interdicción pueda determinar el grado de incapacidad de hecho de la persona afectada, en función de las circunstancias propias de él, entendiendo que la incapacidad no es un castigo sino una barrera de protección, que por exagerada puede convertirse en una carga tan pesada que conspire contra la propia recuperación del paciente o la mejor calidad de vida de la persona [38].

Puede entonces recordarse los textos de los arts. 46 y 55 del Proyecto de Código Civil de 1936, y los términos del debate habido en el II Congreso sobre la interpretación, alcance y modificación de las normas proyectadas.

A partir de allí, puede examinarse la doctrina contemporánea y se advierte lo que marca su evolución y esto es, la necesidad de modificar el régimen de incapacidad del Código Civil desarrollado por Vélez y con ello y superada la inclusión del instituto de la inhabilitación establecido en el art. 152 bis, la modificación de sus propios términos, a través de la distinta regulación del sistema de incapacidad, como se ha sugerido en algún caso [39].

En el Libro II, Título I, Capítulo I, Sección III del Proyecto de 1988, se mantuvo el instituto de la inhabilitación, e incorpora expresamente en su art. 42 al disminuido en sus facultades físicas.

Empero, como se señaló más arriba, se excluyó de este Proyecto, la inhabilitación por prodigalidad, sin que en el texto de los "Fundamentos del Proyecto de Código Civil" resulten las razones de su eliminación [40].

Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia señalaron, por su parte, la necesidad de flexibilizar la incapacidad por enfermedades mentales [41], habiendo sido el primero de estos autores, con su reconocida autoridad, uno de los que se anticipó en preconizar esta flexibilización [42].

Por su parte, los senadores Falcó y Paz propusieron al Senado de la Nación, la consideración de un proyecto de Ley de Interdicción [43], que propiciaba una importante modificación de los textos vigentes en materia de incapacidad.

Dicho proyecto en síntesis autorizaba la interdicción de los mayores de catorce años, que por enfermedad, debilidad o insuficiencia de sus facultades psíquicas, pudieran poner en peligro su persona o sus bienes o causar daños a terceros, estando los incapaces así declarados, autorizados para administrar sus bienes en la medida que lo dispusiera la sentencia respectiva, según lo proyectaba el art. 7º de dicho proyecto. Con ello se modificaba el texto del actual art. 141 C.C..

Se trató pues, de establecer una interdicción de carácter progresivo, determinando en este sentido el art. 141 del citado proyecto, que "la sentencia que declara la interdicción debe determinar la extensión y los límites de la incapacidad, estableciendo concretamente qué actos o tipo de actos, queda impedida de realizar por sí la persona, para cuáles se requiere asistencia del curador, y cuáles otros puede concretar libremente, en su caso. El principio es siempre la máxima preservación de la capacidad de hecho".

Se sostuvo en los fundamentos del proyecto de los mencionados senadores, que con el sistema de interdicción, gradual, libre y personalizado, carece de sentido mantener la institución de la inhabilitación, calificándose de enojosas las calificaciones contenidas en el actual art. 152 bis y de poco práctica en la experiencia judicial, al instituto de la inhabilitación por prodigalidad.

Dentro de esta corriente, también es dable señalar la existencia de un despacho en disidencia, en el seno de la comisión que trató el tema, durante el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, que propugnaba la derogación del inc. 2 del art. 152 bis por entender que los disminuidos en sus facultades debían ingresar al régimen de interdicción, fuera ésta absoluta o relativa y no al de la inhabilitación, por no llenar esta última la finalidad protectora requerida [44].

Resulta de interés asimismo el fundamento de la disidencia en la palabra del Dr. Molinas, citado más arriba [45], en tanto por un lado retrotrae la cuestión al Proyecto de 1936 y al debate habido en el II Congreso Nacional de Derecho Civil y por el otro podemos advertir coincidencias con el proyecto de los senadores Falcó y Paz, y la doctrina que elimina el instituto de la inhabilitación para recurrir a un sistema de incapacidad gradual.

Sobre el particular sostienen Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia: *"La ley, debiera modificarse, estableciendo lo que ya existe en otros órdenes jurídicos, es decir, la posibilidad de declarar incapacidades parciales, de manejarse por grados, de permitir al incapaz realizar actos para los cuales no hay impedimento en su estado patológico. Por otro lado, frente a las enfermedades mentales o físicas (por disminuidos), considerar la posibilidad de ordenar la situación según convenga, acercando la mira a una incapacidad relativa y parcial, determinada por el juez acorde con las circunstancias"* [46].

En su notable obra *La inhabilitación civil. régimen sustancial y procesal*, José Luis Pérez Ríos sostiene que el llamado *"'habilitado' no debe ser jurídicamente un capaz con taxativas y puntuales limitaciones a su capacidad de hecho de orden patrimonial, sino un sujeto con incapacidad atenuada por definición, toda vez que dichas incapacidades son siempre genéricas para todos los órdenes de la vida, pero de 'grado' menor frente a las que padecen quienes están totalmente incapacitados"* [47].

VII. Conclusiones

Sin perjuicio de su importancia jurídica, marcada a través de un importante cúmulo de opiniones doctrinarias, de las cuales aparecen como ejes programáticos los Congresos Nacionales de Derecho Civil reunidos en la provincia de Córdoba, el régimen de inhabilitación parece no haber tenido en la práctica judicial, una repercusión tan relevante, acorde con dicha importancia jurídica.

Así, en el período 1993 a 2001, se promovieron en el Fuero Civil de la Capital Federal, 1.271 causas por inhabilitación basadas en los incs. 1 y 2 del art. 152 bis C.C. y 209 con fundamento en el inc. 3 de la mentada norma. En tanto por insania en igual período se dedujeron 4.234 causas [48].

En el período 2002 a 2007, se promovieron 1.428, 110 y 3.591 causas, respectivamente [49].

Como se advierte en los períodos considerados de 1993 a 2007, que entiendo por su extensión suficientemente indicativos, se promovieron 3.018 causas por inhabilitación y 7.252 causas por demencia.

Este resultado parece difícil de explicar, en función del bajo número de causas promovidas por inhabilitación, y alguna doctrina achaca el escaso reclamo en el ámbito judicial, al estigma que podría importar la denuncia y la aplicación de dicho régimen para el inhabilitado mismo, y que afecta no sólo a la persona cuya inhabilitación se procura, sino que también alcanza a su familia, poco proclive entonces a recurrir al auxilio judicial bajo los términos del art. 152 bis.

Desde otro ángulo se señaló con alguna razón que el instituto de la inhabilitación, se dirige más a la protección del patrimonio del inhabilitado que a su propia persona, siendo el diagrama jurídico del curador asistente en la actualidad -si se acepta una interpretación literal y estricta de la norma que regula sus funciones-, un fiel reflejo de ello.

Los resultados antes señalados son indicadores a mi criterio de la necesidad de una reforma del instituto de la inhabilitación, de la que no pueden estar ausentes los debates habidos sobre el particular en los Congresos Nacionales de Derecho Civil que me ocupan.

Puede considerarse desde este punto de vista, a los Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en Córdoba, como un intermedio de mucha importancia y cuya consideración no podemos omitir, en la larga historia de la regulación de la capacidad y la incapacidad, que transcurre desde el Código Civil proyectado por Vélez, pasando por Bibiloni, el Proyecto de 1936, el anteproyecto de 1954, la reforma de 1968, y continúa en la actualidad.

Empero, creo que independientemente de todo ello, el norte que todos tuvieron y tenemos es mejorar la protección de aquellos que por una razón u otra, han sufrido disminuciones de cualquier tipo, que afectan su vida de relación y los exponen a otorgar actos perjudiciales para su persona y patrimonio, si no cuentan con la protección y asistencia de la justicia y el curador que en este ámbito se les designe y cuya función debe ser resguardar en primer término, la salud de su curado y luego su patrimonio, en todos los casos de manera activa.

En este rol, también le cabe a las autoridades administrativas en el campo de la asistencia social y de la salud, un importante papel sobre todo preventivo y de acompañamiento de las personas afectadas, que muchas veces queda oculto por la faz judicial de la cuestión.

VIII. Apéndice

Por razones de espacio no publicamos la ponencia presentada al tercer congreso Nacional de Derecho Civil por los Dres. Llambías y Borda que puede consultar en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

NOTAS:

[1] Ver, por ejemplo, José W. Tobías, en *Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencia*, Alberto J. Bueres (director) - Elena I. Highton (coordinadora), t. 1 A, pág. 846, nota 6; Manuel O. Cobas, "La inhabilitación en el Proyecto de Código Civil, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Libro de homenaje a Roberto López Cabana; Oscar J. Ameal (director), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pág. 605, notas 38 y 39.

[2] Atilio A. Alterini, "Estudio preliminar: influencia de las Jornadas Nacionales en la legislación argentina" en *Recomendaciones de la Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 7 y ss. También puede consultarse: *Antecedentes e influencia de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Comisión Organizadora XX Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, La Ley, 1985, pág. 19 y ss..

[3] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 12ª ed., t. I, pág. 479. *"En el sistema de nuestro Código Civil no había más que locos y sanos. Pero ese esquema no se adecua a la realidad humana"*.

[4] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte General*, 20ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, pág. 354, parág. 576. *"El régimen de inhabilitación, o de semiincapacidad, el medio técnico escogido por el derecho contemporáneo para suplir las deficiencias psíquicas que adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y consiguientemente para su familia"*.

[5] Santos Cifuentes; Andrés Rivas Molina; Bartolomé Tiscornia, *Juicio de in-sania y otros procesos sobre la capacidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pág. 143. *"El art. 152 bis no hizo declaración expresa sobre la condición jurídica del inhabilitado, pero hay uniformidad de criterio en sostener que en general conserva su capacidad de hecho"*. Ver también su nota 239 con cita de Raffo Benegas, Sassot, Ponencia en el IV Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1969; *idem*, Piñón, *Actas*, t. II, págs. 32 y 30 respectivamente; Manuel O. Cobas; Jorge A. Zago, *Derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Universidad, 2007, pág. 246. *"Los inhabilitados, en efecto, no son incapaces de hecho, sino personas capaces de hecho, que presentan restricciones a su capacidad de ejercicio o de hecho, como la de no poder otorgar por sí solos actos de disposición y aquellos de administración vedados por la respectiva sentencia según las circunstancias del caso"*. CNCiv., Sala H, 28/10/93, "M. D"; L.L. 1995-B, pág. 525. *"El régimen de inhabilitación judicial es una institución destinada a proteger a las personas que se encuentran afectadas por diversos tipos de deficiencias morales, psíquicas o de conducta, que inciden sobre su discernimiento, colocándolas en situación de inferioridad para la gestión de su patrimonio"* (con nota de José W. Tobías, "Algunas cuestiones relacionadas con la inhabilitación judicial (art. 152 bis del Código Civil)".

[6] Art. 633, tercer párrafo, C.P.C.C.N.: "Si no se verificase la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previsto en el art. 152 bis del Código Civil...".

[7] *Reforma del Código Civil. I. Antecedentes. II. Informe. III. Proyecto*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1936.

[8] Art. 55, Proyecto Código Civil 1936: "La sentencia que declare la interdicción podrá, según las circunstancias, autorizar al incapaz para que, con la conformidad del curador administre sus bienes en los términos del art. 1106, o realice determinados actos que no fueren de disposición, y también, a fin de que invierta por sí mismo las rentas liquidas".

[9] Manuel Aráuz Castex, *Derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Técnico Jurídica, 1965, t. I, pág. 291, parágrafo 481... *"la doctrina moderna propicia la incapacitación del pródigo con familia. así lo establece el anteproyecto de 1954 (de los institutos jurídicos del Ministerio de Justicia) en sus arts. 94 inc. 1 y 95, limitada al pródigo que tuviere cónyuge con vocación hereditaria, ascendientes o descendientes y ya hubiere dilapidado más de un tercio de su haber"*.

[10] Santos Cifuentes; Andrés Rivas Molina; Bartolomé Tiscornia, ob. cit., pág. 131. *"El vicio del juego, v.gr., puede o no ser producto de una insuficiencia patológica, como responder a causas educativas o ambientales"*; Nerio Rojas, *La psiquiatría en la legislación civil*, Librería Jurídica, pág. 90; Diario Clarín, 7/5/01, pág. 36. *"De acuerdo con las estadísticas de la OMS, cerca de dos tercios de la población adulta en el mundo participa en alguna forma de juegos de azar. Entre ellos, 3,5% tiene serios problemas con su manera de jugar. Pero solamente entre el 1 y el 1,5% son jugadores patológicos"*.

[11] Elisa M. Díaz de Vivar - Bartolomé Tiscornia, "Prodigalidad esencial y patológica: sus perfiles médicos, doctrinario y jurisprudencial" en *Abuso de derecho y otros estudios*, Libro de homenaje a Abel M. Fleitas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 133.

[12] Santos Cifuentes; Andrés Rivas Molina; Bartolomé Tiscornia, ob. cit., pág. 134. *"El hábito pues, califica la dilapidación. Es otro elemento que debe valorarse objetiva-subjetivamente, pues no sólo es preciso desentrañar la repetición de la conducta, sino el sin sentido de los actos, -sin finalidad atendible-, y la ausencia de autocontrol. El caprichoso afán de despreciar los medios económicos de la vida"*.

[13] Angel Osorio, "La reforma del Código Civil. Pródigos y condenados", citado por José Luis Pérez Ríos en *La inhabilitación civil*, Buenos Aires, La Ley, pág. 287. *"... Para mí el hombre malo en ese sentido, es el que tiene el vicio de jugar, lo mismo si pierde que si gana. El que gana hoy, perderá mañana. De modo que la prodigalidad consistirá en contrariar la honestidad económica y en entregarse al vicio neciamente, locamente, poniendo en juego el bienestar hogareño. Las eventualidades de la fortuna son un accidente que no altera el fenómeno..."*.

[14] Alberto G. Spota, *Tratado de derecho civil*, t. I, Parte General, Buenos Aires, Depalma, vol. 3, pág. 564. *"No obstante, interesa a la sociedad que la persona que dilapida insensatamente sus bienes, con riesgo de caer en la indigencia y de ser una carga onerosa para la colectividad, se le designe un curador para protegerlo"*.

[15] Bonnet, *Sicopatología y psiquiatría forense. Parte Especial*, t. II, pág. 1927, citado por José W. Tobías, *Código Civil...* cit., pág. 856, nota 38.

[16] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil...* cit., pág. 356. *"El nuevo instituto reconoce como antecedentes, los códigos italiano (arts. 414 y 427), suizo (arts. 370 y 395) y venezolano (arts. 409 y 411); el anteproyecto de Código Civil argentino de 1954 (arts. 94 a 97); la ponencia conjunta con el Dr. Borda y del autor de esta obra presentada al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y el despacho de la Comisión respectiva"*.

[17] Julio César Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. I, pág. 512.

[18] CNCiv., Sala E, 22/2/06. "I., L.N. s/ insania". Base de datos, Secretaria de Jurisprudencia, CNCiv. *"El art. 152 bis del Código Civil, en su inc. 2 protege a aquellas personas débiles de juicio o de espíritu, mientras no exista pérdida total de la razón. De ahí que, un estado marginal fronterizo o de debilidad no extrema, sin llegar a la demencia total, encuadra en la inhabilitación si es habitual y expone al causante a realizar actos que le pudieren causar daño a su persona o sus bienes"*.

[19] II Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*, t. II, pág. 133.

[20] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil...* cit., pág. 356, nota 10 bis (1). *"Este despacho no fue considerado por el Congreso por falta de tiempo, pero no es dudoso que se habría aprobado de acuerdo a la orientación que los congresistas, en su mayoría, mostraron en los debates"*.

[21] Ver art. 152 bis C.C. agregado por ley 17.711.

[22] Comisión decr. 685/95.

[23] Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 19, 9/12/77. Sentencia firme. E.D., 81-387 (con nota de Bartolomé Tiscornia, "Un caso típico de aplicación del art. 152 bis inc. b) del Código Civil"). "Si bien las hipótesis más frecuentes de aplicación del art. 152 bis del Código Civil, serán los trastornos psíquicos, también puede ocurrir que la falencia de las facultades físicas coloque a las personas en una situación muy grave de inferioridad como la parálisis total, que imposibilita el movimiento de los miembros y someten a una dependencia de las personas que padecen frente a las que las rodean, a veces familiares, a veces servidores o extraños, por lúcidas que sean, necesitan protección para no ser víctimas de los manejos inescrupulosos de sus allegados".

[24] III Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*, t. II, pág. 735. Despacho de la Comisión Definitiva. La comisión encargada de producir despacho sobre el tema 3, después de considerar las ponencias presentas y los antecedentes aportados en la deliberación, os aconseja: Declarar: I.- Conviene incorporar al Código Civil el régimen

de la inhabilitación respecto de: a) los enfermos o débiles mentales, aun aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria, si el ejercicio de su capacidad plena, a criterio del juez, pudiere redundar en perjuicio de sus intereses; b) el ciego de nacimiento sin instrucción; c) los que por su prodigalidad, embriaguez habitual, uso reiterado de estupefacientes, expusieran a su familia a caer en la indigencia. La inhabilitación por prodigalidad sólo procederá cuando el presunto pródigo tuviere cónyuge o parientes consanguíneos en línea directa. Los inhabilitados necesitarán para todos los actos, que a criterio del juez, excedieren la administración ordinaria, la asistencia y conformidad del curador, a más de la autorización judicial. Si el curador negare su conformidad o estuviere impedido para darla, el inhabilitado, asistido por el Ministerio Público de Menores e Incapaces, podrá recabar la venia judicial".

[25] Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, pág. 11

[26] José W. Tobías, *Temas de Derecho Privado*, V. Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1993, pág. 13. *"En realidad, pocas de las reformas introducidas por la ley 17.711 fueron recibidas con tanto beneplácito por la doctrina argentina como este instituto de la inhabilitación. Más aún, su incorporación al derecho positivo argentino venía siendo reclamada por la doctrina en distintas ponencias, jornadas y congresos y por la obra de los autores"*.

[27] Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Conclusiones de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1923-2003*, Buenos Aires, La Ley, pág. 30.

[28] Manuel O. Cobas - Jorge A. Zago, "La inhabilitación a propósito de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", J.A., 1994-III, pág. 721. Ver también Bartolomé Tiscornia, E.D., 81-137. "Un caso típico de aplicación del art. 152 bis inc. b) del Código Civil"; Santos Cifuentes, *Elementos de derecho civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea. 1995; Art. 152 C.C. de Portugal: "Podem ser inhabilitados os individuos cuja anomalia psiquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de caracrer permanente, nao seja de tal modo grave que justifique a sua interdiçao, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidad ou pelo abuso de bebidas alcohólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapaces de reger convenientemente o seu patrimonio" (*Código Civil*, 3ª ed. actualizada, Coimbra, Portugal, Livraria Arnado).

[29] Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 19, sentencia firme del 12/12/ 77, E.,: 81-387.

[30] *Código Civil alemán*, Albert Lamarca Marquès (director), Marcial Pons, parág. 1896 y conc..

[31] Osvaldo Alfredo Gozaíni, ob. cit., t. III, pág. 355, párrafo 1. *"En el caso de que el curador se negare a prestar conformidad en la realización de algún acto que requiera aprobación, será el juez que declaró la inhabilitación quien resuelva definitivamente la cuestión, previa vista al Ministerio Publico"*; XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión Nº 1. Los inhabilitados. I. De *lege lata*, párrafo 1, punto 7. "Si el curador se niega a prestar el asentimiento o se encuentra imposibilitado a tales fines, la exigencia puede suplirse por vía judicial".

[32] CNCiv., Sala D, 29/11/90, L.L., 1991-D, pág. 376. "Es procedente la intervención del Ministerio Público de Incapaces con posterioridad al dictado de una sentencia de inhabilitación en los términos del art. 152 bis incs. 1, 2 y 3 del Código Civil".

[33] Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2003, t. III, pág. 340, párrafo 5º.

[34] Osvaldo Alfredo Gozaíni, ob. cit., t. III, pág. 355. *"La sentencia de inhabilitación debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, pues sólo a partir de ese momento, resulta oponible a terceros que no la hubieren conocido"*.

[35] Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, edición preparada y coordinada por la Dra. Aurora Besalu Parkinson, pág. 35 y ss..

[36] XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1993, 4. Despacho b). *"El inc. 2 del art. 152 bis comprende a los disminuidos en sus aptitudes psíquicas y a aquellas personas que por razón de sus deficiencias físicas merecen ser protegidas por medio del régimen de asistencia"* (Santos Cifuentes; Andrés Rivas Molina; Bartolomé Tiscornia, ob. cit., pág. 112 y nota 179 con cita de Piñón, ponencias al Cuarto Congreso Nacional Derecho Civil, Córdoba 1969. *"Otros autores, en cambio, admiten que en esta norma se abarca tanto a las disminuciones físicas como a las mentales. Esta interpretación comprensiva es la que se concilia con las necesidades sociales. No debe atarse al intérprete a un encadenamiento textual mecánico, sino al fin tuitivo de la ley como una de las miras generales superiores que ha guiado al legislador. La mención que ese inc. 2 hace del art. 141 del Código Civil se debe a que es muy generalizado el caso de personas débiles de mente, lo que puede ocurrir por causa de la mayor edad -ancianos-, o de un déficit físico, -sordos o mudos de nacimiento, ciegos- que les ha hecho perder parte de su lucidez. La norma se refiere concretamente a los 'disminuidos en sus facultades', no en sus facultades mentales. De manera que cuando a continuación se dice 'sin llegar al supuesto previsto por el art. 141' no hay exclusión o límite sino previsión de uno de los supuestos que comúnmente suelen presentarse"*.

[37] Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, 1969, Recomendación 5ª, punto b). "Que la función del curador no debe limitarse a prestar su conformidad sino, asimismo, vigilar el cumplimiento de los propósitos que lo llevaron a concederla".

[38] CNCiv., Sala C, 12/8/85, "Del V.J. L.": "La ley defiende al incapaz por enfermedad o disminución mental de dos formas: por adicción (enderezando parte del erario público y privado hacia los servicios que preserven la dignidad del insano, apuntalen su salud y permitan su rehabilitación) y por sustracción (privándolo de los derechos de

dirigir su persona y administrar sus bienes, de los cuales gozan todas las otras personas, pero cuyo ejercicio pondría al insano a merced de otros). Este último modo de protegerlo (la sustracción) debe ser usado con mucha prudencia, porque en el preciso instante en que la sustracción de derechos esenciales deja de ser necesaria para proteger a la sociedad o a un hombre, comienza a violarse su dignidad, a envilecerlo y consiguientemente a enfermarlo (del fallo de 1ª Instancia confirmado)".

[39] José L. Pérez Ríos, *La inhabilitación civil. Régimen sustancial y procesal*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 332: *"Finalmente se concluirá con un instituto jurídico -el de la inhabilitación-, ajeno a nuestras tradiciones jurídicas civiles que, a no dudarlo, rompe la sistemática del Código al no armonizar con su preceptiva; a más de incorporar una figura 'sui generis' y, también extraña a nuestra tradición jurídica, como es la del 'curador asistente', tomado fundamentalmente del Código italiano de 1942, art. 424 y cuya homonimia confunde además, con el curador de los interdictos, previsto en el art. 57 inc. 3 de nuestro Código Civil, a pesar de las distintas funciones que competen a cada uno de ellos, instituto de la inhabilitación, que por lo demás, se ha mostrado insuficiente para regular la realidad fáctica que debe tutelar"*; *Código Civil alemán*, Marcial Pons, parág. 104, *Incapacidad de obrar...* Nº 2. *"Quien se encuentra en un estado de alteración patológica de la actividad intelectual que excluye la libre determinación de la voluntad, a no ser que el estado sea transitorio por su naturaleza"* parág. 1896 (1). *Si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas a petición suya o de oficio, le nombre un asistente legal..."*.

[40] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil...* cit., pág. 483. *"Pero quizás el mejor argumento en pro de la admisión de la prodigalidad como causal de interdicción, lo suministre la experiencia extranjera. Prácticamente todos los países la tienen establecida, con beneficio y beneplácito general"*.

[41] Santos Cifuentes; Andrés Rivas Molina; Bartolomé Tiscornia, ob. cit., pág. 206. *"El régimen jurídico debe permitir una mayor libertad judicial para enmarcar al enfermo mental en su incapacidad. Conviene desprenderse de conceptos rígidos, los cuales al establecer las consecuencias herméticas del incapaz absoluto y del capaz con muy contadas restricciones, (dementes o inhabilitados), se desconecta de la mayoría de los casos presentes, y que son: los marginales; los que sufren la anormalidad de un solo núcleo sicótico, pero tiene aptitudes genéricas aparte de esa monomanía; los depresivos sostenidos con un margen curativo; el hombre enajenado al que le son extraños las generalidad de sus actos, pero que, sin embargo, muchos de ellos le pertenecen porque tiene repetidos estados lúcidos"*.

[42] Ricardo Rabinovich-Berkman, *Derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pág. 474: *"A Cifuentes corresponde el honor de haber comenzado a poner en el tapete el problema, e iniciar el clamor, al que fervorosamente adherimos, por un cambio drástico en el presente estado de cosas";* Santos Cifuentes, *Temas de derecho privado*, V, 1993, pág. 22: *"... creo que todo el régimen de capacidad, incluyendo los enfermos mentales, los inhabilitados y los sordomudos, debe ser visto con una perspectiva distinta, propia ya de la llegada del siglo XXI"*.

[43] Senado de la Nación, Expte. 1072/05.

[44] IV Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*, t. I, Despacho en minoría, miembro informante Dr. Molinas: *"Como consecuencia de lo expuesto deberá agregarse al art. 141 lo siguiente: 1) Los disminuidos en sus facultades mentales podrán: a) ser interdictos sin que el juez concederles facultad alguna; b) ser interdictos y concedérseles la facultad de administrar sus bienes, pero por actos que no sean de disposición; c) ser interdictos y concedérseles la facultad de disponer de sus rentas líquidas. 2) Modificar el inc) del art. 152 en el sentido de que los disminuidos en sus facultades mentales lo sean por otras causales que las que establece el art. 141"*.

[45] IV Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*, t. I, pág. 26 y ss..

[46] Santos Cifuentes; Andrés Rivas Molina; Bartolomé Tiscornia, ob. cit., pág. 207.

[47] José Luis Pérez Ríos, ob. cit., 2004, pág. 370.

[48] *Fuente:* Consejo de la Magistratura, Poder Judicial de la Nación, Fuero Civil, Oficina de Estadísticas.

[49] Igual fuente que la anterior.

EL ART. 152 BIS. AVANCE NOTORIO EN LA CONSIDERACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS EN SU SALUD MENTAL, QUE REQUIERE SER NUEVAMENTE ACTUALIZADO

por GUILLERMO F. PEYRANO

SUMARIO: I. Introducción. II. El art. 152 bis incorporado por la Reforma de 1968 y los antecedentes que impulsaron su introducción en el régimen de capacidad del Código Civil. III. Necesaria reformulación del régimen de incapacidad. Seguir más allá del art. 152 bis. IV. A modo de colofón.

I. Introducción

En materia de capacidad, Vélez Sársfield siguió en el Código Civil un esquema que era propio de la época, estableciéndose una distinción rígida entre las personas capaces y las incapaces.

Los conocimientos médicos de esos tiempos, no habían llegado a un grado de avance suficiente, como para establecer mayores distinciones, fundamentalmente en lo relativo a la salud mental, y a sus matices.

Vélez Sársfield sólo efectuaba la distinción entre las personas sanas y las personas dementes [1], y ello se compadecía con el grado de avance de los conocimientos científicos de su época.

La incapacidad como correlativo de la demencia judicialmente declarada y la tutela del demente declarado por medio de la designación de un curador, pueden considerarse -a la luz de las concepciones imperantes en la segunda mitad del siglo XIX- como soluciones plausibles, establecidas en procura de la protección de esas personas, que por causa de enfermedades mentales, no se encuentran en condiciones de dirigir su persona o administrar sus bienes.

Similares reflexiones merece la incapacidad absoluta establecida en relación a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, asimilados a los dementes en atención a sus supuestas restricciones psíquicas (asimilación que hoy en día ya no puede encontrar justificativo, claro está, a la luz de los desarrollos de la psiquiatría y de las neurociencias).

Como nos los recuerda el maestro Guillermo Borda: *"En el régimen del Código Civil, la capacidad de los mayores de edad sólo podía ser restringida en caso de que las personas fueran dementes o sordomudas que no saben darse a entender por escrito. En estos casos, la incapacidad era absoluta; en cualquier otro, la capacidad era plena"* [2].

Vélez Sársfield, siguió en esta cuestión, el criterio de Freitas, diseñando un sistema en el que el régimen de las incapacidades, parte de una dicotomía excluyente: los individuos capaces y los incapaces de hecho [3], sin contemplarse estados intermedios.

Moisset de Espanés recuerda que *"el Código Civil dividía a las personas en dos grandes grupos de acuerdo a su salud mental: sanos y enfermos. Para los primeros establecía la capacidad plena; para los segundos, la incapacidad absoluta y la sujeción al régimen de la interdicción civil"* [4].

De cualquier modo, y como ya lo expresamos, la protección de los dementes, empero esa apuntada rigidez, demostraba, en los años de la redacción del Código Civil, la adopción de un criterio digno de ser reconocido.

La historia de la humanidad, nos demuestra que los seres humanos afectados por enfermedades mentales, han recibido tratamientos que hoy nos causarían horror, pero que sin duda no pueden ser objeto de críticas -ponderándolos desde la perspectiva de nuestros tiempos-, ya que obedecieron sólo a la ignorancia o a la superstición, y no a motivaciones perversas; desde su supresión física, al igual que a otras personas con defectos o deficiencias, o el

sometimiento a rituales como exorcismos, etc. (ante la creencia de supuestas posesiones demoníacas), hasta la separación de la sociedad por su encierro o expulsión.

Fue recién en los tiempos de la Revolución Francesa, en los que merced a los estudios de Philippe Pinel, que comenzó a reconocerse a los dementes como personas enfermas, que requerían atención y tratamiento.

Cifuentes señala que los trabajos de este médico francés, juntamente con los de Daniel Hack Tuke en Gran Bretaña, y con los de H.B. Wagnitz en Alemania, constituyeron una suerte de "cruzada esclarecedora" [5], y que *"aparece entonces, tras la ciencia psiquiátrica y sus desvelos, la idea de la enfermedad antes desconocida, de la patología mental y de la búsqueda del tratamiento eficaz con una atención especial. Pero, hubo también un desgano humano resaltable y una falta de compresión y de sacrificios por esos pacientes incómodos, desubicados en tiempo y espacio, molestos y difíciles de tratar"* [6].

El esquema "capacidad-incapacidad" de los dementes, es decir de aquellas personas que por causa de enfermedad mental, se considera se encuentran imposibilitadas de dirigir su persona o administrar sus bienes, se compadece con las ideas imperantes en la época de la redacción del Código Civil, en la que la psiquiatría constituía una disciplina incipiente, y huérfana de conocimientos como para proporcionar tratamientos eficaces a estos enfermos [7].

Si bien se encontraban superadas las concepciones que consideraban a los enfermos mentales como poseídos, lo cierto es que, en los hechos, la variedad y distinta incidencia de las enfermedades mentales aún no se encontraban determinadas, ni se contaban con recursos terapéuticos y farmacológicos, como para poder lograrse mejorías sustanciales en la salud mental de estos pacientes, por lo que resultaba impensable el reconocimiento de regímenes de capacidad intermedios para éstos.

Por imperio de la necesidad, sólo era posible establecer categorías cerradas, y claro está, opuestas: la de las personas mentalmente sanas (o que supuestamente lo eran), y la de las mentalmente enfermas; plenamente capaces las primeras, e incapaces absolutas de hecho las segundas.

Los avances en la psiquiatría fueron evidenciando que esa dicotomía "tajante y opuesta", no se adecuaba con la realidad [8].

Los trastornos psíquicos se presentan en una multiplicidad de características y de grados.

La salud mental plena, puede afirmarse hoy, que constituye un parámetro ideal, dado que todos los seres humanos, padecemos con distintos matices, anomalías que afectan a ella.

La completa y perfecta salud mental, no se da en la práctica.

La distinta naturaleza y grado de las afecciones posibles de la salud mental, pueden incidir de muy diverso modo sobre la persona y sobre su vida, en una variedad que resulta imposible de categorizar por el derecho.

Ya nos recordaba Borda, comentando el art. 152 bis C.C., norma con la que se introdujo el régimen de la inhabilitación, que *"en el campo de la patología psíquica existe una gama infinita de trastornos desde la más perfecta salud hasta la completa alteración de las facultades. Simples trastornos de la volición y de la afectividad, debilidad de espíritu, manías parciales, constituyen estados fronterizos o intermedios que no justifican una interdicción total del enfermo, pero que lo colocan en una situación de inferioridad ante sus semejantes"* [9].

Cuando se produce la Reforma de 1968, el aludido esquema del Código Civil, basado en la consagración de categorías opuestas y diametralmente diferenciadas, en binomios salud mental-capacidad, enfermedad mental-incapacidad, no era sostenible a la luz de los desarrollos de la medicina y de la psicología.

Resultaba imprescindible reconocer la existencia de esos estados intermedios, que si bien no justifican la adopción de soluciones tan drásticas como la de la declaración de incapacidad absoluta, proveyeran de tutela a las personas, que por distintos factores se veían afectadas en su salud, de modo tal que el pleno ejercicio de su capacidad pudiera aparejarles daños en su persona o en su patrimonio.

II. El art. 152 bis incorporado por la Reforma de 1968 y los antecedentes que impulsaron su introducción en el régimen de capacidad del Código Civil

La introducción del art. 152 bis en la Reforma de 1968 obedeció, fundamentalmente, a la necesidad de reconocer estas realidades de la naturaleza humana, que no resultaban comprendidas, ni por ende, amparadas, en el régimen del Código Civil [10], y su incorporación satisfizo distintos reclamos que ya se habían concretado en jornadas y congresos en los que abordara el régimen de la capacidad de hecho de nuestro Código Civil.

No obstante ello, la norma introducida fue más allá de lo atinente a los distintos grados en que pueden presentarse las afectaciones a la salud mental, diseñando el instituto con un conjunto de causales heterogéneas, que han dificultado un tratamiento unitario de éstas [11].

Además, se centró fundamentalmente en lo patrimonial, no contemplando con claridad la tutela de la persona del inhabilitado (la que es necesaria en muchos supuestos).

Cierto es, que formula una remisión a las normas sobre declaración de incapacidad, que, *mutatis mutandi*, admitirían la aplicación de recaudos para una protección más allá de lo estrictamente relacionado con la tutela de los bienes [12], y que limita el otorgamiento de actos jurídicos que puedan poner en peligro la persona, pero no concreta un régimen de tutela personal claro y diferenciado.

No obstante ello, debe reconocerse, que constituyó un paso importantísimo en el camino a la flexibilización del rígido régimen sobre incapacidad del Código Civil.

El régimen de los inhabilitados, introducido por la Reforma, constituyó al decir de Garrido y Andorno *"... una verdadera novedad jurídica dentro del derecho argentino, aun cuando tiene precedentes de larga data en el derecho comparado"* [13], no obstante lo cual debe recordarse que ya las Segundas Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Corrientes en el mes de noviembre de 1965 *"... aportaron al tratar el tema II, la declaración en cuyo punto 1º se especificó que conviene incorporar al Código Civil el régimen de la inhabilitación de : a) Los enfermos o débiles mentales aún aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria, si el ejercicio de su capacidad plena, a criterio del juez, pudiera redundar en perjuicio de sus intereses; b) El ciego de nacimiento sin instrucción; c) Los que por embriaguez habitual o uso reiterado de estupefacientes expusiesen a su familia a caer en la indigencia"* [14].

Puede mencionarse también, como uno de los antecedentes de esta reforma, las ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en la ciudad de Córdoba en 1961, una en conjunto por los maestros Jorge Joaquín Llambías y Guillermo A. Borda, y otra por Diego R. May Zubiría, en un tema que no fue considerado por el plenario del Congreso [15].

En la fundamentación de la ponencia presentada por Llambías y Borda se expresa que *"Con el régimen de la inhabilitación legislado en el articulado propuesto, que constituye una importante innovación respecto del código vigente y los proyectos nacionales anteriores, auspiciamos la 'semi-interdicción' de las legislaciones extranjeras más adelantadas..."* [16], y se consigna -en la fundamentación del inc. 2 del art. 1º del artículo propuesto referido a los "enfermos y débiles mentales"-, que *"Cuando el estado patológico del sujeto tiene una incidencia típica en la vida de relación, obstando al gobierno de la propia persona y a la atención de los intereses, corresponderá disponer su interdicción. Pero, en cambio, especialmente si se trata de debilidad de espíritu, cuando no se presente ese cuadro inconfundible de ineptitud para la convivencia cuando el juez encare un caso fronterizo, será suficiente inhabilitar al sujeto, impidiéndole que pueda perjudicarse"* [17].

Más allá de que la caracterización de los enfermos mentales -que no pueden considerarse dementes en los términos de nuestro Código Civil-, a la luz de los desarrollos de la ciencia médica actual, no es precisa, lo cierto es que se trató de contemplar la tutela de esas personas en el grado que requería su estado de salud.

Esta "novedad jurídica" -para nuestro derecho- de la Reforma de 1968 (al decir de Garrido y Andorno), si bien vino a introducir una cuña en el sistema capacidad-incapacidad del Código Civil, no llegó a modificar radicalmente ese esquema antagónico del Código.

Es que en realidad, no se estatuyó una nueva categoría de personas incapaces (esto es, aquellas comprendidas en los supuestos del art. 152 bis C.C.), por cuanto los inhabilitados continúan tratándose de personas básicamente capaces, con la salvedad que reconocen -sentencia judicial de inhabilitación mediante- restricciones a su capacidad civil [18].

Garrido y Andorno expresan que *"... la situación jurídica de los inhabilitados judicialmente debe equipararse al supuesto de los menores emancipados"*, y agregan que *"el inhabilitado judicialmente es capaz para todos los actos normales de carácter personal y familiar, y estará sometido a las limitaciones que la ley prevé expresamente en el aspecto patrimonial, y, en cuanto a los actos de administración, a aquéllas que podrán emerger de la sentencia de inhabilitación en virtud de las circunstancias del caso que haya tenido en cuenta el juez"* [19].

Si bien compartimos estas consideraciones, no dejamos de advertir que tal vez la misma apuntada heterogeneidad de supuestos aprehendidos por el instituto, ha conspirado para que el mismo pudiera ser diseñado reflejando una modificación más profunda del régimen de capacidad de nuestro Código Civil, el que como lo señaláramos en la introducción de este trabajo, evidencia una dicotomía rígida capacidad-incapacidad, que no se compadece con la realidad.

Se trata de un instituto de carácter propio y de naturaleza autónoma que contempla la necesaria asistencia de un tercero (el curador del inhabilitado) en el otorgamiento de determinados actos jurídicos (los de disposición de bienes entre vivos, y aquellos de administración, que hayan sido limitados al inhabilitado por la sentencia de inhabilitación, en atención a las circunstancias del caso), y que comprende a los sujetos subsumidos en la previsión de la norma (quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; a los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 C.C., el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daños a su persona o patrimonio; y a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio), cuando media la declaración de inhabilitación por sentencia judicial.

Tal la previsión legal, centrada fundamentalmente (aunque no exclusivamente) en la tutela con relación al otorgamiento de actos jurídicos patrimoniales, sin injerencia en principio, en otras esferas posibles de actuación de la persona, toda vez que lo que se procura es no interferir en la actividad del inhabilitado, y sólo hacerlo en aquello que se considere estrictamente necesario.

En principio, el inhabilitado judicialmente conserva una amplia capacidad personal y familiar, no extendiéndose a esos ámbitos la protección del instituto.

No obstante ello, una interpretación que consideramos plausible, ha considerado que las responsabilidades del curador del inhabilitado se extienden más allá de lo estrictamente patrimonial, y que le incumbe velar por el cuidado y la recuperación de su asistido, atendiendo -si fuere menester- a sus necesidades personales, e instando y controlando su tratamiento médico o de rehabilitación, -en suma proveyendo al cuidado personal y la atención de estas personas- (con exclusión de los supuestos de prodigalidad) [20].

Se trata -en suma- de un sistema de protección, estatuido para atender a la tutela de estas personas -fundamentalmente en el otorgamiento de actos jurídicos patrimoniales-, sin llegar a incapacitarlos -en tanto y en cuanto, básicamente continúa tratándose de personas capaces-, y sin colocarlos, por ende, en una situación de restricción -como en la que se encuentran los dementes-, que no resultaría en modo alguno justificada.

Como se recomendara en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en 1969, la capacidad del inhabilitado se encuentra restringida, y sujeta para "determinados" actos al régimen de la asistencia (y no para otros, como lo hemos visto).

Desde esta perspectiva, y más allá del acento en lo patrimonial y en lo negocial, que caracteriza a la curatela de este instituto, el régimen de la inhabilitación constituyó un sensible avance, apto para atender situaciones intermedias que escapan a las categorías propias de la dicotomía capacidad-incapacidad de nuestro Código Civil.

III. Necesaria reformulación del régimen de incapacidad. Seguir más allá del art. 152 bis

Como lo dejáramos señalado en la Introducción de este trabajo, los avances en los conocimientos en la medicina y en la psicología dejaron evidenciado lo inadecuado e insuficiente del régimen del Código Civil en materia de capacidad, para atender a un correcto nivel de protección a las personas que padecen afecciones en su salud mental, y cuya gravedad e incidencia para su vida, no justifican considerarlos radicalmente imposibilitados de atender al gobierno de su persona o la administración de sus bienes.

Taiana de Brandi señala que *"nuestra realidad y experiencia cotidianas nos demuestran que no existen dos campos extremos, que la incapacidad se presenta en grados o facetas y que en toda persona, aun la más enferma, hay zonas sanas que deben ser protegidas y estimuladas"* [21].

El régimen de la inhabilitación introducido por la Reforma de 1968 -como ya lo señaláramos- constituyó un plausible progreso en el tratamiento y consideración que el derecho debe dar a las personas cuya salud mental se encuentra afectada (y cuya interdicción no se justifica).

No obstante ello, nos animamos a afirmar que al compás de los progresos de la psiquiatría y de las neurociencias, resulta imprescindible a esta hora, considerar modificaciones al régimen de capacidad-incapacidad del Código Civil -y al instituto morigerador de él introducido en el art. 152 bis del mismo Código-, que les otorguen un carácter más plástico -permitiéndole adecuarse con mayor exactitud a la multiplicidad de situaciones que pueden resultar de las enfermedades mentales [22]-, y que contemplen de modo expreso -cuando ello fuere necesario- medios de protección que superen lo patrimonial y lo negocial [23].

En ese orden de ideas, y más allá de que el art. 152 bis C.C., ha proporcionado un instrumento invalorable, para atender a las necesidades de tutela de las personas cuya salud mental responde a esos múltiples y variables estados intermedios, que escapan al esquema bipolar del Código velezano, se impone atender a los requerimientos de la realidad, que se presenta en infinidad de situaciones, y muchas veces de manera mutable y fluctuante, en consonancia con la infinita diversidad humana.

Ello requiere que los hombres de derecho, sin por ello inmiscuirnos en las competencias de otras disciplinas -pero abrevando de ellas-, tomemos un conocimiento más preciso de las enfermedades mentales, su diagnóstico, posibilidades de curación o mejorías, y su incidencia para la vida de los enfermos.

Según la publicación de la Organización Mundial de la Salud "CIE 10 Trastornos Mentales y del Comportamiento, *descripciones clínicas y pautas para el diagnostico*", "La mayoría de los trastornos mentales orgánicos pueden comenzar a cualquier edad, excepto quizás durante la primera infancia. En la práctica, la mayoría de estos trastornos tienden a empezar en la edad adulta. Algunos de estos trastornos son aparentemente irreversibles y progresivos y otros son transitorios o responden a tratamientos específicos".

Esto ya nos da una pauta sobre la inconveniencia de los regímenes rígidos de incapacidad por afectación de la salud mental.

La existencia de trastornos transitorios, o que responden a tratamientos específicos, amerita la adopción de soluciones que contemplen proveer a la tutela de estas personas en los períodos críticos, sin interferir radicalmente en su capacidad jurídica o en su vida personal.

En el mismo documento se expresa que "La demencia es un síndrome debido a una enfermedad del cerebro, generalmente de naturaleza crónica o progresiva, en la que hay déficits de múltiples funciones corticales superiores, entre ellas, la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el cálculo, la capacidad de aprendizaje, el lenguaje y el juicio. La conciencia permanece clara. El déficit cognoscitivo se acompaña por lo general, y ocasionalmente es precedido, de un deterioro en el control emocional, del comportamiento social o de la motivación. Este síndrome se presenta en la enfermedad de Alzheimer, en la enfermedad vasculocerebral y en otras condiciones que afectan al cerebro de forma primaria o secundaria. La demencia produce un deterioro intelectual apreciable que repercute en la actividad cotidiana del enfermo, por ejemplo, en el aseo personal, en el vestirse, en el comer o en las funciones excretoras".

Claro está que en ello también incide que la persona reciba o no tratamientos adecuados, por cuanto, como lo reconoce la misma OMS, el deterioro de la actividad cotidiana depende mucho de factores socioculturales.

La posibilidad de proveer hoy en día -mediante tratamientos psiquiátricos y farmacológicos- ayuda eficaz a estos enfermos, y la variedad de trastornos mentales consignados en el documento indicado, resultan suficientemente gráficos, para evidenciar la absoluta insuficiencia de los regímenes de tutela y atención para estos enfermos que se basen en categorizaciones rígidas.

En el Anexo de este trabajo, se reproducen los trastornos mentales que en el aludido documento se detallan, cuya mera superficial lectura, nos permite despejar cualquier duda en orden a lo expresado.

Frente a estas realidades, el camino adecuado se vislumbra, en la "personalización" de los regímenes de incapacidad y de protección, contemplándose tutelas diferenciadas aptas para atender a la multiplicidad de situaciones posibles.

Los "esfuerzos" por adecuar las categorías del Código Civil, aun con el enriquecimiento que para ellas representó la introducción del art. 152 bis por la Reforma, a la diversidad de las enfermedades mentales, y a la mutabilidad del estado de estos enfermos (sea por las características propias de las afecciones, sea por incidencia de los tratamientos con los que pueden verse beneficiados) se presentan hoy como claramente estériles.

Un trabajo de Tobías resulta una prueba palmaria de esta afirmación, toda vez que en él se reconoce que similares patologías, podrían ser susceptibles de encuadrarse tanto en el art. 141 como en el art. 152 bis C.C. -con las diferentes consecuencias que esto conlleva-, dependiendo ello de factores como la eventualidad de posibles remisiones, la incidencia que la patología tenga para la vida de relación del sujeto, etc. [24].

En suma, las apuntadas realidades, han obligado a la jurisprudencia y a la doctrina, a aceptar una "permeabilidad" en las categorías, que demuestra la crisis de este esquema de consideración de la capacidad y de la tutela personal de los enfermos mentales.

Se imponen a esta hora modificaciones normativas que consagren "soluciones personalizadas", en las que puedan contemplarse la infinidad de "matices" en que se presentan las afecciones de la salud mental, y en las que además se prevea con una mayor claridad la atención personal de estos enfermos [25].

En un trabajo ya citado de Taiana de Brandi, se recuerdan las innovaciones que al respecto se han producido en distintos países europeos (Francia, Alemania, Holanda y España), cuyas innovaciones legislativas, bien pasan por proveer de asistencia a las personas "débiles" -lo que resulta independiente de su capacidad-, bien por reconocer distintos grados de capacidad, en un marco de respeto de la voluntad de las personas enfermas. Expresa la autora *que "hay aquí una firme decisión política de proteger al ser humano 'diferente' que se regula al margen de la incapacidad"* [26].

El aludido respeto de la voluntad de la persona -empero las afecciones de la salud mental que puede padecer-, la consideración de su situación particular (tipo de afección, respuesta a los tratamientos, soporte familiar, etc.), y la provisión de una asistencia acorde con sus reales

necesidades -incluso independiente de cualquier declaración de incapacidad-, deben ser contemplados a la luz de los desarrollos de la ciencia médica y la farmacología.

La dignidad de la persona humana, y de cada persona, más allá de sus defectos o deficiencias, exige que se le otorgue un tratamiento acorde con su realidad personal.

En este marco, consideramos también imprescindible señalar que esa dignidad puede verse gravemente afectada con la violación de los derechos a la intimidad y autodeterminación informativa de los enfermos mentales, cuya protección resulta desconocida muchas veces en la práctica.

Los regímenes de asistencia, de tutela y de eventual incapacitación de los enfermos mentales, deberían prever expresamente la confidencialidad de los procesos y procedimientos, de modo tal que no puedan difundirse, tomar estado público, o ser objeto de conocimiento por terceros, las afecciones de la salud mental de las personas que hayan causado su sustanciación.

Esto encuentra especial justificación respecto de aquellas personas que padecen enfermedades mentales, que se encuentran en el amplio espectro de estados intermedios (sea por la índole de su afección, sea por el efecto de los tratamientos que les son proporcionados), cuya posibilidad de desenvolverse en la sociedad, puede verse gravemente afectada, a consecuencia de la difusión de su enfermedad.

En este aspecto, conforme el art. 2° de la ley 25.326, la información que expresa de las personas (determinadas o determinables de acuerdo al art. 1° de la misma ley) en tal carácter queda comprendida dentro de la categoría de los "datos sensibles". Entre dicha información se incluye a los datos relativos a la salud de las personas. Como tales están sujetos en principio a las limitaciones establecidas en el art. 7° de la ley, no pudiendo ser obligados los afectados a proporcionarlos y encontrándose prohibida la formación de archivos o registros que directa o indirectamente revelen este tipo de informaciones.

La preservación de la intimidad de los pacientes, e incluso, la tutela de otros derechos fundamentales como el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a la igualdad y a la no discriminación, exige que estas informaciones, de carácter "sensible", sean tratadas con la mayor discreción y confidencialidad, toda vez que *"su elemento caracterizante, finca en las conductas o actitudes discriminatorias o desigualitarias que pueden generar, por la naturaleza y connotación en el medio de las informaciones que representan"* [27].

La informatización creciente de la labor judicial, genera que las informaciones que surgen de los trámites judiciales que se refieren a procesos en los que se ventilan aspectos de la salud mental (declaraciones de incapacidad, inhabilitación, internaciones forzosas, etc.), sean registradas en distintos archivos o registros, que no garantizan la salvaguarda de los derechos de las personas comprometidas en esos trámites.

Las disposiciones de la ley 25.326, resultan demasiado generales en este aspecto, y además, muchas veces no son aplicadas por desconocimiento o comodidad.

En base a ello, consideramos necesario también, en un régimen de actualización de las normativas que contemplan la tutela y atención de quienes padecen enfermedades mentales, que a la par de adecuarse las soluciones tuitivas de modo tal que pueda atenderse a la situación real de cada enfermo, se garantice la salvaguarda de su derecho a preservar sus padecimientos del conocimiento público, hoy en día seriamente afectado, por obra y gracia de los progresos de la informática [28].

IV. A modo de colofón

Las soluciones de nuestro Código Civil, evidencian una obsolescencia alarmante, que reclama su urgente revisión por los juristas, so pena de que el día de mañana, se nos tache de oscurantistas o insensibles.

Los destacados progresos que representó, por la introducción del art. 152 bis con la Reforma de 1968, en orden a contemplar situaciones que no encuadraban en el rígido esquema capacidad-incapacidad del Código, como ya se ha dicho, hoy ya no resultan suficientes.

El respeto a la dignidad de la persona humana, sea cual fuere su estado de salud mental, y especialmente, la debida -pero en su justa y razonable medida- protección, de las personas que padecen enfermedades mentales, exige de los juristas soluciones innovadoras que vayan más allá de la Reforma de 1968 en este aspecto, y respondan a la realidad de los progresos de las ciencias de la salud.

El derecho es una institución humana necesariamente mutable, que debe acompasar su evolución a la de las otras ciencias, y a la de la propia sociedad, que hoy -gracias a Dios- pretende incluir a todos los seres humanos, más allá de sus defectos o deficiencias [29].

Proponer reformas en el sentido indicado, se enmarca en esa pretensión evolutiva, y adoptarlas constituirá un sensible avance en esa senda.

Seguramente que estos cambios deberían haber sido adoptados mucho antes, pero lo que ahora importa es que se actúe con premura.

La preservación de la dignidad de muchos enfermos, y su inserción en la vida social depende de ello, y éstos deben ser objetivos irrenunciables.

Taiana de Brandi, en su excelente trabajo -ya citado- [30] recordaba las palabras de Johan Peter Ekherman: *"No basta dar pasos que un día puedan conducir a la meta, sino que cada paso ha de ser una meta sin dejar de ser un paso"*.

Que se cuente con instrumentos para la pronta recuperación de la dignidad de estos enfermos sea a la vez, nuestra meta y nuestro próximo paso.

Anexo

De la publicación de la Organización Mundial de la Salud "CIE 10 Trastornos Mentales y del Comportamiento, *descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*".

El listado se encuentra disponible en el artículo publicado en la sección doctrina de la página web de la Academia. www.acaderc.org.ar

NOTAS:

[1] Guillermo A. Borda, "La incapacidad (hacia un replanteo de la inhabilitación y de la insania)", en *Derecho privado* (libro homenaje a Alberto J. Bueres, dirigido por Oscar Ameal), Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 273.

[2] Guillermo A. Borda, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, pág. 110.

[3] En el mismo sentido: Julio C. Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, T. I, pág. 536.

[4] Luis Moisset de Espanés, "Personas que pueden solicitar la inhabilitación", J.A., 1971-12-206.

[5] Santos Cifuentes, "Tutela de los enfermos mentales", L.L., 2005-A-1051.

[6] Santos Cifuentes, ob. cit..

[7] *"En ese contexto, donde la psiquis humana (que aún nos es en gran medida ignota, a pesar de todo, en nuestros días) era asumida como un área de misterios insondables, donde los diagnósticos eran imposibles, y las terapias inútiles, porque las mejoras, rarísimas, eran encaradas en general como poco menos que milagros, escribió su obra magna Dalmacio Vélez"* (Ricardo D. Rabinovich-Berkman, "Quebrar la bipolaridad. Dictamen favorable al nuevo régimen de incapacidad por razones patológicas", L.L., 2005-F, pág. 1528).

[8] *"Tanto la doctrina, como la ciencia psiquiátrica consideraban que esta división tajante era errónea y no se ajustaba a la realidad de las cosas, pues existen numerosas situaciones intermedias entre la salud plena y la enfermedad total, que suelen denominarse 'estados fronterizos'"* (Luis Moisset de Espanés, ob. cit.).

[9] Guillermo A. Borda, *La Reforma al...* cit., pág. 111.

[10] Así se colige de lo expresado por Borda al explayarse sobre los fundamentos de la institución (ver Guillermo A. Borda, *La Reforma al...* cit., , pág. 111).

[11] Tobías señala que *"son variadas y no homogéneas las causales de la inhabilitación y ello denota la complejidad de agruparlas en una fórmula unitaria"* (José W. Tobías, comentario al art. 152 bis C.C., en *Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, obra coordinada por Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, t. 1, 1995, pág. 745).

[12] En este sentido, Tobías recuerda las funciones impuestas por el art. 481 C.C. al curador de los incapaces mayores de edad, que considera deben entenderse aplicables al curador del inhabilitado (José W. Tobías, comentario al art. 152 bis C.C., en ob. cit., pág. 773).

[13] Roque Garrido y Luis Andorno, *Reforma al Código Civil. Ley 17.711. Comentada*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1971, pág. 81.

[14] Roque Garrido y Luis Andorno, ob. cit, pág. 81.

[15] Moisset de Espanés requerda que *"la mayor parte de los autores nacionales advertía la necesidad de modificar el Código para contemplar la situación de los semi-alienados y, en tal sentido, se pronunciaron el proyecto de Reforma de 1936 (art. 55) y el anteproyecto de 1954 (art. 94), pudiendo señalarse también un despacho de la comisión encargada de estudiar el tema en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, y la recomendación aprobada por las Segundas Jornadas de Derecho Civil, que aconsejaba incorporar el régimen de la inhabilitación"* (Luis Moisset de Espanés, ob. cit.).

[16] *Libro del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pág. 730.

[17] *Libro del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, II, ob. cit., pág. 731;

[18] *"... el inhabilitado es una persona capaz pero con una capacidad limitada"* (Guillermo A. Borda, op. cit., pág. 275).

[19] Roque Garrido y Luis Andorno, ob. cit., pág. 83.

[20] José W. Tobías, comentario al art. 152 bis C.C., en *Código Civil. Análisis...* cit., 1995, pág. 773.

[21] Nelly A. Taiana de Brandi, "La discapacidad y sus grados", L.L., Suplemento de Actualización del 10/7/07.

[22] Tobías ha expresado que *"Se trata, en suma de buscar formas apropiadas de protección acordes con los diversos grados con que se manifiesta el discernimiento y en base al principio que la persona tiene el derecho a participar en la vida de relación en la medida que tenga aptitud e idoneidad para hacerlo"* (José W. Tobías, "La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado", en *La persona...* cit., pág. 199).

[23] *"El criterio de protección patrimonial que prevaleció en su redacción ha sido progresivamente dejado de lado, por cuanto la realidad de los casos planteados ha demostrado la necesidad de que se cubran también, y en muchos casos primordialmente, otras carencias de índole personal..."* (María del Rosario Mattera y Gustavo Eduardo Noya, "Los inhabilitados", en *La persona humana*, dirigida por Guillermo A. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 228).

[24] *"En general las enfermedades mentales psicóticas quedarán encuadradas en el art. 141. Las alteraciones profundas de la psiquis, propias de la psicosis determinan que la enfermedad mental acarrea una falta de aptitud para dirigir la persona o administrar sus bienes (presupuestos biológico y jurídico del art. 141). No debe descartarse, sin embargo, la existencia de remisiones lo suficientemente acentuadas como para considerar que el enfermo mental psicótico tiene aptitud para dirigir la persona o administrar sus bienes. En estos casos, faltando el presupuesto jurídico del art. 141, la situación podrá quedar encuadrada en el inc. 2 del art. 152 bis (el enfermo mental es un disminuido en sus facultades mentales) o en ninguno de los supuestos cuando pese a la enfermedad mental, el juez no llegue a considerar que el ejercicio de la plena capacidad pueda resulta presumiblemente daño a la persona o patrimonio"* (José W. Tobías, "Capacidad. Inhabilitación judicial. La causal del inciso 2 del artículo 153 bis. Ambito", en *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 346).

[25] Señala Taiana de Brandi, comentando normas europeas que ponen su acento en el respeto y protección de estos enfermos que *"... estas nuevas normas intentan encontrar soluciones personalizadas conforme los 'matices' que presenta la realidad y las circunstancias que rodean a cada persona..."* (Nelly A. Taiana de Brandi, ob. cit.).

[26] Nelly A. Taiana de Brandi, ob. cit..

[27] Guillermo F. Peyrano, *"El acceso a la información pública y las restricciones emergentes del carácter de los datos archivados. Datos especialmente protegidos y datos sensibles. Bancos de documentos y bancos de datos. Los archivos 'ensibles'"* (E.D., boletines del 12 y 13 de mayo de 2005).

[28] El Tribunal Constitucional español ha expresado que "el derecho a la intimidad personal -consagrado en el art. 18.1 de la Constitución de España- se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado de la dignidad humana que el art. 10.1 de la Constitución española reconoce, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida", agregando que dicho derecho "no sólo comprende la intimidad personal *stricto sensu*, integrada -entre otros componentes- por la intimidad corporal y la vida sexual, sino además determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo", ya que "si bien los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, no integran, en principio, la esfera privada de la persona, es factible -ocasionalmente- acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar, en cuyo ámbito se encuentran las referencias a la salud ". Agregando que "un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluya garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento técnico, vulnera el derecho a la

intimidad como ocurre con las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta" (Sala 1, 8/11/99, "L.E., S". Publicado en Suplemento de Derecho Constitucional, L.L. del 27/7/01, sumario 102.386).

[29] La diversidad personal y la necesidad de reconocer la minusvalidez de las personas -por distintas causas- ha sido tratada por Ghersi en "La protección de los minusválidos" (Carlos A. GHERSI, L.L., 2007-A, pág. 796).

[30] Nelly A. TAIANA DE BRANDI, ob. cit..

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

por JULIO CÉSAR OTAEGUI

SUMARIO: I. El período anterior al Código Civil. II. Desde el Código Civil de 1871 hasta la ley 17.711 de 1968. 1. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. 2. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. III. Desde la reforma de 1968 hasta los proyectos de unificación. 1. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil. 2. Las sociedades civiles y comerciales. 3. Otras entidades. IV. Los proyectos de unificación de los códigos Civil y de Comercio y el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales. 1. El Proyecto de Unificación de 1998. V. Conclusiones. El régimen legal de las personas jurídicas entre la sobre y la desregulación. 1. La sobrerregulación societaria. 2. La desregulación societaria.

La labor realizada en los Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en la ciudad de Córdoba en 1927 y 1937 que abordaron el tema del régimen legal de la personalidad jurídica antes de la reforma del Código Civil de 1968 y en 1969 que lo hizo después, brinda una clara visión de las cuestiones suscitadas por el régimen legal de las personas jurídicas en aquellos tiempos y circunstancias.

Se comentarán las referentes a las personas jurídicas de existencia posible (art. 33 inc. 5 C.C. ley 340) o de carácter privado (art. 33 parte 2ª C.C., ley 17.711).

Es de advertir que en la actual regulación las personas jurídicas de carácter privado abarcan a:

i) las asociaciones y fundaciones que son de carácter privado pero de interés público (art. 33 parte 2ª inc. 1 C.C.):

ii) las sociedades civiles (Libro II, Sección Tercera, Título VII, arts. 1648 y ss. C.C.) o comerciales (art. 33 parte 2ª inc. 2 *in limine* C.C.; arts. 2º, 54 parte 2ª L.S. 19.550) que son de carácter privado e interés privado excepto la sociedad anónima que es de interés público (art. 299 y ss. L.S.);

iii) las sociedades a las que se aplica la L.S. v.gr. la sociedad de coparticipación naval (art. 183 ley de navegación 20.094) de interés privado, la sociedad de garantía recíproca (art. 32 y ss. ley de la Pyme 24.467) de interés público;

iv) entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar (art. 33 parte 2ª inc. 2 *in fine* C.C.).

Con la acotación anterior o sea con referencia a las personas jurídicas privadas pueden señalarse los siguientes períodos en las cuestiones suscitadas por las mismas: 1) el anterior al Código Civil; 2) el corrido desde la vigencia del Código Civil hasta la reforma de la ley 17.711; 3) el transcurrido desde la ley 17.711 hasta los Proyectos de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1987, 1993 y 1998.

Finalmente se expondrán las conclusiones.

I. El período anterior al Código Civil

El instituto de la persona jurídica privada se reguló inicialmente en la legislación comercial respecto de las sociedades anónimas en el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1857 adoptado como Código de Comercio de la Nación en 1862 (ley 15).

No obstante hay que tener en cuenta que Dalmacio Vélez Sarfield y Eduardo Acevedo en el Informe de la Comisión Redactora del Código de Comercio de 1857 hicieron presente que *La jurisprudencia había suplido la falta de derecho escrito, y existían las sociedades anónimas y en comandita con su propio carácter legal aunque no se hallaban en nuestras leyes de comercio.*

Según un dictamen de Vélez Sársfield dado con anterioridad a la vigencia del Código de Comercio la constitución de una anónima requería una ley de la Legislatura del Estado de Buenos Aires.

Respuesta congruente con el origen corporativo de la anónima que deriva de la Compañía Colonial, como ésta lo fue de la *universitas personarum* de la Baja Edad Media cuya creación dependía de la autorización del príncipe o del obispo.

La universitas no poteva esistere sine auctoritate episcopi vel principis [1] a *universitas personarum* de la Baja Edad Media se aplicó en la Edad Moderna a la explotación mercantil de las Indias Occidentales y Orientales

El soberano concedía a la Compañía Colonial el carácter de corporación (hoy diríamos de persona jurídica) para facilitar la explotación de las Indias que consideraba de su interés.

Por ello configuraba con los bienes aplicados a las actividades de la Compañía Colonial, un patrimonio diferente de él de sus miembros pues era una entidad o corporación distinta de aquellos quienes por lo tanto no respondían por sus obligaciones.

Soluciones éstas que perduraron en el Código de Vélez, art. 45, hoy modificado por la ley 17.711 de 1968 y en el art. 39 hoy vigente.

El Código de Comercio francés de 1807 simplificó el régimen pues dictó una ley o estatuto general para una sociedad que denominó *société anonyme* aunque mantuvo el requerimiento del interés público por lo que la constitución de tal sociedad requería la autorización del Consejo de Estado.

La denominó *société anonyme* porque sus administradores no actuaban en nombre de todos los socios como ocurría en la *société en nom collectif* o en nombre de los socios comanditados en la *société en commandite.*

Estas pautas fueron seguidas por el Código de Comercio de 1857 del Estado de Buenos Aires cambiando la autorización del Consejo de Estado por la *autorización del Poder Ejecutivo, dependiendo de la aprobación de la asamblea general cuando hayan de gozar de algún privilegio* (art. 405 C.Com. ley 15) y disponiendo que *los socios no responden por las obligaciones de l*a *compañía, sino hasta el valor de las acciones o del interés que tengan en la sociedad* (art. 410).

Igual camino siguió el Código de Comercio de 1890 que reguló la constitución y organización de la anónima sujetándola a la autorización del Poder Ejecutivo en los siguientes términos: *El Poder Ejecutivo acordará la autorización, siempre que la fundación. Organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código y su objeto no sea contrario al interés público* (art. 318 C.Com. 1890 ley 2637) reiterando *los socios no responden por las obligaciones de l*a *compañía, sino hasta el valor de las acciones o del interés que tengan en la sociedad* (art. 316).

Para el desarrollo de toda actividad mercantil en general la solución fue fecunda y se expandió por ambos lados del Atlántico.

El Estado de Nueva York en 1811 concedió la personería o sea el carácter de corporación o persona distinta de la de sus miembros a las compañías manufactureras, con una mera registración o sea que sustituyó el sistema de la autorización por el sistema normativo.

La solución se difundió en Europa, Inglaterra adoptó el sistema normativo en 1862 y Francia en 1867 propagándose en el derecho continental.

En 1875 el Estado de New Jersey permitió la incorporación mediante un mero registro de compañías de amplio objeto y no sólo manufacturero *mediante* una ley o *act* llamada por eso *Mother of Corporation* [2].

En suma, hasta el Código Civil rigió el instituto de la persona jurídica para la anónima desde el Código de Comercio de 1857.

Es de notar que con anterioridad al Código de Comercio de la Nación de 1862 las provincias de Mendoza, San Juan y Corrientes aplicaron el Código de Comercio español de 1829 [3].

Dicho Código regulaba la anónima como persona jurídica con un sistema intermedio entre él de la registración y él de la autorización porque el contrato de la anónima debía someterse al examen del tribunal de comercio sin cuya aprobación no podía llevarse a efecto (art. 293 C.Com. español 1829) pero cuando el rey les concedía algún privilegio para su fomento tenían que someterse sus reglamentos a su aprobación (art. 294 C.Com. español 1829).

En el Informe de Vélez Sársfield y Acevedo sobre el Proyecto de Código de Comercio de 1857, antes de éste existían, además de las sociedades anónimas, las *sociedades en comandita con su propio carácter legal aunque no se hallaban en nuestras leyes de comercio.*

Cabe resaltar que en el Código de Comercio de 1857 reguló a la sociedad en comandita disponiendo que sería al mismo tiempo *sociedad en nombre colectivo* para los socios solidarios *y en comandita para los que no han hecho más que poner los fondos* (art. 425).

La sociedad colectiva no era una persona jurídica distinta de los socios porque la razón social equivalía *plenamente a la firma de cada uno de los socios* y obligaba *a todos como si todos hubieran efectivamente firmado* (art. 455).

A consecuencia de ello, la declaración de quiebra de una sociedad colectiva o en comandita constituía en estado de quiebra *a todos los socios solidarios que la componen* (art. 1530).

El C.Com. 1862 conservó las mismas reglas (arts. 303, 372, 1384) y éstas perduraron en el C.Com. de 1890 (arts. 303, 372), en la ley de quiebras 4156 de 1902 (art. 4º) y en la ley de quiebras 11.719 de 1933 (art. 6º).

Vale decir que con anterioridad al Código Civil, según la legislación comercial las sociedades colectiva y en comandita no eran personas jurídicas por lo que su quiebra conllevaba la de sus socios colectivos y comanditados que eran quienes se habían obligado ante terceros.

El Código Civil, art. 33 (texto ley 340) no alteró la solución pues sólo calificó como personas jurídicas a las sociedades anónimas (art. 33 inc. 5).

La situación varió con la ley 17.711 de 1968 que incluyó entre las personas jurídicas a las sociedades comerciales (art. 33 parte 2ª, inc. 2).

No obstante y a pesar de ser la colectiva y la comandita personas distintas de las de sus socios, las leyes falenciales posteriores dispusieron la extensión de la quiebra *ipso jure* a los socios con responsabilidad ilimitada y por lo tanto al socio colectivo y al comanditado: la ley de concursos 19.551 de 1972 (art. 164), la ley de concursos y quiebras 24.522 de 1995 (art. 160).

En suma, el instituto de la persona jurídica fue aplicado para la sociedad anónima pero no para las restantes sociedades comerciales, por Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1857 adoptado como Código de Comercio de la Nación en 1862 (ley 15).

Ello con las notas del Código francés de 1807 o sea la autorización gubernamental, la personalidad diferenciada de la de los accionistas y la consiguiente limitación de la responsabilidad de éstos a la integración de sus aportes.

II. Desde el Código Civil de 1871 hasta la ley 17.711 de 1968

El Código Civil para las personas jurídicas en general siguió los principios del C.Com. de 1862 destinados a la anónima como era obvio por estar en ambos la mano de Vélez Sársfield

El Código Civil, en su art. 33, al legislar sobre las personas jurídicas ya de existencia necesaria, ya de existencia posible las caracterizó por ser creadas *con un objeto conveniente al pueblo* lo que reiteró en la enumeración del inc. 5.

Esta enumeración ha sido calificada de inorgánica en lo jurídico [4].

Empero en lo económico corresponde al pensamiento de Adam Smith que en su clasica obra *Wealth of nations* de 1776, expuso su concepto sobre la *joint stock company* diciendo que: "*… a joint stock company was an apropiate type of organization only for those trades which could be reduced to a routine, namely, those of banking, fire and marine insurance, making and maintaining canals, and bringing water to cities"* [5].

En este sentido el C.Com. de 1862 (art. 403) daba mayor amplitud al objeto posible de la sociedad anónima pues disponía que "*La sociedad anónima es la simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera…",* norma ésta reproducida por el C.Com. de 1890 (art. 313).

Y además dicho inc. 5 reiteraba las pautas fundamentales del instituto o sea que las entidades que menciona *y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de obligaciones del Estado.*

Sentado lo expuesto, pasaremos a considerar las cuestiones que suscitó el régimen legal de la persona jurídica hasta la reforma de la ley 17.711 de 1968.

Ello se hará a la luz de los debates habidos en el Primer y Segundo Congreso de Derecho Civil celebrados en la ciudad de Córdoba en 1927 y 1937.

1. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil [6]

En el Primer Congreso de 1927 se trató el art. 34 C.C. concerniente a las personas jurídicas constituidas en el exterior o externas, a saber *Los Estados extranjeros, cada una de sus provincias y municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos en iguales condiciones que los del artículo anterior,* cuya reforma propuso Víctor N. Romero del Prado.

Como se dijo al inicio, nos referiremos a las personas jurídicas privadas o sean *los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos en iguales condiciones que los del artículo anterior.*

Al tratar el tema, Romero del Prado abordó cuatro aspectos:

i) la constitución de las personas jurídicas;

ii) la actuación permanente de una persona jurídica privada externa en el país;

iii) la actuación transitoria de una persona jurídica privada externa en el país;

iv) el régimen de la sociedad anónima externa.

Sobre la constitución de las personas jurídicas se manifestó contrario al régimen del Código Civil de la "concesión" (*rectius* de la "autorización") y abogó por el régimen de la "reglamentación legal" o del "registro" o de la "libertad absoluta", en una extensa y erudita exposición de la que reproduzco los siguientes párrafos no consecutivos:

La sociedad argentina ha experimentado profundas transformaciones desde la sanción del Código Civil hasta nuestros días, que justifican una reforma de nuestra legislación civil. Es tiempo ya de realizarla respecto del Título I, Libro I, Sección I, de las personas jurídicas. El codificador argentino, inspirándose en Savigny, siguió el sistema de la ficción: arts. 45 y su nota, 46 y su nota y 48, incisos: 1 y 2 y su nota, primera y segunda parte, son terminantes; y esa teoría anticuada, anticientífica, totalmente abandonada en el presente, que atenta contra el espíritu de asociación y de iniciativa, debe ser proscripta de nuestra legislación. Los individuos se asocian buscando alcanzar ciertos fines, religiosos, de caridad, científicos, literarios, económicos, etc., que aisladamente no lo conseguirían o sólo imperfectamente; bien puede tratarse de empresas de larga duración, que exijan fuertes capitales, los esfuerzos de muchos.

Para la mejor realización y logro de aquéllos, esos agrupamientos necesitan gozar de la personalidad jurídica.

Debemos pues rechazar el sistema de la "concesión" de la personalidad jurídica por el Estado y creo que los peligros que este sistema representa, se evitarían aceptando por ejemplo, él de" la reglamentación legal" o del" registro" o él de "la libertad absoluta" seguido en Suiza para algunas clases de asociaciones.

Soluciones estas que corresponden respectivamente al 45 C.C. ley 17.711, y a los proyectos de unificación civil y comercial.

Sobre la actuación permanente de una persona jurídica privada externa Romero del Prado sostuvo: "*En este caso, creo que debe aplicarse el art. 45 del C. Civil y por consiguiente, que sin la previa autorización del gobierno, no estaría habilitada capacitada para ejercer sus funciones y sus estatutos deben, por consiguiente, ser aprobados".*

Sobre la actuación transitoria Romero del Prado dijo: "*2º) Esa misma persona jurídica extranjera, pretende únicamente realizar un acto jurídico: una enajenación o adquisición de un bien o puede tratarse de la aceptación y percepción de un legado hecho a su favor, o, ya necesitar gestionar sus intereses presentándose en juicio.*

No trata ella de funcionar, como tal, en el país, sino únicamente de realizar un acto transitorio: comprar o vender un bien, reclamar el pago o entrega de un legado, gestionar el cobro de un crédito.

Para la segunda de las situaciones analizadas, basta que se compruebe con la documentación pertinente, ante el juez… en el correspondiente juicio, que se ha constituido de conformidad a las leyes del país de origen y que es persona jurídica según las mismas".

Estos criterios sobre los recaudos postulados para la actuación permanente y la transitoria guardan similitud en general con los de la L.S. 19.550 (art. 118) referidos al "ejercicio habitual" y al "acto aislado"

Finalmente, Romero del Prado se manifiesta adverso al régimen de reciprocidad de la ley 8.867 de 1912 modificatorio del C.Com. de 1890 (art. 287).

La reciprocidad cuestionada por Romero del Prado ha perdido actualidad con la adopción del sistema normativo por la L.S. (art. 167) pero es valiosa su aseveración final consistente en que la persona jurídica extranjera *en caso de pretender trasladar a la República su actividad, es decir, ejercer entre nosotros su "capacidad de función" por oposición a la "capacidad jurídica", o sea, explotar en nuestro territorio el "objeto de su institución", entonces, deberán someterse a los requisitos y condiciones que nuestras leyes exijan para las que se constituyan en el país.*

Este principio ya se encontraba en el C.Com. de 1862 (art. 398) según el cual "*Las sociedades constituidas en países extranjeros con establecimientos en el Estado tienen la obligación de hacer igual registro* (inscribir el contrato constitutivo) *en los tribunales de comercio respectivo del Estado antes de empezar sus operaciones. Mientras el instrumento del contrato no fuere registrado, no tendrá validez contra terceros, pero dará acción a estos contra todos los socios solidariamente (arts. 399 y 400)".*

La inscripción implicaba a su vez que las sociedades anónimas contaran con la autorización del Poder Ejecutivo (art. 495).

El C.Com. de 1890 flexibilizó la regla pues dispuso: i) en el art. 285 que la realización de actos de comercio no contrarios a la ley nacional no requería la inscripción de la sociedad con lo que la anónima podía celebrarlos sin contar con la autorización del P.E.; ii) en el art. 286 que las sociedades constituidas para ejercer su principal comercio en la República serían consideradas sociedades nacionales y sujetas a las disposiciones del Código o sea para la anónima la necesidad de obtener la autorización del Poder Ejecutivo; iii) en el art. 287 que para establecer en la República cualquier especie de representación bastaba con cumplir con el registro y la publicación de los actos sociales y los mandatos de los representantes.

Diversas contingencias llevaron a la modificación en 1897 del art. 286 por la ley 3528 ciñéndolo a las sociedades constituidas en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República, con la mayor parte de sus capitales levantados en ésta o que tuvieran en la misma su directorio central y la asamblea de socios [7]**.**

Es patente que los "actos de comercio" del art. 285 ajenos a la compra de bienes raíces (art. 452 inc. 1 C.Com.) son los antecesores del "acto aislado" del L.S. art. 118 párr. 2º aplicado a la adquisición de inmuebles por razones fiscales (art. 229 y ss. IGJ RG 7/2005).

Es evidente que el art. 286 es el predecesor del art. 124 L.S.

2. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil [8]

En el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en la ciudad de Córdoba en 1937 tuvo por objeto contribuir al estudio de revisión del Código Civil argentino para lo que se disponía del Anteproyecto de Bibiloni de 1932 y el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936.

El tema IV del Congreso fue "Problemas relativos a la existencia, capacidad y responsabilidad de las personas jurídicas" y el debate se centró en la conveniencia de suprimir o mantener el sistema de la autorización administrativa para la constitución de la persona jurídica.

El profesor Barcia López abogó por la supresión en un extenso y erudito alegato del que reproduzco los siguientes párrafos no consecutivos:

"Pero, sobre todo, había urgencia en expurgar por completo a nuestra ley civil de las aplicaciones prácticas y de las funestas consecuencias a que eran llevados los intérpretes -comentadores y jueces-, al suponer impuesto por el Código en todo su rigor lógico el vetusto y perimido sistema de la ficción legal, bajo la influencia de la clásica obra de Savigny. Esto es lo que a mi juicio el Proyecto no ha conseguido realizar en la medida deseable y necesaria; en buena parte por el desacuerdo entre sus miembros, que los debates revelan, sobre las orientaciones fundamentales en tan delicada materia a pesar del notable progreso alcanzado con relación al Código actual y al anteproyecto, del cual elimina parcialmente algunas de sus fallas…

Los tratadistas modernos más autorizados, la legislación y la jurisprudencia casi universal, están contestes en desechar en absoluto las falsas y peligrosas aplicaciones de la teoría de la ficción en el régimen legal de las personas jurídicas, fijando el verdadero rol del poder público frente a las corporaciones e instituciones privadas. No es ya el gobierno ni la ley quien las crea, sino los particulares y la vida social misma. Cuando se mueven dentro de lo lícito, sin afectar al orden público ni a las buenas costumbres, el Estado se limita a comprobar su nacimiento, inscribiéndolas en el registro respectivo, y a proteger, con preceptos adecuados, su normal funcionamiento y desarrollo. Es una de las tantas aplicaciones del principio de la autonomía de la voluntad (arts. 21 y 1197 del Código Civil) .

La plena capacidad jurídica con que natural y socialmente vienen a la vida del derecho, las asociaciones y fundaciones lícitas, queda supeditada en el Proyecto al beneplácito del Poder Ejecutivo, quien puede, discrecionalmente, acordarla o denegarla, sin control ni garantía de ningún género. Es, además, a todas luces arbitraria e inconveniente la distinción que el Proyecto hace, siguiendo a Bibiloni, entre dos categorías de entidades corporativas, que siendo igualmente lícitas y no persiguiendo fines de lucro, tienen, sin embargo, distintas capacidades, según obtengan o no la personería jurídica, que continúa en manos del Gobierno como favor graciosamente otorgado a unas y negado a otras (arts. 74, inc. 6, 76, 79, 102, 103 y 105). Esa graduación de capacidades o de personalidad, para sujetos jurídicos, objetivamente iguales, significa la consagración de un privilegio injusto en beneficio de unos y en contra de otros; y se realiza, para que sea, aún más grave y peligroso, por un simple, decreto del Poder Administrador, que no puede arrogarse facultades legislativas, ni judiciales, sin violar el principio constitucional de la división de los poderes, y a quien le está confiada solamente la misión de ejecutar las leyes y decisiones judiciales, sin que le sea permitido interpretar y aplicar el derecho civil, facultad privativa de los jueces.

La tendencia moderna es, pues, suprimir toda intervención del Poder Ejecutivo en la creación de las personas jurídicas, y con mayor razón en su extinción o disolución, reservada al legislador y a los tribunales. La administración pública, puede y debe organizar un eficaz control y vigilancia de las actividades que desarrollan las personas colectivas, como lo hace con las individuales, en ejercicio de sus poderes de policía, preventiva o represiva, para evitar o reprimir, todo acto ilícito que comprometa el orden público o los intereses sociales, accionando en contra de aquellas entidades por intermedio del ministerio fiscal, cuando lo crea oportuno. Pero las decisiones que afectan a la existencia misma del sujeto jurídico, a su vida y su

patrimonio, no deben, no pueden ser tomadas sino por los jueces, con las garantías procesales pertinentes; y sin perjuicio de las medidas preventivas de urgencia, que los jueces mismos pueden decretar, de inmediato, para suspender o impedir cualquier actividad ilícita. De este modo quedan garantizados todos los intereses en forma rápida y eficaz, sin herir de manera irreparable ningún derecho legítimo (art. 62 del C.C. peruano)".

Por su parte, el profesor Pedro León disintió con una breve pero no menos erudita réplica de la que escojo los siguientes párrafos no consecutivos:

"El dictamen de la Comisión, que ha hecho suyo el proyecto del señor congresal Barcia López, tiende a dejar sin efecto el sistema tradicional en nuestro país, que es el de la concesión de parte de la autoridad gubernativa.

Me parece, señor presidente, que en estos casos tenemos que separar cuidadosamente el derecho a constituirse de la asociación con fines lícitos, de la personalización jurídica, porque estimo que son cosas que no pueden identificarse. Una cosa es el derecho fundamental consagrado por la Constitución, de que todos los habitantes del país pueden asociarse con fines lícitos, y otra cosa distinta que esas entidades, formadas por la asociación de varios o muchos individuos, adquieran la personalización jurídica, o sea, la facultad de obrar como entes independientes o distintos de los individuos que las constituyeron, con un patrimonio propio, en el cual no tienen nada que hacer los individuos que formaron cada entidad, y con un conjunto de obligaciones que será a cargo de la entidad y no de las personas que contribuyeron a formarla.

Más todavía. Hay el peligro -y quiero de inmediato poner en claro esta situación- el peligro de que al haber aludido el ilustrado profesor Dr. Barcia López, en el meduloso informe que acaba de leer, al haber aludido, decía, a un problema de regímenes democráticos, podríamos aparecer, los que combatimos esa posición, como colocados en una situación hasta reaccionaria, diríamos, hasta en contra de las ideas democráticas, en contra de los sistemas que tienden a una mayor libertad de asociación. Y francamente, no se debe mirar así el problema. Con tal motivo me permitiría hacer las siguientes reflexiones: xuando nuestro Código se dictó, es muy sabido que Vélez Sársfield le imprimió sus ideas liberales, que su ideario económico era liberal y que se afianzó el individualismo en sus preceptos, salvo contadas excepciones. Y sin embargo, Vélez Sársfield fue partidario de la concesión en todos los casos.

Por todas estas razones, me he preocupado especialmente de separar estos conceptos, sólo para evitar equívocos y para no aparecer defendiendo-un principio antidemocrático, antiliberal o reaccionario. La intervención del Estado en cuanto a la concesión, estimo que es más eficaz que la de los jueces. Ofrece mayor rapidez en las soluciones; y sobre todo, cuando se trata de asociaciones que se extinguen de hecho, o que cometen actos ilícitos, o que están ejerciendo actividades en contravención con los fines de la sociedad o del Estado, es evidente que la intervención del poder público adquiere caracteres de mayor eficacia y rapidez que una injerencia judicial, que debe estar sometida a prueba y controversia, con la consiguiente pérdida de tiempo. Es claro que puede haber abusos; evidentemente.

Por otra parte, en el estado actual de la sociedad, hasta aparece como una política de carácter institucional peligrosa en demasía, que el Estado prescinda de la personas de derecho privado o de derecho civil. En el estado actual de nuestras instituciones, el Estado moderno no puede despreocuparse de las actividades de las personas jurídicas; el Estado moderno no puede convertirse en un mero empadronador de las personas jurídicas, limitándose a inscribirlas en un libro, al modo de un jefe de sección del Registro de Propiedades que hace inscripciones de contratos de compraventa o de mandato. Y si esto es así en los países donde rigen instituciones de carácter liberal, no veo ningún motivo para que, vuelvo a repetir, en el estado actual de la vida jurídica de todas las naciones, el Estado se desinterese de todo lo que se refiere a las personas jurídicas".

Respecto de la identificación con un pensamiento antidemocrático del régimen de la autorización plasmado por Vélez Sársfield en el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1857 devenido Código de Comercio de la Nación en 1862 y en el Código Civil de 1871, bueno es tener en cuenta que el concepto jurídico de Vélez Sársfield sobre la *universitas*

personarum (art. 33 parte 2ª C.C.) tiene gran similitud con el económico liberal de Adam Smith..

En cuanto al centro de la cuestión es de notar que:

i) La Constitución garantiza el derecho de asociarse y ejercer toda industria lícita (art. 14) ello sin perjuicio de la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros (arts. 17, 18), derecho reglamentado (art.14 C.N.) por el Código Civil (arts. 1195, 1197 y concs);

ii) La Constitución no garantiza el derecho a la personería jurídica mediante la cual por razones de interés público se limita la responsabilidad al patrimonio afectado a la actuación ante terceros pero tampoco lo veda (art. 33) y lo admiten tanto el C.C. (arts. 39, 45 y ss.) para la asociación y la fundación en los sentidos clásicos de *universitas personarum* y *universitas bonorum* y el C.Com., L.S. (art. 163).

Por cierto que las observaciones de Barcia López luego fueron recogidas en la reforma de 1968 como la ampliación del concepto de persona jurídica (art. 33 parte 2ª C.C.) y de la responsabilidad extracontractual de ésta (art. 43) para evitar que gozara del *commodum* sin la carga del *periculum.*

III. Desde la reforma de 1968 hasta los proyectos de unificación

La reforma de la ley 17.711 cambió sustancialmente el régimen legal de la persona jurídica privada al eliminar el recaudo de la autorización estatal respecto de: i) *Las sociedades civiles y comerciales*; ii) *… o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.*

Ambas soluciones sobre las que luego se volverá respondían a un criterio generalizado.

Otras reformas ya reclamadas por la doctrina fueron las concernientes a la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica (art. 43 C.C.) y la revisión judicial de las decisiones administrativas *en caso de ilegitimidad o arbitrariedad.*

La solución es de larga data y con otros matices y partiendo de la tutela del interés público fue aplicada por la Corte Suprema interpretando el C.Com. de 1890 (art. 318) ante un aumento de capital de gran magnitud resultante de una concentración de sociedades [9].

Un criterio similar se encuentra hoy en la ley de Defensa de la Competencia 25.156 (arts. 6º y 7º).

Es de notar que el control de mérito sobre decisiones empresarias está previsto en la L.S. (v.gr. arts. 70 "otras reservas", 197, 220 inc. 2, 261 último párrafo), ello sin mengua de la revisión judicial por abuso de derecho (art. 1071 C.C.) y en resguardo del interés público (arts. 301 inc. 2, 303 inc. 2 L.S.).

En materia de asociación y bien común la Corte Suprema avaló el travestismo con invocación -entre otros argumentos- del art. 19 C.N. [10].

En materia de fundaciones la ley 19.836 de 1972 reguló las mismas conforme a las reglas clásicas de la *universitas bonorum* (art. 1º con reenvío al C.C.. art. 45), estableciendo una autoridad de control (art. 34) pero con recurso judicial contra la denegación o retiro de la personalidad en los casos de ilegitimidad y arbitrariedad (art. 37), respondiendo a uno de los argumentos formulados por Barcia López en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil en 1927 [11].

1. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil [12]

El problema central que se debatió en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en la ciudad de Córdoba en 1969 fue el de la "Extraterritorialidad de las personas jurídicas públicas y privadas.

El tema dio lugar a dos despachos ambos con eruditas consideraciones.

El despacho en mayoría recomendó: *"I. La calificación de las personas jurídicas de carácter privado se rige por la lex fori. II La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por las leyes del Estado en el cual han sido reconocidas como tales. III Podrán ejercer en la República actos relativos a su capacidad genérica, pero para ejercer actos comprendidos en el objeto de su institución, instalar sucursales u otro tipo de representación permanente, cumplirán los requisitos y se sujetarán a las prescripciones establecidas por nuestras leyes. IV. La fusión, asociación o participación de una persona jurídica de carácter privado constituida en el extranjero con una constituida en el país, reviste la calidad de un acto relativo a su capacidad específica. V. En caso de extinción de las personas jurídicas de carácter privado, no habiéndose previsto en sus estatutos el destino de los bienes regirá al respecto la ley territorial. VI. Los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios y las entidades autárquicas extranjeras gozan de personalidad extraterritorial de derecho privado. Pero para la realización de actos que impone el ejercicio de sus unciones propias o los servicios públicos que tienen a su cargo, deberán obtener el consentimiento de las autoridades locales y someterse a las leyes territoriales. VII Las personas jurídicas de carácter público se rigen por el derecho público; las personas jurídicas internacionales o supraestatales se rigen por el Derecho Internacional Público. Celestino Piotti - Berta Kaller de Orchansky - Oscar Bernardo Remaggi – María del Carmen Busleimain - Alejandro Ossola - Juan Manuel Aparicio - José Antonio Buteler (h)".*

El despacho en minoría recomendó: *"I. Los Estados y las personas internacionales de derecho público se rigen por las normas del derecho internacional público. Las otras personas del derecho público lo hacen por las normas de ese carácter correspondientes al Estado de donde provienen. II Las personas jurídicas de carácter privado se rigen en cuanto a su existencia, calidad y capacidad por las leyes del país de su domicilio. Se entiende como tal el lugar donde ejerzan los actos comprendidos en su objeto social. Si el lugar no pudiere ser individualizado o si se realizare el objeto en distintos países se considerará como domicilio de las mismas, el asiento real y principal de su administración. III Las personas jurídicas extranjeras para instalar sucursales en el país u otro tipo de representaciones se sujetarán a las prescripciones establecidas en nuestras leyes. IV Las personas colectivas con personalidad jurídica según el derecho internacional público, de derecho público o privado extranjero, puedan realizar en el país actos aislados ya sean jurídicos o judiciales. IV Las personas jurídicas constituidas en un Estado, bajo formas desconocidas por las leyes de otro, estarán sujetas a las formas mas apropiadas que reconozca el Estado territorial. Dr. Juan Alberto Pardo".*

Como se manifestó en el curso del debate, estas normas estaban previstas respecto de las personas jurídicas privadas en el Anteproyecto de ley de Sociedades Comerciales art. 118 (texto que mantuvo la L.S. 19.550 de 1972) y correspondía incluirlas en el Código Civil.

Aquí vale una precisión verbal.

Las ponencias transcriptas se refieren a las "personas jurídicas extranjeras" y la L.S. a la "sociedad constituida en el exterior".

Cabe resaltar que en el caso de las sociedades la condición de "persona jurídica extranjera" interesa la atribución de "nacionalidad" para aplicar un trato diferenciado sea restrictivo (v.gr. ley 22.591, art. 1º, para sociedades controladas por el enemigo) o preferencial (v.gr. Código Aeronáutico, ley 17.285 art. 97 párr 2º sobre cabotaje); la ley 25.750 sobre protección de bienes culturales, art. 5º) de tal suerte que puede ser extranjera una sociedad constituida en el país y estar sujeta a restricciones o no gozar de preferencias.

Diversamente en una sociedad constituida en el exterior o sociedad externa para la aplicación de la L.S. no interesa la atribución de "nacionalidad".

Así: i) una sociedad colectiva constituida en Montevideo cuyos socios fueran todos argentinos tendría que sujetarse a la L.S. art. 118 pero no tendría derecho al fuero federal (ley 48 art. 10); ii) una sociedad colectiva constituida en La Plata con un socio extranjero tendría derecho al fuero federal.

Sobre la cuestión hay que tener presentes los Tratados de Montevideo, la CiDip II y el Tratado del MERCOSUR.

2. Las sociedades civiles y comerciales

La personificación de las sociedades civiles no altera las relaciones entre los acreedores de la sociedad y los acreedores de los socios reguladas por el Código Civil (art. 1714).

Así se afirma que la vigencia de la L.C.Q. (art. 2º) que abarca a los deudores civiles, no interfiere con el C.C. (art. 1714) que subordina los acreedores de los socios a los acreedores sociales pues el C.C. (art. 1714) y *sentando el principio de la separación de masas, se limita a establecer sendos criterios de ordenación para los posibles casos de concurrencia de acreedores de la sociedad y de los socios* [13].

La personificación de la sociedad comercial con socios de responsabilidad ilimitada convencional (colectivos art. 125 L.S., comanditados arts. 134, 315 L.S. o capitalistas art. 141 L.S.) torna irrazonable que la quiebra de la sociedad conlleve la quiebra *ipso jure* de dichos socios (art. 160 L.C.Q. 24.522) lo que afecta al derecho de defensa (art. 18 C.N.).

El caso del socio comanditario (art. 134 L.S.) es similar al del comitente que encarga a un comisionista *negocios individualmente determinados*, sin que los terceros con quienes contrata el comisionista *tengan acción contra el comitente ni éste contra aquéllos* (art. 222 C.Com.) por lo que la personificación de la sociedad no lo afecta.

3. Otras entidades

Es una apertura trascendente en el régimen legal de la personalidad jurídica que:

i) subsume en la *persona jurídica* a la *persona de existencia ideal* unificando a ambos conceptos enunciados por el art. 35 C.C., en el primero;

ii) a la autorización expresa del Estado (art. 45 C.C.) suma la autorización tácita (art. 33 parte 2ª inc. 2 *in fine* C.C.).

Empero tras la simplificación de categorías antedicha crea la nueva categoría de *sujeto de derecho* (art. 46 C.C.) que atribuye a las asociaciones civiles o religiosas o sea no mercantiles o no lucrativas constituidas por escritura pública o instrumento privado certificado notarialmente estando en caso contrario sujetas a reglas semejantes a la de la sociedad comercial informal (arts. 22, 23 L.S.) y subsidiariamente a las normas de la sociedad civil.

La categoría de *sujeto de derecho* tambien aparece en la L.S. (art. 2º) sin que pueda advertirse en la L.S. la diferencia entre tal categoría y la de *persona jurídica* que le asigna el art. 33 parte 2ª inc. 2 *in limine* C.C..

A esto se agrega que la L.S. (art. 54 parte 2ª) se refiere a la *personalidad jurídica* y no al *sujeto de derecho.*

Cabe tener en cuenta que las asociaciones y las fundaciones no pueden participar en sociedades comerciales con excepción de sociedades anónimas aunque con ciertas limitaciones (art. 436 IGJ RG 7/2005).

La atribución de personalidad jurídica sin autorización expresa del Estado antes de la reforma de 1968, fue una cuestión controvertida.

Recordemos los aportes de Pliner sobre la sucesión hereditaria, la masa de acreedores en la quiebra y la masa de debenturistas, en sentido negativo a tal atribución [14].

Después de la reforma de 1968, la controversia continúa en pie v.gr. respecto del consorcio de copropietarios [15].

IV. Los proyectos de unificación de los códigos Civil y de Comercio y el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales

A la apertura de la ley 17.711 (art. 33 parte 2ª inc. 2) se sumó un particular problema del derecho de la anónima con singulares repercusiones en el régimen legal de la personalidad jurídica y en la doctrina societaria.

Como antes se dijo, la L.S. 19.550 abandonó el régimen de la autorización para la constitución de la anónima del C.Com. 1890 (art. 318) y lo reemplazó por el sistema normativo (art. 367 L.S.).

Empero, siguiendo un criterio evolutivo aconsejable para las reformas legislativas no dejó de lado totalmente el recaudo del interés público propio del régimen de la autorización y estableció para la anónima la fiscalización estatal del art. 299 L.S. para salvaguarda del interés público (arts. 301 inc. 2, 303 inc. 2 L.S.).

A su vez, para evitar que se frustrara dicha fiscalización mediante la participación en sociedades no sujetas a la misma, dispuso que las sociedades por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones (art. 30 L.S.) sin establecer las consecuencias del incumplimiento.

La ley 19.880 de 1972 (art. 386 inc. h) dispuso que las sociedades por acciones y las sociedades en comandita por acciones deberían enajenar sus cuotas o partes de interés en otras sociedades en el plazo de diez años desde la vigencia de la ley y de no hacerlo quedarían sujetas al régimen de las sociedades irregulares.

Esta regulación fue un obstáculo para la actuación en el país de *joint ventures* interesados en la exploración y explotación petrolera por dos razones: i) una porque dichos *joint ventures* tenían gran semejanza con nuestra sociedad accidental o en participación (art. 361 L.S.); ii) otra porque si bien era cuestionable que a la L.S. (art. 30) fuera aplicable a la sociedad en participación [16] y con el correr de los años la sanción de irregularidad fue atemperada jurisprudencialmente [17], no era prudente emprender un negocio de gran envergadura en tales circunstancias..

Todo ello llevó a buscar soluciones para sortear la veda y así se llegó a la ley 21.778 (art. 24) que exceptuó a los contratos de exploración y explotación petrolera de lo dispuesto en la L.S. (art. 30).

Empero había otros grandes emprendimientos no petroleros, obstaculizados por el L.S. (art. 30) v.gr. la Represa de Yaciretá.

Una solución general fue dada por la ley 22.903 de 1983 reformatoria de la L.S., que le añadió el Capítulo III, De los Capítulos de Colaboración Empresaria, las "agrupaciones de colaboración" y las "uniones transitorias de empresas".

Y esta solución general implicó un cambio trascendente en el régimen de la persona jurídica consistente en que *no constituyen sociedades ni sujetos de derecho* las "agrupaciones de colaboración" (art. 361 L.S.) ni las "uniones transitorias de empresas" (art. 371 L.S.).

Cambio trascendente porque: i) era clásico que el Estado se reservara la atribución de autorizar la constitución de una persona jurídica por razones de interés público (arts. 33, 45 texto original C.C.; art. 318 CCom. 1890); ii) fue novedoso que se diera el carácter de personas jurídicas a todas las sociedades civiles y comerciales con una autorización explícita general y a otras entidades con una autorización implícita general (art. 33 parte 2ª inc. 2 C.C.).; iii) y con los contratos de colaboración empresaria se dio un paso más.

El Estado ejerce la atribución de exceptuar del carácter de sociedades y de sujetos de derecho a determinados contratos, camino de excepciones iniciado con la ley 24.778.

La cuestión reviste particular importancia respecto del contrato de UTE inspirado en el instituto del *consòrcio* de la ley brasileña de sociedades anónimas 6404/1976 (art. 278).

La UTE guarda gran similitud con la sociedad accidental o en participación pero con la ventaja de que sobre la UTE no pende la amenaza del art. 30 L.S..

De allí en mas surgió la idea de regular contratos asociativos de gran flexibilidad libres de cortapisas, y la misma cuajó en los siguientes proyectos: i) De Código Civil de 1987 *ex* Comisión Resolución R.P. 988/86 H. Cámara de Diputados; ii) De reformas al Código Civil de 1993 *ex* Comisión Decreto 486/1992; iii) De Código Único Civil y Comercial de 1993 *ex* Comisión Federal H. Cámara de Diputados; iv) De ley de Reformas a la ley de Sociedades Comerciales *ex* Comisión Res. 465/91 Ministerio de Justicia; v) Y del Código Civil de 1998 *ex* Comisión Decreto 685/95.

En 1993 se sumó a la idea el Proyecto de Reforma de la ley de Sociedades Comerciales redactado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, Res MJ 465/91.

Todos estos proyectos apuntan a la desregulación en materia societaria con distintos matices.

Por razón de brevedad me referiré al Proyecto de Unificación de 1998 que sigue los lineamientos del Proyecto de la Comisión Federal.

1. El Proyecto de Unificación de 1998

El mismo presentado el 18/12/98 incluyó en el Código un capítulo sobre "Contratos asociativos" con cinco secciones respectivamente sobre: "Contratos asociativos en general", "Negocio en participación", "Agrupaciones de colaboración", "Uniones transitorias" , y "Contratos asociativos no inscriptos".

En los respectivos fundamentos se dice: *" En materia de contratos asociativos y reformas a la ley de sociedades, se han seguido las líneas del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993. El contrato asociativo es concebido como una figura muy abierta, que deja lugar a estipulaciones de lo más variadas que puedan aparecer en la vida comercial y económica de la comunidad. Podría decirse, sin embargo, que no se define exactamente el límite entre la sociedad y el contrato asociativo, dejando para la interpretación su calificación y que la solución contraria permite mejor esa delimitación".*

En cuanto a la calificación en el art. 1335 prescribe que: *"Exclusión de calificación como sociedad. La existencia de un contrato asociativo excluye la invocación de sociedad entre sus contratantes. También la excluye respecto de terceros que conocían el contrato y es presunción contraria a la existencia de sociedad respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual".*

De tal suerte para unos terceros podría ser un contrato asociativo y para otros un contrato societario.

De aquí podría entenderse que la denominación que las partes den al contrato prevalece sobre la naturaleza del contrato, y si fuera así esto sería una excepción al C.C. (art. 1029) y contrario al criterio del actual C.C. (art.1326) considerado de gran trascendencia [18].

Empero entre las partes tal temperamento no sería objetable por tratarse en definitiva de derechos patrimoniales disponibles.

El problema es distinto cuando se proyecte frente a terceros pues: "También la (dicha invocación) excluye respecto de los terceros que conocían el contrato y es presunción contraria a la existencia de la sociedad respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual" (art. 1335 C.C.).

Esto significa que si varias personas actuaran ante terceros en sociedad pero calificando su relación como contrato asociativo para un acreedor conocedor del contrato los bienes aplicados a su cumplimiento serían de cada colaborante.

Diversamente:

1) Para un acreedor ignorante del contrato con vínculos anteriores a la fecha cierta del vínculo contractual los bienes aplicados al cumplimiento del contrato serían de la persona jurídica societaria (art. 2º inalterado L.S.).

2) Para un acreedor ignorante del contrato con vínculos posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual, el contrato sería una presunción contraria a la existencia de la sociedad. Esta es una presunción *juris tantum* porque si fuera *iuris et de iure* carecería de razón la diferencia entre acreedores conocedores del contrato y acreedores ignorantes del contrato con vínculos posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual. Por lo tanto, este acreedor podría desvirtuar la presunción y consecuentemente los bienes aplicados al cumplimiento del contrato serían para él de la persona jurídica societaria (art. 2º inalterado L.S.).

Vale decir que podrían darse situaciones en las que para unos acreedores los bienes fueran de cada colaborante y para otros de la sociedad.

Tratándose de cosas implicaría el dominio simultáneo de dos dueños configurando una excepción al clásico carácter exclusivo del dominio (art. 1884).

Huelga señalar los problemas que se plantearían en caso de quiebra.

Respecto al negocio en participación regulado en los arts. 1338 a 1352 del Proyecto de 1998 es de notar que reemplaza a la sociedad accidental o en participación de la L.S. (art. 361) suprimida en el proyecto, pero con las siguientes diferencias: 1) La sociedad accidental o en participación está sujeta según la opinión prevaleciente a la restricción de la L.S. (art. 30) mientras que el negocio en participación no por no ser sociedad (art. 1333 C.C.). 2) La sociedad accidental o en participación tiene por objeto una o más operaciones determinadas y transitorias (art. 361 L.S.) mientras que el negocio en participación es para una o mas operaciones determinadas (art. 1338) o sea que no tienen porque ser transitorias pudiendo ser perdurables. Al respecto debe tenerse en cuenta que la informalidad del contrato de cuenta de participación ha sido considerada desaconsejable cuando se consagra la perdurabilidad de las operaciones que tiene por objeto [19]. Contrariamente, el contrato de negocio en participación proyectado es informal (art. 1338). Otro tanto vale para la UTE.

Según la ley de sociedades, art. 377, la U.T.E. es un contrato para el desarrollo o ejecución de una obra servicio o suministro concreto mientras que conforme al proyecto, art. 1353, es un contrato para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o desarrollos concretos o sea no un acto sino una actividad

Se advierte aquí la misma extensión de actos a actividades que se presenta en el negocio en participación respecto de la sociedad accidental o en participación.

V. Conclusiones

El régimen legal de las personas jurídicas entre la sobre y la desregulación

El instituto de la "persona jurídica" lleva ínsita la finalidad de interés público con sus notas de intervención estatal, personalidad y por ende patrimonio diferenciado e irresponsabilidad de sus miembros.

Así lo estructuró el C.Com. de 1862 (arts. 405. 409) respecto de la anónima, y el C.C. (arts. 33 inc. 2) donde incluyó a la anónima (arts. 39 y 45), orientación que continuó el C.Com. de 1890 (arts. 315, 316, 318).

La reforma del Código Civil de 1968 incluyó a las sociedades civiles y comerciales (art. 33 parte 2ª inc. 2 *in limine*) entre las personas jurídicas con lo que la finalidad de interés público se entendió proyectada sobre la L.S..

Más aún, a veces se considera de "orden público" la L.S. [20] aunque son de "orden público" los derechos garantizados por la Constitución entre los que no figura el "derecho a la personalidad jurídica" como ocurre con los derechos laborales y sociales (art. 14 bis C.N.) y los derechos al ambiente sano (art. 41 C.N.), al consumo seguro y al mercado competitivo (art. 42 C.N.).

Estrictamente, en la L.S. sólo es de "interés público" la anónima (arts. 299, 301 inc. 2, 303 inc. 2 L.S.) pero la difusión de los criterios de que toda la L.S. es de "orden público" o al menos

de “interés público” motivo dos reacciones singularmente contradictorias: i) una la de la sobreregulación de la L.S.; ii) otra la de la desregulación del derecho societario.

1. La sobrerregulación societaria

De ser la L.S. al menos de “interés público” con la consecuencia de la indisponibilidad de sus normas corresponde por razones de seguridad jurídica para evitar actos inválidos en perjuicio general, completarla con una reglamentación administrativa.

De ahí v.gr., la Resolución General 7/2007 de la IGJ que reglamenta, v.gr. la pluralidad sustancial de socios (art. 55) o la adecuación entre el objeto y el capital allende la L.S.

De ahí surge otra idea consistente en que todo lo que no está permitido en el ordenamiento societario, está prohibido lo que evidentemente no es cierto porque excepto el carácter corporativo de la anónima, el ordenamiento societario es de carácter contractual.

Tan difundida está tal idea que en la versión preliminar del Proyecto de ley de sociedades comerciales de los profesores doctores Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry se ha incluido la siguiente norma

“Artículo 384.- Otros contratos de colaboración. Las sociedades constituidas en la República, las constituidas en el extranjero e inscriptas en el país y los empresarios individuales domiciliados en ella, ***pueden vincularse por otros contratos de colaboración empresaria distintos de los previstos*** en la Sección I y II…(el destacado es mío).

Este reglamentarismo asfixia a la actividad empresaria máxime ya agobiada por una dura presión fiscal inadecuada para el desarrollo requerido por el país.

Debe quedar en claro que sólo es de “interés público” la anónima contemplada por la L.S. (art. 299) y que las restantes sociedades comerciales no lo son.

En este sentido hay que liberar del “interés público” a la anónima no incluida en la L.S. (art. 299) dado su amplia utilización en la pequeña y mediana empresa, quizá mas que la sociedad de responsabilidad limitada.

La personificación de todas las sociedades (art. 33 C.C. ley 17.711) ha gestado una sobrerregulación inconveniente.

2. La desregulación societaria

La reacción contra el L.S. (art. 30), llevó a prescindir de él.

La reacción contra la sobrerregulación ha llevado a postular estructuras asociativas aptas para la actuación mercantil pero sin sujeción a tipos previstos, ni contratos no previstos pero inscriptos como propuso Malagarriga en el Primer Congreso de Derecho Comercial de 1940 y con reglas de responsabilidad ante terceros a voluntad de los contratantes como en general surge de los Proyectos de Unificación de 1987, 1993 y 1998 y de reforma de la L.S. de 1993.

Se considera conveniente por juristas relevantes: i) personificar la sociedad de hecho, *generando así un centro de imputación que podrá ser reconocido o no según se cuestione la existencia, la prueba que se acerque y el juez que aprecie la situación, modificando las relaciones entre acreedores sociales e individuales de los supuestos socios, bastando un sistema de responsabilidad basado en la existencia de apariencia de sociedad* [21]; ii) *Nuestra propuesta concreta, es reemplazar cualquier alusión legal respecto del carácter de sujetos o de la personalidad jurídica de “entes “ ideales. En su lugar, debe redactarse una regla legal que indique cómo se ejerce la legitimación y la responsabilidad de las organizaciones de autogestión de un patrimonio.*

Proponemos un nuevo concepto de entes del derecho o de unidades o de plataformas de organización para la autogestión patrimonial. El Derecho Comercial puede hacer un gran aparte en este campo [22].

La sobrerregulación de la "persona jurídica" ha llevado a estimar conveniente prescindir de la personalidad y con ella de la tipificación y de la registración.

La desregulación del derecho societario no parece en principio ser apropiada para dar seguridad al crédito.

3. El régimen legal de la persona jurídica debe liberarse de las vías contradictorias de la sobrerregulación y de la desregulación.

Ambas merecen ser reconsideradas.

Buenos Aires, 4 de agosto de 2009

NOTAS:

[1] Piero VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law y nella civil law*, Milano, Dott. A. Giufrè Editore 1964, pág. 17.

[2] R J. BAKER - WW. L. CARY, *Corporations,* 2ª ed., Brooklyn, The Foundation Press Inc., 1959, pág. 8.

[3] Abel CHÁNETON, *Historia de Vélez Sársfield*, 2ª ed., Buenos Aires, Librería y Editorial La Facultad, 1938, t. II "La Obra", pág. 72..

[4] Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1944, t. I, n. 138, pág. 286.

[5] L.C.B. GOWER, *The principles of modern company law,* 3ª ed., London, Stevens & Sons, 1969.

[6] Universidad Nacional de Córdoba, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, 21- 26 de mayo de 1927.

[7] Este comentarista en "De la sociedad constituida en el extranjero o sociedad externa", L.L. t. 2006-F, pág. 989..

[8] Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil, Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*- Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939.

[9] C.S., 7/12/1945, "Standard Oil vs. Gobierno Nacional", L.L. t. 42, pág. 880, Nº 20.887.

[10] C.S., 21/11/2006, "Asociación por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección General de Justicia", L.L. t. 2007-A, pág. 385, Nº 111.156, con comentario aprobatorio de Laura J. CASAS y Alfredo Martín ESPÍNDOLA, "Derecho de asociación y bien común. A propósito del fallo ALITA".

[11] CNCiv., Sala H, 27/5/1997, "Fundación para la Fertilidad Humana c/ Inspección General de Justicia", L.L. t. 1997-E, pág. 656, Nº 96.151.

[12] Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Instituto de Derecho Civil "Henoch D. Aguiar", Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, 22-27 de septiembre de 1969, Celebración del Centenario del Código Civil , t. II, Córdoba (R.A.), 1971.

[13] BELLUSCIO - ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado,* Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 8, pág. 620.

[14] Adolfo PLINER, "La personalidad de la sucesión, de la masa de acreedores en la quiebra y de la masa de debenturistas", RICO, 1968, año 1, pág. 29.

[15] Manuel Antonio LAQUIS, "Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de copropietarios", L.L. t. 1985-A, pág. 534.

[16] Sergio LE PERA, *Joint venture y sociedad,* Buenos Aires, Astrea, 1984, pág. 192.

[17] CNCom., Sala A, "García, Amador y otro c/ García, María y otros s/um", 24/6/94, E.D. t. 164, pág. 990, comentado por Ignacio A. ESCUTI (h), "La batalla en contra del artículo 30 de la L.S.".

[18] J. J. LLAMBÍAS y A. A. ALTERINI, *Código Civil Anotado,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, t. III-A Contratos en General Sociedad Conyugal Compraventa, pág. 375.

[19] Jaime L. ANAYA, *Sociedades accidentales o en participación,* Buenos Aires, Editorial Cangallo, 1970, pág. 192, XV). Contrariamente, el contrato de negocio

[20] P.A. VAN THIENEN y I.G. DI CHIAZZA, "Orden público societario… ¿estás ahí?", E.D. 19/3/09, N° 12, 219.

[21] Efraín H. RICHARD, *Las relaciones de organización y el sistema jurídico privado,* Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pág. 592.

[22] Raúl A. ETCHEVERRY, "Necesidad de una reforma legislativa para un sistema claro, orgánico y coherente de los entes de organización y auto gestión", L.L. año LXXIII, Nº 67, 8/4/09.

ACERCA DE LA PERSONA JURÍDICA
A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello

por Francisco A. Junyent Bas y Efraín Hugo Richard

SUMARIO: I. Introducción. 1. Hacia una noción de persona. 2. La doctrina de la personalidad. III. Antecedentes históricos. 1. El inicio de las personas ideales. 2. Hacia una concepción organicista. 3. La teoría de la ficción legal: Savigny. 4. El surgimiento de la sociedad anónima. 5. La afirmación de la teoría de la realidad jurídica. IV. Los aportes de los Congresos de Derecho Civil. V. Hacia una mejor comprensión de la personalidad. 1 La persona como categoría jurídica. 1.a. Los presupuestos de una conceptualización. 1. b. La titularidad de relaciones jurídicas. VI. La filosofía analítica. 1. La realidad normativa. 2. Criterio sustancialista: el medio técnico. 2.a. El asiento en un dato prenormativo: el sustrato real. 2.b. La persona jurídica como medio técnico instrumental. 2.c. El aporte de la teoría analítica. 2.d. La participación de la teoría realista. 2.e. La agudeza de la visión de la escuela cordobesa. VII. Esquema legal actual y los reflejos del Congreso de Derecho Civil. 1. La distinta regulación normativa. 2. La normativa societaria. VIII. Personalidad jurídica y sociedad. 1. ¿Por qué y para qué? 2. La conflictiva personalidad de la sociedad de hecho. 2.a. El debate planteado. 2.b. Una perspectiva crítica. 3. Bien jurídico tutelado por la escisión patrimonial personificante. 4. Efectos de la personalidad jurídica. 4.a. Patrimonio constitutivo. 4.b. Atributos. 4.c. Limitación de responsabilidad. IX. Algunas reflexiones.

I. Introducción

Uno de los conceptos jurídicos que mayor debate ha producido en la historia de la legislación civil y comercial lo constituye sin duda el de persona jurídica y, consecuentemente, su régimen legal, tanto en el derecho patrio como en el comparado.

En nuestra legislación civil, el codificador inició el Libro Primero con una definición de la persona en el art. 30 del Código Civil (en adelante, C.C.), al expresar que *"son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones"*, que fue cuestionada con la vieja afirmación de que este tipo de precisiones corresponde a la ciencia del derecho y queda ordinariamente fuera de las leyes.

Sin embargo, la caracterización realizada por Vélez demuestra su profundidad de pensamiento y se mantiene vigente, más allá de los tiempos. Se refiere a la aptitud para separar patrimonios, administrándolos y generando un nuevo centro de satisfacción para los acreedores que de esa funcionalidad resulten.

Freitas explicaba que es necesario remontar a la idea de ente para traducir la síntesis de la existencia de las personas porque, más allá del concepto de ser humano, no hay otra idea superior sino la de ente que permite llegar al género que recepta dos mundos: el visible y el ideal [1].

En consecuencia, a renglón seguido, el codificador distingue entre las personas de existencia ideal y las visibles y cabe puntualizar que, al enunciar el concepto de persona, no se pretende decir qué es persona o cuál es su esencia, sino que el ordenamiento jurídico reconoce que el carácter de persona humana puede ampliarse cuando una colectividad se articula conjuntamente.

De allí, que el debate más relevante giró en torno a las teorías relativas a la persona jurídica y, entre éstas, a las llamadas personas de existencia ideal que receptaban en un primer momento, la conjunción colectiva de personas físicas.

Sin embargo, a poco de andar, se apuntó que la persona jurídica era una construcción artificial y ficticia afirmada a partir de una decisión política del Estado, es decir, un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio, incapaz de querer y obrar, para lo cual necesita representante [2].

Va de suyo que, como dice la doctrina [3], la conceptualización de la persona jurídica ha provocado un brillante torneo de opiniones y construcciones sutilísimas, cuya utilidad práctica para la vida es harto dudosa, pero que hoy en día nuevamente se pone en juego en la búsqueda de definir cuándo hay personalidad y cuáles son los rasgos o notas que definen a la persona

jurídica. Abierto el juego de opiniones en el esfuerzo de conceptualizar una institución o figura, por otra parte bien distinto en cada país [4], ese debate conceptual, como los referidos a la naturaleza jurídica de algunos institutos, deviene inútil si de ello no se infieren efectos distintivos. Por tal no dejaremos de referirnos a ellos, y al por qué y el para qué de la personalidad.

1. Hacia una noción de persona

1.a. Las clasificaciones y la terminología

El término "persona" fue tomado del habla popular, de la antigua o de la moderna, *"que ya de viejo mereció el calificativo de **polisemia**, expresión de su riqueza de significados y por ello, también, de lo que de dolencia congénita tiene como término jurídico"* [5].

La equivocidad del término persona y más precisamente de la expresión persona jurídica y/o persona ideal ha traído aparejado en el ámbito del derecho un largo debate que aún hoy se mantiene con todo rigor como lo explican, entre otros, Federico de Castro y Bravo [6], Francesco Galgano [7], Tullio Ascarelli [8], Gervasio Colombres [9], Carlos Suárez Anzorena [10], Horacio Fargosi [11], Juan Carlos Palmero [12], Juan Dobson [13], Julio César Otaegui [14], Daniel Vítolo [15], María Celia Marsili [16], Ricardo Gulminelli [17] y Carlos Molina Sandoval [18].

En nuestro derecho patrio, el sistema jurídico receptó la diferencia entre personas jurídicas de carácter público o privado y, a su vez, estableció el clásico sistema de la autorización gubernamental para el principio de la existencia de las personas jurídicas, según el texto del art. 45 C.C., o sea, el otorgamiento de la personería jurídica.

En la nota del codificador al Título 1 De las personas jurídicas, se apunta que "Se usa la expresión persona jurídica, como opuesta a la persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico. Otras veces se empleaba la expresión personas morales, denominación impropia, porque nada tiene de común con las relaciones morales... Unicamente el Código de Chile contiene un título "De las personas jurídicas". Así sólo se refiere a "personas de existencia ideal, o personas jurídicas" (art. 32 C.C.).

El Código Civil distingue entre personas jurídicas y sujetos de derecho, y la ley de sociedades argentina 19.550 posterior a la reforma de aquel en ese aspecto, señala en diversos artículos, particularmente el 2º y 361 la referencia a las sociedades como sujetos de derecho y no de personas jurídicas, lo que hace pensar que se trata de términos sinónimos, pues no aparece precisa su diferencia, salvo en relación concreta a las manifestaciones de las relaciones que se personifican o subjetivizan. Aparece casi como un juego de palabras. Refiriéndose a los sujetos de derecho, León expresaba: "Es realmente, una entidad que no es una corporación con personería jurídica, pero que obra lo mismo que si fuera una persona jurídica" [19].

Dentro de los entes ideales no todos son personas jurídicas en el derecho comparado, pues se reserva la personalidad jurídica a entes donde los socios no responden estatutariamente por las obligaciones sociales [20]. *"Sin escritura e inscripción no hay personalidad social, habrá una sociedad irregular, que es tanto como decir una pura relación contractual de sociedad"* [21].

En nuestro propio derecho se mantiene una diferencia entre persona jurídica (art. 33 C.C.), y sujeto de derecho (art. 46 C.C.) para las asociaciones que no tienen existencia legal como persona jurídica, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. Sin duda, una modalidad para asegurar la publicidad y certeza de la existencia de esa asociación.

En rigor, el problema relativo a las personas de existencia ideal es conocer si éste es un concepto semejante al de persona jurídica, o, por el contrario, al igual que en Freitas, las personas jurídicas son una especie dentro del género persona de existencia ideal.

Vélez aparentemente alteró el texto originario de los arts. 272 y 273 del proyecto de Freitas, de manera tal que no debe interpretarse que exista una identidad entre personas de existencia ideal y personas jurídicas, sino que estas últimas son una especie de aquéllas.

Expresa Satanovsky [22] que esta interpretación surge no sólo de la fuente, sino de la economía de la ley. Hasta el art. 32 C.C., nuestra legislación se ocupa genéricamente de las personas de existencia ideal y, desde el art. 33 en adelante de las personas jurídicas, en su doble clasificación de necesarias y posibles.

En igual sentido, Belluscio y Zannoni [23] sostienen que la ley 17.711 parece haberse inspirado en esta teoría, admitiendo que había personas de existencia ideal que no eran personas jurídicas, pues incluye como personas jurídicas en el texto del art. 33 a las sociedades civiles y comerciales y declara que son sujeto de derecho las asociaciones sin personería jurídica.

Palmero [24] narra el debate de la doctrina patria, explicando que el codificador no se atuvo tan ajustadamente a la letra, como afirma la nota al título primero, en el sentido que se ha tomado de Freitas, sino que cambiando el criterio del *Esbozo* se llega a una asimilación absoluta de los conceptos.

1.b. Persona y hombre

La primera afirmación que corresponde hacer es que la persona es siempre el ser humano y éste aparece en el campo del derecho individualmente o en grupo.

Por eso, para dar una definición que abarque toda la categoría de persona jurídica es necesario elevarse a un género que las contenga.

En esta línea, autores [25] explican que el codificador siguió a Freitas cuando distinguía "el mundo visible del ideal" y, de allí, deriva su terminología: "personas de existencia visible" y "personas de existencia ideal".

No cabe duda alguna que el ordenamiento jurídico tiene como creador y destinatario al hombre y que es anterior al derecho y, en rigor, no requiere reconocimiento alguno. Esto es ontológico, como es prenormativo el reconocimiento de nuestra Constitución Nacional conforme la reforma de 1994 sobre las costumbres de los pueblos originarios, que implica reconocer la personalidad de sus formas asociativas operativas [26].

Dicho derechamente, la concreción jurídica de una existencia humana será siempre persona y como tal sujeto de derechos.

Por el contrario, la personalidad de los denominados "entes ideales" es la que ha dado motivo a debates sobre su conceptualización en función de que el reconocimiento de la personalidad implica la titularidad de relaciones jurídicas, desplazando ciertos vínculos individuales, y generando efectos internos y externos.

Es que así como la aptitud que constituye al hombre en persona de derecho le viene al sujeto de sí mismo de manera tal que no es posible desconocer so pena de frustrar su libre actuación y, con ello, deformar la convivencia humana, no sucede lo mismo con las personas colectivas en donde los autores se han dividido en torno a su conceptualización.

Pero, las teorías modernas parten de un concepto genérico del sujeto de derecho que es todo aquel a quien el orden jurídico reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, sean sujetos individuales o colectivos.

Sin embargo, el origen de persona como categoría jurídica normativa es fruto de una larga evolución en la historia del derecho.

2. La doctrina de la personalidad

La doctrina de la personalidad jurídica pretende crear un orden y ser justificación de una estructura concebida de manera abstracta, pero tiene reflejo inmediato y concreto en la movilización de grandes intereses, no solamente económicos [27].

Nos hemos ocupado de la cuestión en reiteradas oportunidades [28] y ahora apuntaremos las corrientes que intentan conceptualizar la persona jurídica, como categoría normativa, mediante la cual se articula un centro de imputación con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y las consecuencias de las diversas concepciones en el ámbito del ordenamiento jurídico.

La persona jurídica permite establecer una "organización autónoma" con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial, todo lo cual aconseja estudiar sus antecedentes históricos.

La conceptualización en torno a qué debe entenderse por persona jurídica fue largamente debatida por la doctrina [29] y a su alrededor surgieron teorías conocidas como: a) de la ficción, que entiende que las personas jurídicas tienen existencia meramente ideal, constituyendo ficciones creadas por el legislador; b) las que las relativizan, negando la personalidad jurídica a entes distintos de los seres humanos, centrando en éstos la atribución de la titularidad de los bienes [30], con visión organicista y apuntando a la autorización para el otorgamiento de personería jurídica, y c) sistema de la realidad, que, si bien no discute el punto de vista filosófico de los seres humanos, entiende que el reconocimiento de la personalidad de derecho es una realidad de los fenómenos sociales.

Más modernamente, el pensamiento se inclina hacia una posición normativista y la diferenciación gira en torno a la necesidad o no de considerar la preexistencia de un dato extranormativo para la configuración de la persona jurídica y la consiguiente atribución de personalidad. Ello implica una decisión de política legislativa y de técnica jurídica [31], con diferentes soluciones: simple sujeto de derecho y personalidad a los entes con responsabilidad limitada de los socios. La problemática de la personalidad jurídica como aspecto de política jurídica fue afirmada en el 2º Congreso por Orgaz refiriéndose a las doctrinas que separaban a los congresistas: *"Esas doctrinas son construcciones especulativas destinadas a explicar la naturaleza de estas personas, mas el problema de cómo nace la persona jurídica, no es un problema de especulación pura o de doctrina, sino de política legislativa"* -*Actas*, pág. 420-.

De lo dicho se sigue que la persona jurídica, como categoría del derecho, ha merecido una larga historia en el pensamiento de los juristas que conviene recorrer, al menos escuetamente, para entender cómo muchos de los disensos no son tales y, en rigor, se trata del diverso énfasis que los autores dieron a los diversos aspectos de la personalidad.

II. Antecedentes históricos

1. El inicio de las personas ideales

En el derecho romano se la tomaba en el sentido etimológico, o sea, como sinónimo de "hombre". Es sugestivo que el Código Justinianeo incluya a los esclavos dentro de la parte dedicada a las personas y que, además, no haya base textual para excluir a los esclavos de los seres que se califican como tales.

Con relación a este punto Palmero [32] explica que los romanos lograron concebir la idea de unidad o universalidad sobre la base de formular una abstracción emanada de la realidad. Los *collegii* y las *universalitatis* pudieron alcanzar una conceptualización autonómica respecto de sus integrantes, pese a lo cual entre los romanos el tema de la personalidad no mereció un estudio detenido. No es una visión siempre compartida, pues hay quienes entienden que la persona jurídica nace recién con el concepto de corporación, es decir, sociedades de capitales en el Medioevo.

En ese sentido, Etcheverry[33] explica que en Roma no resultaba tan clara la personalidad para los entes privados, pues la *societas* era una relación contractual y la *universitas* un sujeto de derecho, pero no se ignoró el dispositivo, al menos como centro de imputación diferenciada. La *societas* era un mero contrato destinado a regular las relaciones internas entre los socios y, por tal motivo, no se creaba un sujeto de derecho. Ese esquema de la *societas* resulta inadecuado al tráfico económico medioeval; naciendo un tipo societario nuevo, que se corresponde con la actual sociedad colectiva [34].

En la Edad Media pareciera que es cuando recién comienza la necesidad de construir la diferencia entre el hombre y los entes colectivos.

El español Federico de Castro y Bravo [35] explica que fue el italiano Sinibaldo de Fieschi quien procuró una reacción y enfatizó la diferencia entre el hombre con alma y cuerpo y las corporaciones, tipificando a la persona jurídica como persona ficta. El citado autor italiano, más conocido como el Papa Inocencio IV, en su obra *Comentarios* construye el concepto de persona ficta, reconociendo esta categoría a las *universitates* y a los *collegii.*

2. Hacia una concepción organicista

El concepto de persona ficta o persona ideal fue desarrollado en el derecho continental europeo por Hugo Grocio [36] en *De iure naturae et gentium*, luego profundizado por Puffendorf, y tendía a sostener una concepción organicista de la persona jurídica señalando que la persona moral era una realidad que al igual que el hombre tiene su propia sustancia. Así, mientras en las personas físicas hay un cuerpo natural en las personas jurídicas hay un cuerpo moral.

Esta posición sirvió de fundamento para una nueva formulación que dio nacimiento a la concepción "morfológica" y sustancialista de la persona jurídica.

Aquel autor alemán Puffendorf [37] consideraba que los seres morales estaban constituidos por diferentes clases; las personas morales físicas y las personas morales compuestas. Esta últimas eran aquellas constituidas por varios hombres que tenían una misma finalidad.

En esta línea, el pandectismo alemán admitía que la noción de persona moral estaba limitada a la *universitas* y el *collegium* porque ellos al tener una voluntad colectiva, constituían un *corpus*.

Esta doctrina tuvo su punto culminante en la elaboración de Otto Von Gierke quien se basó en el componente sociológico o fáctico de la personalidad.

3. La teoría de la ficción legal: Savigny

La doctrina moderna se apartó del concepto de persona moral y siguió la línea media que marcó Federico Von Savigny[38], que a fines del siglo XVIII escribe su monumental obra *Sistema de derecho romano actual* donde su concepción historicista le hace concebir a las personas como resultantes de un artificio legal que la ley elabora por razones de conveniencia, recurriendo entonces a una ficción.

De allí que este jurista sostuvo con absoluta lucidez que el concepto jurídico no aprendía la esencia del sujeto y la referencia a la moralidad llevaba a un orden de ideas distinto que el jurídico.

Por ello entiende que las personas jurídicas son seres ficticios y con capacidad artificial admitiendo dos clases: una con existencia necesaria, como las ciudades y el Estado, y otras, como las corporaciones y las fundaciones que requerían de la autorización estatal.

Este último punto que otorgaba el poder al Estado para que exista la persona y la concesión de personería, fue el aspecto más polémico de la tesis de la ficción y que fuera duramente cuestionada por la doctrina patria en el Segundo Congreso de Derecho Civil (1937),

concretándose, en definitiva, en la reforma de la ley 17.711 al art. 33 el reconocimiento legislativo del carácter de persona de las asociaciones y fundaciones, como así también, de las sociedades civiles y comerciales con las modalizaciones que surgen de los arts. 45 y 46 C.C., aspectos que analizaremos.

En esta línea, se ha dicho que la teoría de la ficción puede ser rebatida por las consecuencias que se derivarían de ella, a saber:

a) La subordinación de la existencia de la persona jurídica al capricho del poder soberano;

b) La subordinación de su capacidad al antojo del Estado;

c) El principio de la irresponsabilidad de esas personas;

d) Su contradicción con las normas del derecho internacional.

Otaegui [39] sostiene que la utilización de la doctrina de la ficción que sólo admite lo que el derecho positivo crea, puede llevar a graves consecuencias respecto del derecho de asociación y de la propia personalidad jurídica que carecería de sustento en la realidad.

En una palabra, concebida como una ficción jurídica, la persona jurídica no salvaría los límites del derecho que la creó, lo que llevaría un alto grado de discrecionalidad propio de los actos de voluntad, importando un inadmisible divorcio entre ella y sus miembros, olvidando que el cuerpo de aquélla está constituido por los individuos que le dan vida.

Federico de Castro y Bravo insiste en que Savigny no quiso crear una categoría lógico jurídica ni una realidad ontológica y que su mérito estuvo en caracterizar a la persona jurídica como distinta de los miembros y con un patrimonio totalmente separado que tiene su propio fin.

En igual sentido, Manóvil [40] explica que Savigny nunca negó el aspecto sociológico de las personas jurídicas, sino que se limitó a demostrar que su capacidad de derecho deriva de la atribución de su calidad por el derecho positivo y que ella no le es impuesto al Estado, como en el caso de las personas físicas.

En realidad, la problemática se plantea cuando se opone el elemento normativo a la estructura corporativa de la empresa que de algún modo sirve de sustento a la persona jurídica.

La corriente contraria a la teoría de la ficción sostuvo que la corporación era un persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa, que tiende a la consecución de fines que trascienden la esfera de los derechos individuales.

De tal forma, el debate estaba decididamente enfocado a explicar la realidad o naturaleza de la persona jurídica, distinta en lo conceptual a la persona física, cuya explicación no ofrece conflicto alguno.

En rigor, en el ámbito del derecho comparado, fue la doctrina italiana la que vino a explicar que la persona jurídica no era la creación arbitraria del Estado, es decir, mero normativismo, ni un superorganismo con voluntad propia, sino simplemente la traducción jurídica de un fenómeno empírico que se encuentra en las asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin.

De este modo, los autores argentinos citados precedentemente, reconsideran el pensamiento de Savigny y admiten que en el concepto de persona en general, es decir, tanto física como jurídica, se está frente a un producto del orden jurídico como cualidad jurídica que se otorga a una organización compleja de hombres y de bienes con un fin propio.

La persona jurídica no es un ser sino un procedimiento técnico intelectual descubierto por los juristas, es decir, una realidad y no una ficción, pero no una realidad no perceptible por los sentidos, sino comprensiva de un patrimonio autogestante con finalidad propia.

La diferencia sustancial con el idealismo de Savigny lo constituye el respeto que subyace por parte del ordenamiento jurídico en valorar determinadas realidades sociales, en este caso, la empresa, como sustento de la personalidad.

Esta idea, sea o no sea influencia directa o indirecta de la doctrina italiana, fue seguida por el grueso de la doctrina civil [41].

4. El surgimiento de la sociedad anónima

No cabe duda alguna que el concepto de persona jurídica viene de la mano de la actividad económica y del tráfico mercantil que exigió la aparición de asociaciones de capital para aplicarlo al comercio por tierra y mar. Surgió así lo que actualmente llamamos "colectiva", en donde persiste el elemento de confianza mutua y la actuación en "nombre de todos" y, de allí, la responsabilidad personal e ilimitada, es decir que este tipo de sociedades no gozaba de personalidad jurídica.

Al aceptarse la idea de "organización corporativa", aparece un camino de incremento del tráfico mercantil que requirió grandes recursos económicos y, de allí que, la primera sociedad mercantil que hizo su aparición fue la sociedad en comandita [42], aun cuando muchos ubican su nacimiento recién con la concepción de corporación. Por tal motivo, el Código de Comercio francés de 1807 dio a la sociedad en comandita razón social y creó la sociedad en comandita por acciones.

Vivante explicó que la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles fue una conquista del derecho medieval italiano como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo una serie de negocios de manera tal que nace la convicción del ente autónomo distinto de los socios.

Las limitaciones de las sociedades conocidas en esa época se supera con la articulación de las sociedades por acciones que aparecen a partir del descubrimiento de América con la exigencia, no sólo de acumular capitales, sino de limitar la responsabilidad de los socios a los aportes.

De allí que se enseña que son las Compañías de Indias el germen de este tipo de asociaciones que tomaron a su cargo la tarea de reunir los capitales, que se establecían por un acto soberano, de concesión [43]. Halperín [44] expresa que parece indudable que las Compañías así formadas en Francia, Holanda e Inglaterra, son el fundamento de la actual sociedad anónima, más allá de las diferencias que destaca la doctrina [45].

En esta línea, aparecen entonces las primeras sociedades por acciones allá por el siglo XVI, esto es para la concentración de capitales a los fines de emprender negocios de significativa envergadura, las conocidas Compañías de Indias, todo lo cual reconoce en el derecho anglosajón el paralelismo de lo que en dicho ámbito denominan corporación.

Por ello, su constitución y su carácter de sujeto de derecho dependían exclusivamente de una autorización estatal sólo otorgada a compañías integradas por personas de solvencia reconocida moral y económica.

Luego el fenómeno asociativo se generaliza y la sociedad por acciones concentra capitales para llevar a cabo la revolución industrial, reconociendo la unidad de pensamiento entre el derecho continental y el anglosajón en la figura de la corporación como persona jurídica típica.

Las trascendentes reformas efectuadas al ordenamiento mercantil en Francia en 1867 constituyeron el punto de partida para el predominio exclusivo de las sociedades anónimas en el mundo de los negocios, y la ley francesa de sociedades del 24 de julio de 1867 eliminó la autorización estatal para la constitución de estas compañías, conquista que llegaría un siglo más tarde a nuestro país.

5. La afirmación de la teoría de la realidad jurídica

A partir del nacimiento de la sociedad por acciones y de la teoría savignyana aparece el debate entre los partidarios de la teoría de la realidad jurídica de las personas colectivas y los defensores de la teoría de la ficción.

En nuestro derecho, los autores que comentan la legislación civil del codificador [46] refieren que nuestro código siguió la concepción de Freitas que se apartó de la teoría de la ficción de Savigny, como así también del criterio normativista de Kelsen.

Así, Spota [47] entiende que el art. 30 del C.C., otorga a la persona derechos subjetivos y deberes jurídicos y que, por consiguiente, ya la persona individual, ya la persona colectiva, se concibe como "soporte" o titular de dichos poderes, facultades y deberes jurídicos.

No se trata de nuevas normas que tengan un centro común que se personifique, pues sólo el exceso de formulismo puede conducir a sostener que el concepto de persona es un nuevo orden jurídico parcial.

De tal modo, se afirma que la personalidad es sinónimo de capacidad jurídica, de subjetividad de derechos y obligaciones y es una situación jurídica, es decir, un *status*, no un derecho.

En esta línea, explicaba Pedro León [48] que persona es quien tiene capacidad de derechos y se es persona por el solo hecho de tener la facultad de actuar jurídicamente, de manera tal que, en dicho fenómeno jurídico se encuentran indiscutiblemente entrelazados un sujeto o persona, una norma de derecho y una situación de hecho.

A su vez, para Orgaz [49], persona es quien tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes. La personalidad es una cualidad jurídica, esta cualidad requiere ciertamente del soporte de un sustrato real, pues ninguna cualidad puede existir por sí misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia, pero lo que es real aquí, es el sustrato, el individuo humano o la colectividad de individuos, lo que se haya investido de la personalidad no es ésta, mero atributo ideal o jurídico con el que el derecho marca a determinados sustratos... en el derecho, por consiguiente, lo mismo que en una de las significaciones originarias de la palabra "persona" no es solamente el individuo humano, la colectividad de individuos, tampoco la cualidad abstracta, la máscara, ya que esta última es la personalidad, sino el sustrato con la máscara, con la aptitud que el derecho les atribuye de poder ser sujeto de derecho y deberes. La personalidad es, en consecuencia, un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles.

Por ello, como explicaba Pedro León [50], el haz de derechos y deberes determina una situación jurídica total de la persona, con respecto al derecho positivo, pero no la persona misma, como lo ha llegado a entender el normativismo, exagerando una concepción conceptualista.

En una palabra, los defensores de la teoría de la realidad jurídica, si bien admitieron que no se podía realizar un símil con el ser humano, ya que siempre se trataba de un concepto lógico jurídico, afirmaron que el elemento normativo debe reconocer una realidad o sustrato sociológico que dé fundamento al nacimiento de la personalidad.

No se trata de una realidad social que se evidencia en la vida del grupo, sino de una realidad jurídica, una creación normativa que se corresponde con la instrumentación legal de la actuación del hombre para participar en el tráfico jurídico [51].

Por el contrario, los defensores de la teoría de la ficción se inclinaron por dar preeminencia exclusivamente al elemento normativo y puntualizaron que, como recurso técnico, la personalidad no requiere de sustrato de ninguna naturaleza y que es el legislador quien define la personalidad.

Ambas posiciones mantienen, aun en la actualidad, el debate sobre la configuración del concepto de persona jurídica y las condiciones para el otorgamiento de la personalidad, aún cuando podría hablarse de dos corrientes básicas: la normativista y la realista.

III. Los aportes de los Congresos de Derecho Civil

En el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1937) se debatió fundamentalmente lo relativo al régimen de las personas jurídicas, a la luz del anteproyecto de Bibiloni, cuestionándose la teoría de la ficción legal y sosteniéndose por los civilistas que el nacimiento y la muerte de la persona jurídica no deben quedar en manos del Estado, bajo el velo del requisito de la autorización gubernativa. Barcia López se refería a *"La vara mágica del*

gobierno suscitaba, así, en la vida social, y por una singular ironía, para el bien común, un ser privilegiado, de aptitud jurídica parcial con el ***commodum*** *y sin el* ***periculum*** *de su actividad, susceptible de originar perjuicios a los terceros y a la sociedad, con los poderosos medios de acción puestos en manos de sus agentes, pero cubierto de todo riesgo por la propia autoridad que lo creó, en razón de su absoluta irresponsabilidad" -Actas*, pág. 397-.

Esa autorización tiende a desaparecer por completo de la legislación moderna, para ser reemplazada con el "solo fin de darle publicidad y certeza por el simple registro", así seguía Barcia López -*Actas*, pág. 404- y antes justificaba: *"No es ya el gobierno ni la ley quien las crea, sino los particulares y la vida social misma. Cuando se mueven dentro de lo lícito, sin afectar el orden público ni las buenas costumbres, el Estado se limita a comprobar su nacimiento, inscribiéndolas en el registro respectivo, y a proteger con preceptos adecuados, su normal funcionamiento y desarrollo" -Actas,* pág. 398-. Adviértase esta aspiración para el ejercicio de la autonomía de la voluntad con publicidad de la generación del nuevo ente para dar certeza de su existencia y de los vínculos que se generarían en el futuro, y con mayor razón, en su extinción o disolución, reservada a los tribunales.

Se señaló que las decisiones que afectan a la existencia misma del sujeto jurídico, a su vida y su patrimonio, no deben, no pueden ser tomadas sino por los jueces con las garantías procesales pertinentes y sin perjuicio de las medidas preventivas de urgencia que se puedan articular.

En esta línea, los congresistas puntualizaron que la administración pública puede y debe organizar un eficaz control y vigilancia de las actividades que desarrollan las personas colectivas, en ejercicio de sus poderes de policía, para evitar o reprimir todo acto ilícito que comprometa el orden público o los intereses sociales, accionando en contra de aquellas entidades por intermedio del Ministerio Fiscal cuando lo crea oportuno. Aspecto que puede ser afrontado por las disposiciones del Código Civil sobre actos ilícitos y específicamente respecto de las sociedades por el art. 19 ley de sociedades argentina (en adelante, LSA).

Las consideraciones efectuadas conllevaron la necesidad de analizar el concepto de persona jurídica, como categoría jurídica, y fundamentalmente lo relativo a los entes colectivos en función de la clásica distinción del art. 31 C.C., entre las personas de existencia ideal de las de existencia visible.

En el ámbito de la doctrina civilista, el debate planteado en torno a la persona jurídica derivó en la modificación del régimen del Código Civil, en 1968 mediante la ley 17.711 en aspectos fundamentales reglados en los arts. 33, 43, 45 y 46. A partir de 1968 los conceptos persona ideal y jurídica quedan unificados, aunque es bueno reconocerlo, no se expurgó de la vieja definición del art. 32 el empleo dual, separado por la conjunción disyuntiva "o". Esa ley entendió cristalizar el principio de libertad corporativa mediante una reformulación de los arts. 33 y 46 del C.C., es decir, se mantiene la división de las personas jurídicas según su carácter sea público o privado.

Desde el ámbito del derecho mercantil y a la luz del concepto de sociedad, la estructuración de la empresa y el imperativo de la economía contemporánea que impulsa la concentración de capitales llevó a debatir también sobre el moderno concepto de persona o sujeto de derecho, aspecto que se reflejó en los arts. 1º, 2º y otros LSA.

IV. Hacia una mejor comprensión de la personalidad

El devenir histórico relacionado en los párrafos precedentes demuestra que existe una cierta anarquía doctrinaria sobre el concepto de persona jurídica y que no siempre el término es utilizado en forma adecuada.

En este sentido, De Castro y Bravo insiste en que Savigny no quiso crear una categoría lógica jurídica ni una realidad ontológica, sino simplemente, caracterizar a la persona jurídica como distinta de los integrantes y con un patrimonio separado y con finalidad propia.

La cuestión central a dilucidar a la luz de las corrientes doctrinarias -como anticipamos- es si cuando se habla de persona jurídica se está frente a una realidad meramente normativa, sin sustento real, o, por el contrario, de alguna manera el derecho debe reconocer la existencia del dato prenormativo o realidad asociativa que justifique el otorgamiento de la personalidad.

1. La persona como categoría jurídica

1.a. Los presupuestos de una conceptualización

Para explicar la condición de persona atribuida a otros entes y, en especial, a los no considerados necesarios, se ha pasado -como advertimos- de concepciones naturalistas, fundamentalmente apoyadas en datos extrajurídicos, a las normativistas que atribuyen al ordenamiento jurídico la facultad de definir la condición de persona, relegando el dato extrajurídico a mera causa histórico social de la sanción de la norma.

Se llega así a la elaboración de una doctrina general de la persona, basada en la unidad esencial de la noción y a la afirmación del origen legal de la personalidad, en todo caso, apoyada de la realidad de la cual resulta.

El concepto de persona es siempre el mismo, pese a que aparentemente la personalidad se manifiesta con efectos y modalidades diferentes. Ello deviene de la apariencia exteriorizante, pues la personalidad se radica en diversos modelos organizativos (tipicidad de primero o segundo grado). Estos son los que tienen diversa modalidad y efectos. La personalidad es única: el centro imputativo con capacidad autogenerativa de relaciones una vez creado [52], con capacidad de adquirir bienes a su nombre. Sobre ello insistió el codificador en los arts. 33 ap. 5 y en su nota, al igual que en los arts. 35 si bien refiriéndose a "derechos", y 39.

Dicho de otro modo, el concepto jurídico de persona que se predica del hombre individual es el mismo que se aplica a los entes colectivos, las diferencias no son de índole jurídica sino metajurídica, es decir, son diferencias respecto de las realidades varias a las cuales el derecho otorga personalidad [53].

Lo que en derecho funciona como personalidad jurídica no es la totalidad del hombre, su entraña individual irreductible, su plenaria realidad íntima, sino una especial categoría jurídica que adhiera a dicha realidad pero sin contenerla dentro de sí. Y lo mismo podemos decir respecto de la persona jurídica: lo que funciona como tal en derecho no es la realidad concreta y total del ente colectivo, sino un sujeto construido jurídicamente, en suma, una categoría jurídica que el ordenamiento proyecta sobre determinados tipos de situaciones sociales, pero que generan especiales efectos.

Satanowsky [54] puntualizaba que existe una confusión en la doctrina sobre el concepto de persona jurídica. Tal confusión nace del hecho de que con el término persona se expresa un concepto diverso referido tanto al ámbito filosófico, como al técnico jurídico. El autor explica que la persona jurídica no comprende la totalidad de las situaciones y actividades del hombre ni de la realidad total del ente ideal, sino la objetivación unificada en el titular que el ordenamiento jurídico proyecta de determinadas situaciones y relaciones. Como precisó [55], la personalidad jurídica viene a ser, entonces, la atribución al titular, sujeto de derecho del conjunto de situaciones o acciones humanas, del ente humano o del ente de existencia ideal, referidas jurídicamente como derechos y deberes, con aptitud o posibilidad de ejercerlas al constituir un patrimonio diferenciado -agregamos-.

1.b. La titularidad de relaciones jurídicas

Dicho derechamente, la personalidad viene a ser la exteriorización por el derecho de la unificación ideal de las relaciones y del comportamiento humano en la vida social.

Persona o sujeto de derecho es la condición, aptitud o cualidad jurídica del ente o ser, pues no sólo el ente humano es persona.

En el caso de los sujetos colectivos, la personalidad jurídica es tan sólo la síntesis de las funciones jurídicas imputadas por la norma, no a los hombres que la realizan, sino a un sujeto ideal, construido, consistente en ese común ideal de imputación.

De allí, que el término ficticio o artificial empleado a ese respecto por los propugnadores de esa teoría debe entenderse en el sentido de sanción por el derecho y no como que la personalidad fuese un concepto ficticio.

Desde este sentido, la terminología de la teoría pura del derecho y de las corrientes normativistas deben ser adecuadamente interpretadas.

Una concepción diferente, la de la realidad jurídica, explica que la atribución de la personalidad se identifica de alguna manera con la realidad de hecho que recubre. La atribución de capacidad jurídica al hombre constituye una relación de derecho que surge por sí sola. Por su parte, la capacidad y la personalidad de los grupos colectivos organizados se limitan a constatar, y no como una invención refinada y sutil de origen artificial o legal, el soporte de la unidad de fin que persigue el grupo humano.

El comienzo del siglo XX encuentra a la doctrina trabajando [56] en una elaboración superadora de ambas orientaciones científicas, la persona se construye sobre la base de dos presupuestos: el normativo, herencia puesta de resalto por la teoría de la ficción, y el fáctico a través del anclaje real que se lo extrae de la teoría de la realidad.

El concepto jurídico de persona que se predica del hombre individual es el mismo que se aplica a los entes colectivos. Las diferencias entre sujeto individual y los entes colectivos no son de índole jurídica, sino que se distinguen por las dimensiones metajurídicas.

Aquel anclaje real, basado fundamentalmente en el asociacionismo, se conmueve hoy en el derecho comparado y en el nuestro a través de lo que ha dado en llamarse la constitución de sociedad o de persona jurídica por una declaración unilateral de voluntad [57]. Ya no hay discusión sobre el mantenimiento de la sociedad devenida de un único socio, pero se apasiona la doctrina en orden a ese anclaje real en la constitución. No han advertido que la escisión -por nadie discutida- implica una decisión unilateral de voluntad para crear una o más sociedades [58]. A ello se agregan las sociedades del Estado. De todas formas es una decisión de política legislativa la generación de un patrimonio independiente y de técnica jurídica acompañar esa decisión en la estructuración de un patrimonio autogestante o de una sociedad. La denominación sociedad en este caso tiene el mismo justificativo jurídico que el acuerdo mayoritario frente al contrato.

V. La filosofía analítica

1. La realidad normativa

Como explicamos en la historia del pensamiento jurídico sobre el concepto de persona, la posición normativista o formalista de Kelsen, Ascarelli, Fargosi, y otros, se distingue por entender que la persona es un nuevo orden jurídico parcial y mero centro de imputación de normas sin referencia a ningún dato prenormativo, pero que es una realidad jurídica y no una mera ficción, o sea, que es una creación del pensamiento que se concreta en un recurso técnico del derecho que tiene su propia realidad, aun cuando no tenga un asiento sociológico.

Es bueno recordar que Kelsen señaló la naturaleza auxiliar del concepto de “persona jurídica”, ya que, en el mundo de la realidad no existen otros sujetos de derecho que no sean hombres, por lo que, cuando se dice que la sociedad, como persona jurídica tiene deberes y derechos es porque el orden jurídico los impone o confiere a éstos.

La lógica jurídica formal ha puesto en claro por boca de Kelsen, que el concepto jurídico de persona significa un haz de acciones humanas normativamente concebidas que se imputa en torno a un centro común de referencia. Con esto la lógica formal enseña que el pensamiento entiende a la persona como una estructura conceptual o categoría que no pretende "asir" su realidad social. La personalidad no es una cualidad que se agrega a la persona sino el punto de vista conceptual o significativo como categoría diferenciada. Por ello, la imputación jurídica no se funda en la serie causal, sino que expresa el enlace que establece la norma entre un objeto y un sujeto [59].

En una palabra, se refiere al concepto de persona en cuanto estructura formal del pensamiento jurídico y no al concepto en tanto conocimiento; la idea de Savigny cuando hablaba de persona ficta como creación del pensamiento, sin desconocer los aspectos metajurídicos.

En una palabra, la persona jurídica es un centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones [60]. Este autor señala que el concepto de persona jurídica no tiene correspondencia en el mundo de la realidad y que se trata de lo que, de acuerdo con el lenguaje de la filosofía analítica, se denomina un símbolo incompleto, esto es, una entidad constatable sólo en la escena jurídica.

En sentido análogo, Ascarelli [61] enseñaba que *"la personalidad jurídica no presupone una determinada realidad subjetiva, sino que constituye una hipótesis técnica de una normativa que siempre corresponde a relaciones entre hombres y actos de éstos, por lo que no encuentra correspondencia en un dato prenormativo.*

De este modo, la persona jurídica se constituye en una creación legal por constituir un centro de imputación diferente a quienes la instrumentaron que queda confinada al ámbito de lo jurídico y por ello, es una realidad lógico formal de neto contenido normativo.

Las diversas corrientes de la doctrina normativista hallan en la ley la fuente de origen de la persona , en cualquiera de sus manifestaciones **su** pensamiento esencial nace en la lógica formal de Kelsen, es explicada en la doctrina italiana por Ascarelli y los autores que la siguieron, encontrando 'eco' en la doctrina patria.

La personalidad es tan sólo una disciplina que se resuelve en normas, que tratan siempre de relaciones entre hombres: no es ella el estatuto de un hombre nuevo como explica Suárez Anzorena [62], sino una dinámica de relaciones que se resuelve por dicho medio. Por ello, debe reconocerse en la misma un instrumento de técnica jurídica que disciplina unitariamente las relaciones de los socios respecto de terceros. De otro modo, los socios aparecerían como condóminos de los bienes sociales.

El maestro cordobés Pedro León [63] apuntó que es cierto que el ser lógico no presupone el ser real pero que Kelsen y luego sus seguidores no asumieron una posición beligerante sobre el sustrato, sino que, se enfocaron en la norma como un puro objeto de conocimiento y no negaron la realidad humana, ni las organizaciones sociales, que para ellos constituyen aspectos metajurídicos.

2. Criterio sustancialista: el medio técnico

2.a. El asiento en un dato prenormativo: el sustrato real

Por el contrario, autores de la talla de Rolf Serick [64], Francesco Ferrara [65], Pedro León [66], Alfredo Orgaz [67] y Juan Carlos Palmero [68], sostienen que además del dato normativo que le confiere personalidad al centro de imputación diferenciada que implica la persona jurídica, existe siempre una relación con un dato prenormativo que el derecho no puede ignorar. La característica de la personalidad, su unidad y su individualidad es una unidad de fin que reconoce una realidad fáctica previa.

Etcheverry [69] afirma que la personalidad no es un mero *nomen iuris*, una comodidad del lenguaje o un símbolo incompleto de diversos significados, sino que, en realidad, es un mecanismo que busca el tratamiento unitario de los actos de una organización patrimonial que tiene su propia finalidad sustentada en un grupo de personas.

El mecanismo de funcionamiento de cada ente colectivo no es igual pero en todos se observan los siguientes rasgos: sistema para emitir una manifestación de voluntad jurídicamente válida, orden patrimonial autónomo y un esquema de resolución de conflictos.

Ciuro Caldani [70] señala que la persona es, en cierto modo, un papel o rol normativo dentro de la representación de la vida, compuesto por diversos papeles o roles parciales. Persona es un microcosmos conceptual relacionado al cual encontramos sus atributos de nombre, capacidad, domicilio, patrimonio, derecho y deber.

La abstracción no es una ficción pues tiene como sustento un hecho de la realidad, sino que persona es una exteriorización jurídica del ser humano, sea individual o en relación, es la condición, cualidad jurídica de ese ser, de su situación y de su conducta en la vida social.

La personalidad es una cualidad jurídica, y esta cualidad requiere ciertamente el soporte de un sustrato real -un hacer finalístico-, pues, ninguna cualidad puede existir por sí misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia, pero lo que es real aquí es el sustrato, el individuo humano o la colectividad individual. Es la atribución al sujeto de derecho, de la titularidad del conjunto, unificado, de situaciones y acciones humanas convirtiendo a ese sujeto de derechos en un centro unificador de relaciones jurídicas o de imputación normativa, al decir de Satanovsky [71], y la realidad prenormativa implica una capacidad de hacer con una diferenciación imputativa. Diríamos: una tipicidad de segundo grado bien explicada en el derecho societario.

2.b. La persona jurídica como medio técnico instrumental

La personalidad es, en consecuencia, un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas.

Palmero [72] señala que el concepto de persona está construido sobre un presupuesto normativo y uno fáctico. El presupuesto normativo importa uno de los componentes necesarios para la construcción del concepto de personalidad pues, un grupo humano no puede adquirir derechos o contraer obligaciones como entidad diferenciada en tanto y en cuanto la ley no le reconozca semejante aptitud.

Fueron precisamente los seguidores de Savigny quienes con mayor claridad subrayaron este perfil que emana del necesario reconocimiento legal.

En igual sentido, existe un presupuesto fáctico o material que se exterioriza en una cierta pluralidad subjetiva -o declaración constitutiva que puede ser unitaria- y en la configuración de un patrimonio independiente con una organización social específica y finalidad propia. Esta organización social fue destacada por los partidarios de la realidad, sobre todo a partir de las enseñanzas de Gierke.

Como síntesis integradora de ambas perspectivas, los sustancialistas encontraron la posibilidad de convertir una realidad socioeconómica en una realidad jurídica dando lugar a una realidad técnica como es la persona jurídica.

2.c. El aporte de la teoría analítica

La lógica jurídica formal ha puesto en claro por boca de Kelsen que el concepto jurídico de persona se constituye en torno a un centro común de referencia: imputación central.

La concepción kelseniana sobre la personalidad constituye un valioso aporte a la dilucidación del concepto de persona jurídica pero lleva el problema formal a tal grado que concibe a la persona jurídica como una invención normativa.

De este modo, aprovechando los aportes conceptuales de Hart en la filosofía inglesa y Scarpelli en la italiana, se afirma que la persona jurídica no es más que un símbolo incompleto al cual no corresponde ningún ente; el símbolo es la expresión abreviada de una disciplina normativa que permite la imputación jurídica a un centro diferenciado de relaciones [73].

Así, debe puntualizarse que la personalidad, en el sentido más profundo, no es una invención del derecho, éste la establece, la exterioriza, pero no la inventa.

La personalidad no es una ficción ni un concepto artificial, sino una realidad que existe en la vida social, pero que requiere reconocimiento, y este reconocimiento es diferente en cada sistema normativo [74].

La realidad de los entes colectivos consiste en complejos de relaciones interhumanas que tienen un fin autónomo y su propio patrimonio y que, por ende, el derecho les otorga personalidad.

2.d. La participación de la teoría realista

Como enseña Francesco Ferrara [75] el poder que deriva de la regla de derecho debe necesariamente remontarse a un ente y a un titular a quien compete. La abstracción no es una ficción, puesto que la ficción se apoya en una invención; la abstracción es un hecho; detrás de la ficción no existe nada real, en tanto que lo real es base de la abstracción, si bien contemplado de modo diverso de cómo es.

Con toda claridad Ferrara señala que el legislador encuentra la personalidad en la realidad social, la modela y la plasma como ente único, dándole una propia individualidad jurídica.

La persona jurídica no es un instrumento técnico de laboratorio jurídico, el legislador ha encontrado esta forma rudimentaria en la vida y no ha hecho más que seguir la norma de la concepción social. Ese autor ha definido la persona jurídica expresando que *"es una creación del derecho, fundada en la realidad social, en virtud del cual grupos humanos organizados, en razón de sus fines, se encuentran investidos de personalidad"*.

A diferencia de los postulados de la lógica formal, la teoría realista entiende que la persona o, mejor dicho, el reconocimiento normativo de personalidad, si bien implica la creación de un centro de imputación de derechos y obligaciones, tiene como soporte la noción de patrimonio de conformidad al art. 2312 C.C., sin perjuicio de advertirse la crisis de la "idea de unidad patrimonial" que recepta nuestro código.

Se abre, en el derecho argentino y comparado la diferencia entre persona jurídica y sujeto de derecho, que si bien entraña alguna duda para el primero como apuntamos, en el comparado aparece la personalidad jurídica reservada a sujetos de derecho con impermeabilidad patrimonial plena en relación a los socios, asociados o accionistas.

2.e. La agudeza de la visión de la escuela cordobesa

La conceptualización de la persona jurídica, ya sea como mera normatividad o como visión del realismo jurídico, sigue sin ser pacífica en la doctrina.

En esta línea, al repasar los caracteres fundamentales de la persona jurídica se establecen determinados aspectos propios, como son: a) la organización y, por ende, estructura particular; b) su finalidad diferenciada, y c) la existencia de un patrimonio propio.

Desde esta perspectiva, sostuvimos [76] que la idea de la personificación jurídica se vincula a una modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

La cuestión está directamente vinculada a la organización de la empresa. La empresa configura un concepto volátil, particularmente en sus aspectos jurídicos, pues representa más una concepción social o económica, una idea de organización. No obstante, como realidad social y económica exige respuestas del derecho como "orden del orden social", encontrándola en la organización asociativa. La empresa aparece así como actividad [77], nucleando bienes

reunidos para una actividad económica, y la sociedad es el sujeto que el sistema normativo ofrece como medio técnico-jurídico más apto de simplificación de relaciones jurídicas generadas por la organización económica, a través del recurso de su personificación, que el legislador dispone con arreglo a la política legislativa que se imponga.

Girón Tena y Colombres entienden que la determinación estatutaria sobre el objeto social es la forma de introducir la idea de empresa -lo que hemos compartido al sostener que el patrimonio de la específica persona jurídica debe ser suficiente para ello [78]-.

Aún persisten las diferencias de criterios confundiendo, en el derecho argentino, la sociedad persona jurídica, de la mención como sociedad de lo que es un mero contrato asociativo no personificado (sociedad accidental), no distinguiendo la expresión sociedad en sentido estricto de sociedad en sentido lato; o el acto constitutivo negocial y la sociedad como persona jurídica.

Es la misma confusión que aparece entre las relaciones de cambio y las relaciones de organización, vinculadas -en algunos supuestos, pero no en todos- con el llamado contrato plurilateral funcional o asociativo.

Subrayando las doctrinas que engarzan el concepto jurídico de persona debe ser extraído del derecho mismo y no de elaboraciones extrajurídicas, Orgaz [79] apunta a ese respecto que *"Ser persona para el derecho no es poseer cierta estructura biológica o psíquica, sino ser el término de imputación de derechos y deberes, el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas actuales o solamente posibles. Se trata, por tanto, de un concepto real y técnico, que no existe un único substracto (el individuo humano) y que puede también convenir, con igual rigor, a un substracto complejo de individuos y bienes".*

Palmero [80], siguiendo el pensamiento de Yadarola y Orgaz, sostiene que el patrimonio organizado y diferenciado que sirve de sustento a la persona jurídica colectiva permite superar la teoría ficcionista, con su énfasis en el perfil normativista, como así también la realista, con sus derivaciones en la concepción del órgano, adhiriendo a esta última posición mediante la subsunción del elemento fáctico y normativo. En esta línea, el autor citado critica las posturas negatorias o formalistas, al entender que incurren en una contradicción, pues no se entiende cómo haría un juez para reconocer la personalidad si la ley no enumera sus elementos.

Apuntamos, integrativamente a aquellas ideas, que debe existir una organización con una finalidad común que permita controlar el grado de acatamiento a los fines propios que determinan el otorgamiento de la personalidad. Del apartamiento de esa funcionalidad pueden resultar efectos especiales. Se entiende que el fin debe ser autónomo y que este elemento constituye una nota esencial en la determinación de las diferencias entre acto jurídico y personalidad. Es el aspecto de la causa del negocio constitutivo que trasciende en el objeto de la persona jurídica. El fin común instrumental de constituir la sociedad-persona jurídica resulta del interés común con sentido instrumental de generar el ente personificado para la actividad en común y a nombre colectivo, mas no abstracta sino con un objeto preciso y determinado: el objeto social. El objeto social, como elemento causal, delimita (imputa) los actos y negocios que puede realizar la sociedad, las facultades de sus administradores y el criterio para juzgar sus actos en la aplicación del patrimonio. Las múltiples "finalidades" de los socios se objetivan así en dos datos causales: uno estructural que es organizarse en un ente personificado, y otro, funcional en la determinación del objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común por medio del ente constituido. Objeto, fin y organización son los elementos que asumen relieve causal en el ámbito de las relaciones asociativas [81].

En síntesis, la doctrina cordobesa, representada por desde Orgaz y León a Palmero y nosotros con sus diversas modalizaciones y diferencias, reconoce un punto común cuando afirma que las llamadas doctrinas negativistas o instrumentalistas tienden a negar la realidad prenormativa, lo que corta toda relación entre el derecho y la realidad material.

Convengamos que el concepto de persona es indivisible y excluyente, actúa siempre como un centro de imputación diferenciada, implica un grado de separación patrimonial que podrá ser absoluta o relativa según el tipo del ente personificado, implicando un sistema de organización a través del cual es posible hacerla actuar como titular de derechos y deberes y, a su vez, reconoce un fin autónomo.

Cabanellas de las Cuevas [82], en la misma dirección expuesta precedentemente, afirma que la personalidad jurídica de las sociedades no responde a una mera necesidad lógica, sino que lo hace para articular los fines empresariales de la figura societaria.

Se trata sin duda de una técnica jurídica de organización y simplificación de relaciones, habiéndose optado en otros casos en nuestro sistema jurídico por la técnica de patrimonialización, como lo es el fideicomiso.

Concluimos que la determinación de qué es persona jurídica resulta de la ley y de un hacer o potencialidad. *"La personalidad es un producto del ordenamiento jurídico, el reconocimiento es el factor constitutivo de la personalidad jurídica, pues jamás los hombres, con sus contratos y con sus organizaciones de voluntad, podrán hacer nacer una persona jurídica al margen del derecho positivo"* [83].

VI. Esquema legal actual y los reflejos del Congreso de Derecho Civil

En esa concepción recordamos el sistema normativo genérico del Código Civil y los específicos contenidos en la ley de sociedades y otras, como la de fundaciones referida.

Los profundos debates que se dieron en el Segundo Congreso de Derecho Civil (1937), que hemos referido y la doctrina patria con las autorizadas voces citadas demuestran un claro acercamiento de las opiniones doctrinarias. Ello justificó que la reforma del Código Civil de 1968 adhiera al concepto de persona como realidad jurídica instrumental.

1. La distinta regulación normativa

Las normas referidas del Código Civil y su reformulación por ley 17.711 superó la distinción entre personas de existencia legal y jurídica, sin perjuicio de lo cual no mantiene un diferenciación en los preceptos que corresponde aplicar a quienes obtienen su personalidad por un acto expreso de la autoridad de control, de quienes la consiguen como consecuencia del reconocimiento genérico emanado de la ley.

Así las cosas, las que tienen su reconocimiento en el principio realista, están regladas en los arts. 33 a 44, mientras que las que necesitan autorización se encuentran pautadas en los arts. 45 a 50 del C.C..

No puede negarse que esta regulación se ajusta mejor al reconocimiento jurisprudencial como persona jurídica de la sociedad civil, las sociedades comerciales, el consorcio de copropiedad horizontal, superándose el sistema de la concesión por el de la libertad corporativa.

En esta línea, resulta evidente que, con respecto a las personas de carácter privado, se ha producido un cambio de régimen, o sea, se ha pasado al sistema de la concesión al de la libertad, y sólo se mantiene la diferencia entre la sociedad y la asociación del art. 46 del C.C..

Conforme a ello en primer lugar, no cabe duda alguna acerca de la personalidad de aquellos supuestos que derivan del reconocimiento expreso de la ley, tal como se desprende del art. 32 incs. 1, 2 y 3 del C.C..

En igual sentido, se debe ubicar a las sociedades típicas de la ley 19.550, a las Fundaciones de la ley 19.836, a las Mutualidades de la ley 20.321 y a las Cooperativas, pese a la falta de numeración por parte de la legislación.

De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a impulso de la realidad, al igual que las relaciones de organización en el terreno asociativo [84].

La afirmación precedente nos conduce a la legislación societaria.

2. La normativa societaria

Algo hemos anticipado para explicitarnos respecto a la teoría general. Las sociedades comerciales son personas jurídicas, a tenor del art. 33 inc. 2 C.C., pero tienen su propia historia, e incluso, formulación legal, que es conveniente apuntar.

Así, el art. 1º de la ley de sociedades define a la sociedad expresando que "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance establecido conforme el art. 2º de la ley 19.550, que no altera la calificación de persona jurídica formalizada en el art. 33 inc. 2 C.C..

En una palabra, cuando hablamos de persona jurídica hacemos referencia a un ente distinto al de los socios con capacidad jurídica plena para adquirir compromisos propios frente a los terceros y, por ello, dicha referencia determina un centro de imputación diferenciada distinto del patrimonio de los socios.

VII. Personalidad jurídica y sociedad

1. ¿Por qué y para qué?

Afirmando nuestra visión sobre la existencia de un hacer exterior, con vínculo causal, para el reconocimiento normativo, es que conforme el carácter técnico del recurso, que se objetiva en el caso en figuras societarias, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas -y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento constitutivo en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses del o de los constituyentes y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad [85], generando un límite de imputación a la persona jurídica por la actuación de sus representantes (art. 58 LSA) y en la determinación de causales de disolución (art. 94 LSA) [86]. Debe advertirse el grado de institucionalización jurídica de la personalidad que, generada una causal de nulidad del negocio societario ella actúa como causal de disolución de la relación personificada, y que el efecto destructivo sobre el negocio no afecta la personalidad, que subsiste hasta la liquidación del ente [87]. Justamente, el Anteproyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1998 estableció junto al régimen actual de la personalidad jurídica las normas unitarias para todos los entes de causales de disolución y a la necesaria etapa de liquidación, cuya omisión puede alterar el régimen de responsabilidad de socios y administradores.

Frente a aquellas aparentes diversas doctrinas en torno a la personalidad jurídica, tratemos de centrar la atención en el por qué o para qué de esa personalidad jurídica. Arriesgamos que parece entreverse que ese por qué se corresponde a una necesidad de seguridad o de tutelar algún bien jurídico por parte del legislador. El legislador reconoce como instrumento jurídico o técnica legislativa la de usar del recurso de crear centros de imputación, como una forma de poner un signo algebraico de paréntesis para separar ciertas relaciones [88].

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo no de los socios sino del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, distintos a los acreedores de los socios. La limitación de responsabilidad es un privilegio de esos socios -conforme la estructura asociativa o tipicidad de segundo grado elegida [89]-, que no altera el principio de división patrimonial.

La personalidad jurídica es la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones. Significa el reconocimiento del "principio de separación" entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios, reconocido por la "House of Lords" en el caso "Salomón" en 1897.

De la exposición de motivos, que complementa el ordenamiento societario de 1972, claramente surge lo que explicitamos: "... En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica, y de este modo, [...] la sociedad resulta así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción [...] ni una realidad física [...] Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone...".

La *"sociedad es una persona jurídica, porque tiene voluntad propia, con medios destinados a conseguir el fin propio"* [90], un centro imputativo autogestante. Bajo ese criterio, son personas jurídicas las que así sean determinadas por el respectivo ordenamiento positivo.

Se constituye en una herramienta de la ciencia del derecho otorgada al legislador, conforme al medio y contexto social y doctrinario, para que éste atribuya esas normativas. Lo hará reconociendo la existencia de una persona jurídica como centro de imputación diferenciada, sea por medio de un acto público o de las relaciones contractuales funcionalmente exteriorizadas [91], lo que comparta las decisiones de política legislativa que corresponden al reconocimiento de la personalidad de ciertos entes o formas. Ese reconocimiento impone una disquisición en orden a relaciones societarias no registradas.

2. La conflictiva personalidad de la sociedad de hecho

2.a. El debate planteado

Existe un cierto criterio generalizado que la sociedad de hecho, civil o comercial, configura también una persona jurídica, en función del principio de realidad y del propio reconocimiento de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550.

Ello implica no sólo una decisión de política legislativa, sino un problema de seguridad jurídica.

Tal conclusión contradice lo señalado en el Segundo Congreso referido al reconocimiento: "sólo fin de darle publicidad y certeza por el simple registro" superando el otorgamiento de la personalidad jurídica. También el criterio fijado por el art. 46 C.C., para reconocer a ciertas asociaciones como sujetos de derecho, basado siempre en el principio de certeza y publicidad para no afectar derechos de terceros. Y justamente Pedro León enfatizaba que *"la personalidad siempre representa entrar en la posesión, diremos, de una investidura jurídica, de las cualidades de obrar como entidad autónoma, independiente, se hace indispensable en todos los casos una manifestación, un acto de reconocimiento, para que así pueda funcionar el ente en lo futuro" -Actas*, pág. 411-, a lo que Barcia López contestaba: *"No pretendo llegar a la libertad completa, sin el registro, porque el registro es necesario por otros motivos, para la publicidad, para que los terceros tengan conocimiento y certeza sobre el nacimiento de la entidad jurídica" -Actas*, pág. 418-

La personificación de la sociedad de hecho afecta derechos de terceros, y parece desproporcionado su reconocimiento, bastando la responsabilidad de los socios en cuanto hayan generado apariencia en tal sentido [92].

A la postre, la personificación es una decisión de estricta política legislativa, pues la personalidad jurídica de las sociedades no se corresponde a una necesidad lógica u ontológica, resultando perfectamente viable organizar jurídicamente sociedades (u otras relaciones jurídicas) sin que éstas tengan personalidad jurídica. El derecho local y comparado cuenta con sobrados ejemplos de esta posibilidad.

En efecto, la sociedad no siempre es persona jurídica, y así, en Francia, la sociedad de hecho no es persona. Esa legislación, a partir de la ley del 4 de enero de 1978, siguiendo a la jurisprudencia, ha consagrado la aplicabilidad a las sociedades creadas de hecho las disposiciones de las sociedades en participación (art. 1873 nuevo del Código Civil) [93]. No altera esa apreciación que se acepte que los "socios" se presenten unificadamente en el procedimiento de *redressement judiciare* [94]. La situación no implica otorgarles personalidad, sino en forma

similar a lo dispuesto por nuestra ley de concursos 24.522; en el art. 65 para los agrupamientos y art. 68 para vínculos de garantías, se autoriza la presentación en un único proceso. La razón es de economía procesal. En el derecho español no es clara la atribución de personalidad a la sociedad civil o a la sociedad de hecho [95].

El actual sistema nacional afecta una adecuada política jurídica, trayendo inseguridad sobre qué relaciones -particularmente, las asociativas- serán consideradas persona jurídica, pues queda a criterio del juzgador y no de una inscripción en registro público.

Por otra parte, la personalidad en nuestro derecho se corresponde a la exigencia de un patrimonio separado. Y así como la sociedad de hecho carece de capital estatutario, en muchos casos es difícil determinar si tiene patrimonio; aparte la posibilidad de la compra de bienes registrables a nombre de una sociedad de hecho que pueda publicitar su existencia y patrimonio [96].

Para que los supuestos acreedores de una sociedad de hecho puedan agredir su presunto patrimonio social preteriendo a los acreedores individuales de los supuestos socios, deberán previamente probar cuatro extremos: la existencia de la sociedad, que ella está integrada por las personas que legitima pasivamente, que los bienes ejecutables pertenecen a la sociedad y que la obligación es imputable a la actuación de ella [97].

Todo lo referente a sociedades no inscriptas o atípicas debería resolverse a través de la responsabilidad, al igual que la llamada sociedad accidental, no alterando los centros de imputación respecto a los acreedores individuales de los supuestos socios que se verían preteridos por los supuestos acreedores sociales, o sea de la supuesta persona jurídica (sociedad de hecho).

2.b. Una perspectiva crítica

Enrolándonos en posición crítica, o sea en relativizar la aparente personificación de la sociedad de hecho, que sólo tendría virtualidad conforme el art. 26 LSA en supuestos de quiebra, entendemos aplicable subsidiariamente y a falta de norma expresa en la ley de sociedades, la regla del Código Civil que dispone en su art. 1666: "La sentencia pronunciada, declarando la existencia de la sociedad en favor de terceros, no da derecho a los socios para demandarse entre sí, alegando tal sentencia como prueba de la existencia de la sociedad". O sea que se convierte en un sistema de responsabilidad, no generándose una persona jurídica y, como tal, un centro imputativo autogestante. Sólo es prueba de la existencia de la sociedad de hecho en el Código Civil: "La sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales" (art. 1665 ap. 4). Incluso, el reconocimiento extrajudicial entre socios de la existencia de una sociedad de hecho no puede invocarse para afectar derechos de terceros, en el marco de lo dispuesto por el art. 1195 C.C., pues de tal forma se podría intentar preterir a acreedores individuales. Sólo en la quiebra de la sociedad de hecho podrá tener virtualidad la existencia de las masas separadas -si realmente se detecta patrimonio-. En juicio individual deberá probar que el tercero acreedor individual conocía la existencia de la sociedad, al intentar preterirlo en una ejecución de un bien social.

Como lúcidamente ha resuelto nuestra jurisprudencia, la personalidad de las sociedades de hecho debe ser analizada con particular cuidado y con limitados efectos, porque ella es sólo un procedimiento técnico para facilitar la gestión de los bienes puestos en común, careciendo de significación si no se pone en relación con los terceros [98], o sino se acredita la real existencia de un patrimonio social escindido del personal de los socios.

Esa tutela debe resguardar no sólo la voluntad de los constituyentes, sino también la seguridad y estabilidad del negocio con miras especialmente a los derechos de los terceros que se vinculan con la actividad a desplegar. Aquí es donde, entendemos, debe perfeccionarse el sistema generando una amplia discusión.

La personificación jurídica, por sus implicancias debe ser indubitable, y los proyectos de reformas al actual sistema [99] -menos el societario de 1992 [100]-, nos merecen las mismas críticas que en su oportunidad formuláramos a la ley de unificación de la legislación civil y comercial

que fuera vetada por el P.E. en 1987. No es congruente la norma considerando sociedad de hecho al contrato de consorcio de organización no inscripto [101].

3. Bien jurídico tutelado por la escisión patrimonial personificante.

Cerramos nuestra visión: ¿Para qué el derecho reconoce la personalidad? ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado por la ley de sociedades?

Lo venimos anticipando: seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo.

La teoría del descorrimiento del velo o de la desestimación de la personalidad se planteó ante el beneficio del privilegio que conlleva la personalidad en ciertas legislaciones, al instituir la limitación de responsabilidad de los socios, o sea acotar el riesgo empresario.

Esta apreciación no es adecuada para el derecho argentino, pues todas las sociedades -incluso las de hecho con las críticas anticipadas- son reputadas personas jurídicas, cuando en otros países al eliminarse la personalidad jurídica se mantiene el sujeto de derecho, pues aquella sólo se otorga a sociedades con tabicación patrimonial perfecta, o sea cuando los socios no responden de las deudas sociales. Claro que cuando se altera la causalidad en la actuación de esa persona jurídica aparecen las teorías llamadas de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que generan responsabilidad [102], tema que integra la teoría sobre la persona jurídica.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así la separación patrimonial de la gestión funcional, sino que ésta persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros que contrataron en razón de o con ese nuevo centro, imponiendo la disolución del ente y su liquidación, o trámites de reorganización similares, que resguardan también a esos terceros.

Por este medio se está tutelando no la limitación de responsabilidad de los socios, sino los intereses de quienes se vinculan con él en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota. Así se permite la segmentación en varias empresas conforme los establecimientos y organizaciones que se conciban, pero no puede dividirse la empresa que debe identificarse con la finalidad organizativa -plan de negocios-.

Pero, ¿qué tutela el legislador a través de ese reconocimiento de la facultad jurígena de crear personas a través de esa declaración: a) la posibilidad de limitar la responsabilidad o b) los derechos de los terceros que contratan en relación a esa actividad o c) el interés de la funcionalidad económica individualizada? Este es el centro de la cuestión. Podría sostenerse que todos, pero no la limitación de responsabilidad que está condicionada por el tipo societario.

Volvemos a la visión causalista, vinculada al objeto del ente. Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad económica-funcional para su cumplimiento, y -al mismo tiempo- afectar esos bienes y los derechos que se adquieran con la actividad, a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa actividad contractual o extracontractualmente, se justifica en el "interés" en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias). Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica, en una visión constructivista.

La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado, o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación está acotada por el uso racional de ese tipo societario persona jurídica.

4. Efectos de la personalidad jurídica

¿Qué efectos produce la personificación como división patrimonial y autogestión? [103]

4.a. Patrimonio constitutivo

Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación [104], o aun a la irregular. No es otra cosa que el principio de la división patrimonial, que resguarda, a su vez, la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LSA).

El principio de división patrimonial no es requisito o atributo exclusivo de la personalidad jurídica, pero existiendo ésta se genera esa división. Caso contrario debería incluirse a la sociedad conyugal, fideicomisos, los contratos de colaboración empresaria del derecho argentino, en cuanto consagran un fondo común operativo al reconocerse un privilegio a los acreedores con motivo del contrato, pero la situación no es diferente a la de los bienes en condominio, pues la titularidad de los bienes no es de un nuevo sujeto de derecho sino de los partícipes, propiedad en mano común o condominio de tipo germánico[105].

Congruente con la generación del centro de imputación como autogestante, resulta lógico atribuir capacidad al nuevo sujeto. Ambos generan la atribución de la personalidad al haz de derechos y obligaciones que se le imputan para adquirir y administrar bienes (su patrimonio).

Y así se concreta la justificación de la personalidad jurídica.

4.b. Atributos

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho [106].

Se ha tratado de determinar como característica del nacimiento de un sujeto de derecho la pertenencia de un nombre o de un domicilio. El domicilio es atribuido también por la ley a un haz de relaciones en torno a un mismo sujeto. Esa definición existencial o funcional [107] está recogida por el art. 90 C.C. Ha dicho Colombres que el nombre social no es un atributo de la personalidad jurídica, sino otro dato normativo que, junto a la imputación diferenciada, integra la idea más amplia de negocio societario, excediendo la denominación social el marco pretendidamente exclusivo de la personalidad jurídica, si bien la actuación a nombre colectivo es un dato fundamental de la determinación de la existencia de una sociedad en una relación participativa. Dentro del sistema argentino, ratificado por ley 22.363 (Capítulo II, De las designaciones, art. 27 y ss.), el nombre constituye una propiedad y se adquiere con su uso por el ente mismo, no por la técnica jurídica personificación, pudiendo oponerse a la pretensión de otro sujeto de identificarse con similar designación.

Es el ente el que para individualizarse adquiere específicamente el derecho al nombre y la sede, la legitimación procesal activa y pasiva o autonomía procesal [108].

4.c. Limitación de responsabilidad

Así como nombre, domicilio y órganos corresponden a una estructura específica, la limitación de responsabilidad también corresponde a ella.

La división patrimonial, aún sin estanqueidad, y la autogestión imputativa a través de representación orgánica no contractual, son elementos reveladores de la existencia de personalidad jurídica de un ente determinado, a lo que debe sumarse el necesario reconocimiento legislativo.

En ciertas legislaciones -como advertimos- no se reconoce la personalidad sino a los entes con responsabilidad limitada de sus socios, o sea a las sociedades de capital. La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundida con el principio de la división patrimonial entre la sociedad y los socios, a pesar de que en algunos sistemas, como en el alemán, ambas características, en la regla, se presentan en forma simultánea. El problema técnico o de política legislativa se advierte en el punto sobre la falta de personalidad jurídica de la sociedad civil en Alemania y otros países que siguen su sistema [109], donde pese a existir división patrimonial se formaliza esa apreciación técnica, sin perjuicio de reconocerla como sujeto de derecho.

Es oportuno recordar a Girón Tena, cuando afirma al referirse a los antecedentes del derecho comparado: *"Creemos que tiene un interés escaso fuera de su país, el gran esfuerzo, en el que participan muchos mercantilistas italianos, acerca de si los textos concretos del Codice Civile permiten generalizar la personalidad para todos los tipos de sociedad -tendencia que continuaría la posición de la doctrina precedente a aquel cuerpo legal- o si, por el contrario, obligan a distinguir principalmente entre sociedades de personas y de capitales -con lo que se coincidiría con la orientación alemana-..."*. Se trata de un problema normológico o del derecho positivo de cada país.

VIII. Algunas reflexiones

De todo lo dicho se sigue que, aún hoy, la conceptualización sobre la persona jurídica es un tema dificultoso que requiere la comprensión del fenómeno asociativo como género propio de organización, cooperación y/o colaboración y, consecuentemente, la tipicidad propia de la sociedad.

La cuestión central sigue estando alrededor de los elementos jurídicos que permiten predicar la existencia de un centro de imputación diferenciado, pero que, además, implique un organicismo que le otorgue personalidad.

La figura más característica de las personas jurídicas la constituye la sociedad anónima o, lo que los anglosajones llaman, la corporación.

En esta línea, la empresa es la organización de capital y trabajo o, si se quiere, la comunidad organizada que sirve de sustento a la sociedad de capitales y constituye el patrimonio autogestante con finalidad propia que permite predicar la existencia de personalidad.

Ahora bien, mientras la doctrina se debate en el conflicto de otorgar personalidad a aquellos entes que los socios doten de un patrimonio propio, más allá de la figura típica asumida y del eventual trámite inscriptorio, la realidad nuevamente desafía al derecho. El hecho de asumir relaciones jurídicas imputables a un patrimonio distinto -o diferenciable- del o de los socios impulsan esas nuevas relaciones complejas, generando centros de imputación autogestantes que operan patrimonios que imponen su reconocimiento y efectos específicos. En efecto, a la par de las personas jurídicas privadas y de las sociedades comerciales se alza hoy el fenómeno grupal, es decir, las relaciones de organización entre sociedades, cuestión que nuevamente divide las aguas de los juristas. Además el asociacionismo de segundo grado, o sea entre personas jurídicas.

Así, mientras un sector de la doctrina se inclina por mantenerlos en el ámbito asociativo, otro entiende que la finalidad específica del grupo en el cual convergen diferentes sociedades requiere alguna forma de reconocimiento jurídico. En nuestro país, la legislación societaria se limita a reglar las relaciones de control interno y externo, pero el derecho comparado ha avanzado en la regulación jurídica de los grupos societarios.

Un nuevo capítulo se abre en este siglo y cuestiona seriamente la conceptualización de la persona jurídica, demostrando que, en rigor, la empresa que subyace como organización de capital y trabajo es el "sujeto" que preordena las relaciones jurídicas. Y la capacidad organizativa y generadora de riqueza debe ser atendida por el sistema jurídico en un marco de seguridad. Autonomía de la voluntad para generar centros imputativos deviene bajo

responsabilidad para satisfacer los daños que de ello se deriven, pues la separación de patrimonios debe atender al respaldo de los acreedores afectados a esa separación.

Por otra parte, la cuestión podría recalar en un constructivismo a través de una nueva óptica sobre los centros de imputación, dentro de los que la personalidad jurídica sería una de las técnicas, pero no la única -p. ej., fideicomiso o técnica de patrimonialización- para administrar patrimonios independientes. La discusión conceptual gramatical sobre la empresa y sociedad unipersonal -similar a la del acuerdo y contrato- y la personificación de las sociedades aparentes quedaría englobada en esa nueva visión, abriendo nuevos rumbos y ofreciendo nuevas técnicas a la organización empresaria para la generación de productos y empleo; una forma real de posibilitar la creación de riqueza a la que debe contribuir la técnica jurídica generada por la doctrina y receptada por el sistema jurídico conforme políticas nacionales.

Todo un desafío para un nuevo trabajo que comprometemos sumar oportunamente a estas reflexiones.

NOTAS:

[1] Belluscio-Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. I, pág. 125.

[2] Francesco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Reus, 1929, pág. 313.

[3] Eduardo Roca, "Sociedad comercial", L.L. 104-974.

[4] Francisco Alberto Junyent Bas - Efraín Hugo Richard, "Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios)" en el libro colectivo *Temas de derecho societario vivo*, de AA.VV., edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2007, pág. 105 y ss..

[5] Federico De Castro y Bravo, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 2ª ed. reimp., 1991, pág. 137.

[6] De Castro y Bravo, ob. cit., pags. 138/141.

[7] Francesco Galgano, "Delle associazoni", pags. 22 y 23, en *La societá por azione*, Bologna, 1986, Nº 8.6.

[8] Tullio Ascarelli, "Personalitá giuridica e problemi delle societá", en Rivista delle Societá, 1957.

[9] Gervasio Colombres, *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pág. 53.

[10] Carlos Suárez Anzorena, "Personalidad jurídica" en *Cuadernos de derecho societario*, Zaldívar y otros - Abeledo-Perrot, 1980, pág. 129.

[11] Horacio Fargosi, "Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica", L.L. 1988-E.

[12] Juan Carlos Palmero, *Comunicación al Congreso de Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, t. I, pág. 180.

[13] Juan Dobson, "El abuso de la personalidad jurídica", Buenos Aires, Depalma, 1985.

[14] Julio César Otaegui, en AA.VV., *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, pág. 106.

[15] Daniel R. Vítolo, "La personalidad jurídica en materia societaria", L.L. 1990-D, pág. 830.

[16] María Celia Marsili, "Actualización de la teoría de la personalidad de las sociedades", RDCO, 4-19.

[17] Ricardo Gulminelli, *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Depalma.

[18] Carlos Molina Sandoval, *La desestimación de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Abaco, 2003, pág. 21 y ss..

[19] Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*, 1939, Córdoba, Imprenta de la Universidad, pág. 429. En adelante, *Actas*.

[20] Junyent-Richard "Aristas...", citado.

[21] Efraín Hugo Richard - Orlando M. Muiño, *Derecho societario*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 37, refiriéndose al derecho español.

[22] Marcos Satanovsky, *Estudios de derecho comercial*, Buenos Aires, TEA, 1950, t. I, pág. 63.

[23] Belluscio-Zannoni, ob.cit., t. I, pág. 138.

[24] Palmero, ob. cit., pág. 823.

[25] Belluscio-Zannoni, ob. cit., t. I, pág. 126.

[26] Efraín Hugo Richard, "Las comunidades indígenas (el art. 75 inc. 17 de la C.N. y efectos de su personalidad jurídica)" en *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998, pág. 225.

[27] Raúl A. Etcheverry, "La personalidad societaria y el conflicto de intereses", en *Anomalías...* cit., pág. 49.

[28] Francisco Junyent Bas, "Antiguas y nuevas cuestiones sobre la responsabilidad por abuso de la personalidad", en Revista de las Sociedades y Concursos, Buenos Aires, Ad-Hoc, N° 8, 2001; "Desestimación de la

personalidad según el art. 54 ter de la L.S.", ponencia en el V Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre 1992, Advocatus; "Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral. Apuntes a los fallos 'Delgadillo Linares' y 'Duquesly', R.D.P.C., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000; *Responsabilidad de los administradores por fraude laboral*, Córdoba, Alveroni, 2001; Efraín Hugo RICHARD, "Persona jurídica y tipicidad", ponencia a las Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires, 4/5 de diciembre de 1986; "Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado" en *La conferencia internacional sobre la unificación del derecho privado argentino*, San Miguel de Tucumán, octubre 1987; "Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes, en el derecho argentino", en Rev. de Derecho Mercantil, Nros 193-194, Madrid, 1989, "Personalidad jurídica y concepto de sociedad y la contraposición contractual entre persona jurídica y persona fisica del proyecto de unificación", comunicaciones a las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, abril de 1991, a la Comisión I sobre "Personalidad jurídica; la persona jurídica en la evolución contemporánea" en Separata de *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXV, pág. 81 y ss.; "La personalidad jurídica en las sociedades comerciales", ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, abril de 1989.

[29] Raimundo SALVAT, *Tratado de derechos civiles. Parte General*, págs. 537 a 540; Alfredo E. ORGAZ., "Concepto y elemento de las personas colectivas", L.L. 63-961; Mauricio YADAROLA, "El negocio jurídico indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista", en *Homenaje al Dr Mauricio Yadarola*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, pág. 415; Raúl ETCHEVERRY, "La personalidad societaria y el conflicto de intereses", en *Anomalías...* cit.,, pág. 60; Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La persona...* citado.

[30] Patrimonio en mano común, soluciones procesales legitimando activa y pasivamente para defender ciertos bienes, sujeto de derecho y reservando la personalidad jurídica a los entes con estanqueidad patrimonial absoluta de los socios.

[31] RICHARD - MUIÑO, *Derecho...* cit., pág. 41. *"Constituye una técnica jurídica y una derivación de un acto de soberanía del Estado"*.

[32] Juan Carlos PALMERO, "Personalidad", Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario, Huerta Grande, octubre de 1992, t. I, pág. 183.

[33] ETCHEVERRY, ob. cit., pág. 51.

[34] Francesco GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1981, pág. 59.

[35] DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 138.

[36] Autor citado por DE CASTRO Y BRAVO, op. cit., pág. 165, nota 89.

[37] DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 166.

[38] DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 173.

[39] Julio OTAEGUI, "Acto social constitutivo y persona societaria", RDCO, 1975, pág. 388.

[40] Rafael MANÓVIL, *Grupo de sociedades*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 958.

[41] Alberto SPOTA, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, t. I, págs. 102/103; Alfredo ORGAZ, *Derecho civil argentino. Personas individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1943, pág. 20; J.A. BUTELER CÁCERES, *Manual de derecho civil. Parte General*, pág. 156; Santos CIFUENTES, "Actualidad de los viejos conceptos de persona, personalidad y capacidad de derecho", L.L. 1995-B-1280/1286; Jorge LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Perrot, 1970, t. II, pág. 23; Isaac HALPERÍN, "La personalidad jurídica de loas sociedades civiles y comerciales", L.L. 2-1011-1020: los requisitos de existencia de una persona jurídica son un patrimonio distinto al de los miembros que la componen y una organización adecuada.

[42] Juan M. FARINA, *Tratado de sociedades comerciales*, Parte General, Rosario, Zeus, 1980, pág. 40.

[43] GALGANO, *Historia del...* cit., pág. 76.

[44] Isaac HALPERÍN, *Sociedades anónimas,* Buenos Aires, Depalma, 1978, pág. 7.

[45] Miguel C. ARAYA, "Las transformaciones en el derecho societario", RDCO, 2003-308.

[46] Alfredo ORGAZ, *Personas individuales*", Buenos Aires, 1948, pág. 5 a 6; Alberto SPOTA, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, t. I, parte general, vol. 31; Eduardo BUSSO, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1944; Pedro LEÓN, *La persona y los derechos subjetivos*, Buenos Aires, 1948, pág. 52.

[47] SPOTA, ob. cit., págs. 82/84.

[48] LEÓN, ob. cit, pág. 52.

[49] ORGAZ, ob. cit., pág. 10 a 12.

[50] LEÓN, ob. cit., pág. 33.

[51] RICHARD - MUIÑO, *Derecho...* cit., pág. 39.

[52] RICHARD - MUIÑO, *Derecho...* cit., pág. 43.

[53] Manuel RECASENS SICHES, citado por Marcos SATANOWSKY, en *Estudios de derecho comercial*, Buenos Aires, TEA, 1950, t. I, pág. 42.

[54] SATANOWSKY, *Estudio de...* cit., t. I, pág. 41.

[55] SATANOWSKY, "*Estudios de...* cit., t. I, pág. 42.

[56] Juan Carlos, PALMERO, "La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", RDCO, Depalma, año 20, pág. 817; *Personalidad* en libro de ponencias del Primer Congreso

Iberoamericano de Derecho Societario y V Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, 1992, t. I, pág. 190.

[57] No cuestionando a la fundación, sino la expresión "sociedad" por el significado común de esa palabra.

[58] Efraín Hugo RICHARD, "En torno a la sociedad unipersonal", en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande octubre de 1992, *Actas*, t. I, pág. 273.

[59] Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1941, págs. 47/9.

[60] Horacio FARGOSI, "Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica", L.L. 1988-E.

[61] Tulio ASCARELLI, *Asociaciones y sociedades comerciales*, Ediar, Buenos Aires.

[62] SUÁREZ ANZORENA, op. cit., pág.138.

[63] LEÓN, op. cit., pág. 63.

[64] *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traducción española, Barcelona, 1958.

[65] Francesco FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Reus, , 1929.

[66] Pedro LEÓN, "La persona y los..." cit., Rev. Jurídica de Córdoba, año 1, Nº 4.

[67] ORGAZ, *Personas...* cit., pág. 5 a 16.

[68] PALMERO, *La persona jurídica en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, cit..

[69] ETCHEVERRY, op. cit., pág. 54.

[70] Miguel Angel CIURO CALDANI, *Comprensión jurídica de la persona*, D.E.D. 16/4/91.

[71] SATANOVSKY, op. cit., pág. 55

[72] PALMERO *La persona jurídica en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, cit..

[73] Francesco GALGANO, *Struttura lógica e contenuto normativo del concetto di persona guiridica*, Rivista di diritto civile, parte I, 1965, pág. 558, citado por VIRAMONTE, GUSTAVO (H) en *El concepto de persona*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis Nexis, julio/agosto 2005, pág.99 y sig.

[74] JUNYENT – RICHARD "Aristas…." citado.

[75] Francesco, FERRARA, *La persone giuridiche*, Turín, 1935, En el *Tratado di diritto civile*" de F. Vassali, o en su anterior *Teoría delle persone giuridiche*, 2ª ed., Torino, 1923.

[76] Con Orlando Manuel MUIÑO en Efraín Hugo RICHARD - Orlando M. MUIÑO, *Derecho...* cit., t. I, pág. 20. Efraín Hugo RICHARD, "En torno al concepto moderno de sociedad" en *Anuario* de Derecho Comercial, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, t. 6, diciembre de 1993, pág. 75 a 90; "En torno al subsistema societario", t. 2, pág. 417, ponencias al II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario; "En torno a la personalidad societaria", en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre 1992, *Actas*, t. I, pág. 190.

[77] El punto está referido al objeto de la sociedad, pues éste incide en la actividad económica, empresa, o funcionalidad de la sociedad conforme el art. 1º LSA, con la sola excepción de la previsión del art. 31 LSA o sociedad *holding*.

[78] JUNYENT - RICHARD, "Aristas...", cit..

[79] Alfredo ORGAZ, *Personas individuales*, citado, pág. 23.

[80] PALMERO, op. cit., pág. 835.

[81] RICHARD - MUIÑO, *Derecho...* cit., pág. 210 y ss..

[82] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario. Parte general*, "La personalidad jurídica socetaria", Buenos Aires, Heliasta, 1994, pág. 28.

[83] Efraín Hugo RICHARD, *Libertad asociativa y autonomía estatuaria*, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, editado por Fespresa, Córdoba, 2007, pág. 325.

[84] Justamente uno de nosotros ha editado tres obras sobre "Las relaciones de organización", y ambos hemos tratado de mostrar los aspectos especiales de la responsabilidad o imputabilidad de administradores y socios de control, y también aspectos concursales.

[85] Raúl ETCHEVERRY, "Empresa y objeto social", en RDCO, año 15, pág. 781 y ss.; Gervasio COLOMBRES, *Curso de derecho...* cit., pág. 116.

[86] Efraín Hugo RICHARD, "Conservación de la empresa", mayo de 1981, en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. 25, pág. 107 y ss..

[87] RICHARD - MUIÑO, *Derecho...* cit., pág. 41.

[88] Efraín Hugo RICHARD, en intervención en la VI Reunión Conjunta de Academias de Derecho, correspondiente al año 1987, que obra a pág. 510 del t. XXVI de *Anales* de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

[89] RICHARD - MUIÑO, *Derecho...* cit., pág. 45.

[90] Cesare VIVANTE, *Tratado de derecho mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa, Madrid, Reus, 1932, vol. II, pág. 6 y ss..

[91] Efraín Hugo RICHARD, "En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica" en Doctrina societaria y concursal, de Errepar, t. II, pág. 541.

[92] Orlando Manuel MUIÑO - Efraín Hugo RICHARD, "En torno a la no personificación de las sociedades de hecho", Comunicación en X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, pág. 693.

[93] Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, 15ª ed., Georges Ripert - René Roblot, París, LGDJ, 1993, t. 1, pág. 555.

[94] GERMAIN, ob. cit., t. II, pág. 862, Nº 2858.

[95] Sobre el punto puede verse Francisco VICENT CHULIA, *Introducción al derecho mercantil*, 10ª ed., pág. 165, donde relata la Res. DGRN del 31 de marzo de 1997 en el caso "Electricidad Divaluz Sociedad Civil", y refiere que la ley dispone que a la sociedad de hecho o irregular se le aplican las normas de la sociedad colectiva, lo que podría hacer presumir que esas sociedades adquieren algunos efectos de la personalidad, lo que normalmente ocurre mediante el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, citando a los arts. 118-120 C.Com.; Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de derecho mercantil*, 15ª ed., pág. 162 -enfatiza que "Nuestro Código de Comercio reconoce a toda sociedad mercantil personalidad jurídica una vez que cumpla las formalidades de la contribución... Como sabemos, todas las sociedades deben hacer constar en su documentación y correspondencia mercantil los datos identificatorios de su inscripción en el Registro (art. 241 C.Com.)". Este autor, respecto a la sociedad irregular afirma en pág. 164: *"En el aspecto externo, esto es, en la relación con los terceros, se dice que como la sociedad no adquiere personalidad jurídica, los encargados de la gestión social son responsables..."*.

[96] BARCIA LÓPEZ, *Actas*, pág. 401, hacía referencias a Mirabeau y la posibilidad que el Estado aceptara a ciertos cuerpos "declararlos propietarios (personalidad)".

[97] RICHARD - MUIÑO, *Derecho...* cit., pág. 45.

[98] CNCom., Sala B, 3/7/1979, *in re:* "Splenser, Carlos c/ Eisler, Eric".

[99] Hemos apuntado la incongruencia en el anteproyecto de ley de sociedades del 2005 -Anaya, Bergel, Etcheverry- de no atribuir responsabilidad al socio oculto y aceptar la responsabilidad del socio de la sociedad de hecho, pues bastará la invocación de la sociedad de hecho para poder alcanzar a un supuesto socio oculto.

[100] "Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales" elaborado por la Comisión designada por resolución MJ 465/91 (Alberti, Araya, Fargosi, Le Pera, Mairal, Piaggi y Richard), Buenos Aires, Astrea, 1993.

[101] Efraín Hugo RICHARD, *Relaciones de organización. Sistema de contratos de colaboración,* Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, capítulo V, "En torno al consorcio de cooperación".

[102] JUNYENT - RICHARD, "Aristas..." cit..

[103] Efraín Hugo RICHARD, "Efectos de la naturaleza de contrato plurilateral y efectos de la personalidad", t. 1, pág. 429, ponencia al II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Huerta Grande, 1992.

[104] El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma de l983. Confr. Efraín Hugo RICHARD, *Patrimonio y capital social*, pág. l03 y ss. -especialmente a pág. l06- en el libro *Derecho y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1982; José Domingo RAY, "Empresa jurídica y realidad económica" en V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho, *Anales* de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. XXV, pág. 65 y ss., a pág. 67 en torno al "buque"; Jaime L. ANAYA, *Sociedad en formación y personalidad jurídica*, comentario al fallo de la Corte Suprema del 26 de abril de 1988 en "Telecor S.A. c/ Provincia de Catamarca", en Rev. El Derecho, diario del 30 de agosto de 1988, y Ricardo A. NISSEN, "Sociedades en formación. Personalidad jurídica. Oponibilidad del contrato y funcionamiento de sus órganos", en Errepar *Doctrina societaria y concursal*, actualización del 17/3/89, t. I, pág. 253. No obstante que aparecería con una posición negativista de la personalidad de las sociedades en formación, anticipamos que -a nuestro entender- la Corte afirma el recurso técnico de la personalidad en beneficio de terceros (Considerando 8 del fallo indicado). Incluso la Corte Suprema de Buenos Aires le ha reconocido efectos anteriores a la propia constitución de la sociedad en formación: Efraín Hugo RICHARD, *Sociedad en gestación: su calificación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, Nº 11, pág. 1243, jurisprudencia anotada.

[105] El derecho no será más de libre disponibilidad de cada titular, sino por parte de todos, por lo que las decisiones acerca del destino de un bien concreto deben adoptarse por unanimidad si no se hubiere pactado otro sistema en el contrato asociativo. En caso de falta de unanimidad la mayoría debería reclamar al juez la autorización.

[106] Rodrigo URIA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, pág. 99.

[107] Efraín Hugo RICHARD, "Notas en torno al concepto clásico de domicilio" en Boletín de Seminario, t. III, diciembre 1952, Santa Fe Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, pág. 293 y ss..

[108] Lo que el legislador alemán otorga para la sociedad colectiva.

[109] Wilfred SCHLÚTER y Daniel F. MOEREMANN, "Derecho societario alemán. La sociedad civil (BGB-G)" en RDCO, año 25, Nros 149/50, pág. 705 y ss..

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

por EDGARDO IGNACIO SAUX

SUMARIO: a. El porqué del tema. b. La ley de reformas del '68. b. El debe y el haber. c. Escorzo de los proyectos de reforma en la materia. d. Paneo del tema en el derecho privado latinoamericano. e. Los problemas actuales en el derecho comparado y nacional. f. Conclusiones.

a. El porqué del tema

En el marco del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en 1937 y convocado para analizar el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión designada al efecto en 1926, los temas 10 y 11 del programa originario de la convocatoria aludían al "Régimen legal de las personas jurídicas".

Siendo esta publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba precisamente un homenaje a los cuatro Congresos Nacionales hasta aquí habidos y a sus cuatro presidentes, nada mejor que intentar, humildemente, una prospectiva de la situación actual de dicha maleable temática.

En aquella convocatoria ya lejana en el tiempo, se expidieron en cuanto tiene que ver con la temática objeto de estas digresiones, tres recomendaciones [1], todas relacionadas obviamente al texto de lo proyectado por la Comisión reformadora designada en 1926 [2], y respecto de las cuales se hace una consideración liminar que expresa que éstas tienen como objetivo nuclear "... hacer desaparecer, en absoluto, de la ley, todas las perjudiciales consecuencias o aplicaciones prácticas del doctrinarismo de la ficción legal, conforme a la orientación que prevalece en el derecho moderno" y "para garantizar a la vez la libertad constitucional de asociarse, eficazmente, con fines lícitos".

En consonancia con esos designios, el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil propuso -más allá de reformas de metodología del Proyecto- sustituir el requisito de "utilidad pública o bien común... por el fin y objeto lícito, no lucrativo ni contrario al orden público o a las buenas costumbres" (recomendación N° 2); y "modificar la fórmula de la capacidad de derecho del artículo 79 -del Proyecto- por otra mas amplia... relativa a todos los derechos que no supongan una condición física".

Como puede apreciarse de ello, en lo que implica la recomendación medular (la N° 2), el Congreso anticipa en gran medida criterios hermenéuticos amplios o aperturistas en orden a lo que debiera ser la interpretación del "objeto de bien común" que como recaudo de fondo para la solicitud y obtención de personería jurídica en materia de asociaciones y fundaciones consagra el art. 33 del C.C., en el texto que le diera la ley 17.711 [3], lo cual es altamente elogiable en función de la prospectiva temporal en orden a la cual se da la referencia.

A partir de lo expuesto, y en la clara percepción de que la proteiforme realidad social (dentro de la cual fenómenos tales como los contratos asociativos previstos en el proyecto de 1987, o la declinación operativa de la sociedad civil, o la presencia prominente de las organizaciones no gubernamentales en el quehacer social contemporáneo, o las propuestas de regulación de la sociedad de un solo socio o la empresa individual de responsabilidad limitada, o la elastización regulatoria de las asociaciones con forma de sociedades comerciales del art. 3° de la ley 19.550, o el régimen de registración voluntaria de las simples asociaciones, o la regulación de las sociedades profesionales en derecho comparado, por citar algunas manifestaciones de esa dinámica y de los nuevos requerimientos de los tiempos [4] requiere una constante adecuación de los moldes normativos dentro o a partir de los cuales se desenvuelve el fenómeno de la personalidad jurídica en sus variadas expresiones, entendemos que, tal como incluso lo asume la convocatoria a las "XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" y "V Congreso Nacional de Derecho Civil", a llevarse a cabo en la ciudad de Córdoba (merecida anfitriona después de tantos méritos y de tantos años) -lo digo en cuanto el tema de tratamiento en la Comisión N° 1 será el de las asociaciones y fundaciones-, el análisis que se haga de la

temática aquí abordada, aun dentro de los modestos límites de esta labor y de las condiciones técnicas de quien esto escribe, justifica holgadamente su elección.

b. La ley de reformas del '68. El debe y el haber

La regulación que nuestra legislación civil asigna genéricamente a todo el tema del fenómeno de la personalidad jurídica, tanto en sus manifestaciones tipológicas como entes asociativos, societarios o fundacionales, (dejando al margen las normas específicas de la ley de sociedades comerciales 19.550, así como los estatutos singulares que suponen la ley 20.337 de Cooperativas y la ley 20.321 de Asociaciones Mutuales) requiere una urgente reformulación, que la ponga elementalmente a tono con los requerimientos del mundo del siglo XXI [5].

Ya nos hemos referido en el apartado precedente a que múltiples fenómenos de la hora actual así lo imponen, pudiendo sumarse a la nómina ya propuesta -que obviamente no es taxativa- aspectos tales como las ambigüedades regulatorias de las simples asociaciones a la luz de su interpretación doctrinaria, la singular problemática de los contratos asociativos o en participación, el relevante debate sobre los alcances asignables al expandido fenómeno de la irregularidad societaria, la conveniencia o no de la determinación legal del régimen de las fundaciones por una ley complementaria no incluida en el texto del mismo Código, el fenómeno de derecho comparado de la "Fundación Empresa" o la fundación formando parte de una empresa, o la participación de asociaciones y fundaciones en sociedades comerciales, entre otros aspectos, son evidencia palmaria de tal necesidad.

Siendo que claramente desbordaría la intención de esta labor recordar la situación de (*lege lata*), estando más bien ésta orientada hacia lo pensado de (*lege ferenda*), y asumiendo que hablamos de temas harto conocidos por todos los operadores jurídicos a través de más de cuarenta años de vigencia de la reforma de la ley 17.711, permítasenos un elemental recordatorio de lo vigente, que sirva de contraste a lo que quizás debiera ser de futuro.

En tal sentido, partiendo del derecho constitucional de asociarse con fines lícitos (art. 14 C.N.), el Código Civil argentino se ocupa del tema fundamentalmente en los arts. 33 (que postula el esquema básico de la personalidad jurídica clasificándola con criterios no tipológicos, sino vinculados a su constitución mediante concesión estatal de personería o por medios alternativos, como la registración o la autogestación); 34 (que se refiere a las personas jurídicas extranjeras); 36 y 37 (que preordenan la responsabilidad civil contractual de los entes ideales por los vínculos asumidos por sus representantes); 39 (que sienta los basilares principios de separación de personalidades y de patrimonios); 43 (que trata la responsabilidad de los entes colectivos por daños causados por sus miembros, dependientes y cosas de su propiedad a nivel aquiliano) y 46 (que regula el singular y frecuente fenómeno de las simples asociaciones), todos ellos objeto (directo o indirecto, como sucede con el art. 34 no modificado directamente pero sí alterado en significancia por cambios en sus normas de referencia) de importantes modificaciones en 1968 por conducto de la ley 17.711.

En similar sentido no puede dejar de hacerse referencia a la sanción en 1972 de la ley 19.836 que establece una regulación específica de las fundaciones.

En consonancia con ello, y a título meramente referencial, podríamos mencionar cómo en el Código de Vélez se diferenciaban los entes colectivos entre los de existencia necesaria y posible -pauta singularmente anacrónica- careciendo de todo hilo conductor la enmarañada enunciación que de estos últimos hacía el viejo inc. 5º del art. 33 (universidades, bancos, sociedades anónimas, compañías de seguro, colegios, comunidades religiosas, etc.).

Paralelamente, se dividía la doctrina en relación a la interpretación del problema terminológico suscitado alrededor de las personas de existencia ideal y de las personas jurídicas, donde se perfilaban al menos tres enfoques: Salvat, quien sostenía que la referencia del art. 32 importaba una sinonimia, y que por ende aquellas entidades corporativas que escapaban a la enunciación del art. 33 no eran ni una cosa ni otra, sino entes con (personalidad limitada) (v.gr., las sociedades civiles y comerciales); la doctrina mayoritaria (Laffaille, Busso, Arauz Castex,

López Olaciregui, Llambías, Videla Escalada) quienes veían a las personas de existencia ideal como un género y a las personas jurídicas (las que requerían autorización estatal para funcionar) como una especie, pero contando todas con capacidad civil; y Spota, quien solitariamente afirmaba que la designación de personas de existencia ideal o personas jurídicas debía ser omnicomprensiva de toda categoría de persona colectiva que tuviera el carácter de sujeto de derecho, ya fueran las del art. 33, las sociedades civiles y comerciales o las simples asociaciones. Por último, la ausencia de previsiones claras en orden a estas dos últimas categorías provocaba puntos de vista encontrados respecto de su naturaleza.Es un dato de la realidad que con la reforma de 1968 desaparecen gran parte de tales problemas, pero se suscitan otros y se mantienen carencias que todavía no han sido cubiertas. Así, en términos generales, podemos recordar que se reordenan las categorías del art. 33 sobre la base no ya del viejo dualismo de personas de existencia necesaria y posible sino con el más acertado de personas jurídicas de carácter público y privado. Dentro de estas últimas se reformulan los supuestos anteriores, distinguiéndose en dos categorías los entes colectivos, según requieran o no autorización estatal para funcionar: las del primer inciso (asociaciones y fundaciones que tengan por objeto el bien común, posean patrimonio propio, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, sean capaces estatutariamente de adquirir bienes y obtengan autorización gubernamental), y las del segundo (sociedades civiles y comerciales (y entidades) que tengan capacidad civil para adquirir derechos y contraer obligaciones aunque no requieran autorización); y se otorga una nueva redacción al art. 46 en materia de regulación de las simples asociaciones, a las que sin darles el rol de personas jurídicas se las reconoce como sujetos de derecho si están inscriptas en instrumento público. Dicha modificación del art. 33 incide en el art. 34 (en tanto éste remite a aquél), y por otra parte se reformula también la sistemática de la responsabilidad civil extracontracual con un nuevo texto -diametralmente opuesto al anterior- en el art. 43.

Podríamos señalar en son de crítica al legislador de 1968 lo siguiente:

1) Haber mantenido el texto del viejo art. 32 en tanto habla de (personas de existencia ideal, o personas jurídicas), dando pábulo a la persistencia -bien que amenguada respecto de sus precedentes- de la vieja dicotomía sustentada por la doctrina entre ambas categorías [6].

2) Dejar una puerta abierta a la polémica en el art. 33, segunda parte, inc. 2º, al hablar de (otras entidades) que algunos ven como las simples asociaciones del art. 46 y otros -como Llambías- relacionadas con figuras tales como el consorcio de propiedad horizontal y la sociedad conyugal.

3) No haber incorporado al Código una regulación integral de las fundaciones, la que recién se cristalizó cuatro años más tarde por una ley especial.

4) Mantener en el art. 46 una aparente distinción entre personas jurídicas y sujetos de derecho que poca claridad introduce al panorama, a punto tal que las soluciones interpretativas homogeneizantes han devenido del quehacer doctrinario y jurisprudencial.

5) Enunciar la clasificación de las personas jurídicas públicas, siendo que el tema hace al derecho administrativo como lo reconocen -implícitamente- los códigos civiles contemporáneos.

6) Mantener la regulación de la sociedad civil como contrato (art. 1648 y ss.), además formal (art. 1184 inc. 3) pese al ocaso de la figura por carencia de objeto (hasta la actividad agropecuaria adopta formas societarias mercantiles), tal como lo evidencian los proyectos de reforma ulteriores y el derecho comparado (v.gr., el Código Civil español, para el cual no son personas jurídicas).

7) No haber previsto una regulación autónoma -en el art. 34- del régimen jurídico de las personas jurídicas extranjeras de derecho privado, determinando que ésta se derive de otras fuentes jurigénicas (como la doctrina y la aplicación analógica de lo regulado en materia societaria comercial).

8) Genéricamente, mantener un criterio clasificatorio de las personas jurídicas privadas ajeno a las esencias tipológicas, y más próximo a los modos de creación (por concesión, registración o autogestación) que a las ontologías dirimentes.

No en vano entonces, ante la subsistencia de viejos problemas y de no menos añejas polémicas, los proyectos de reforma posteriores a 1968 (el de 1987, los dos de 1993 y el de 1998) intentaron su aporte en la materia, aun cuando como es por todos conocido el intrascendente fin de tantos y tan calificados esfuerzos.

c. Escorzo de los proyectos de reforma en la materia

El anteproyecto de reformas al Código Civil de 1987 -el primero que subsiguiera al de Llambías de 1954, ambos gestados en tiempos democráticos a diferencia de lo sucedido con la ley de reformas 17.711 de 1968- es probablemente el que contenía modificaciones estructurales más notorias de todos los habidos hasta el de 1998, y, consecuentemente, el que mayores debates y controversias suscitó en la dogmática nacional. Fue también, cabe recordarlo, el único que llegó a convertirse en ley a fines de 1991, siendo ésta vetada integralmente entonces por el PEN.

La propuesta asumía en la materia un claro perfil aperturista [7] -en orden a incluir en la noción amplia de "persona jurídica" no sólo a los entes a los cuales la ley les asignaba tal rango (asociaciones, sociedades, fundaciones) sino también a otros a los que el juez en cada caso les reconociera ese carácter, dejando de ser la separación patrimonial plena un elemento dirimente para su conceptualización y debiendo ser considerada como "una de las características vinculantes de la personalidad jurídica, la que resultará mensurable en su medida y modalidades en cada especie según lo que resulte en cada caso de la ley"- lo cual, por contrapartida, en la medida en que dejaba abierta una puerta de impredecibles secuelas jurisprudenciales singularmente en materia de contratos asociativos, generó otras opiniones críticas por su eventual afectación de la seguridad jurídica dinámica [8].

Es un dato relevante al respecto que de la lectura de las conclusiones de la Comisión N° 1 de las "XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" llevadas a cabo en Bariloche en 1989 [9], y en la cual básicamente se trabajó sobre el análisis crítico de lo hecho por el anteproyecto de 1987, por entonces en estado parlamentario, se evidencia que más allá de avalar implícitamente de *lege lata* algunas de sus propuestas (como la de que el reconocimiento de la personalidad jurídica es un "recurso técnico" dentro de un sistema normativo, y que "las diferencias de régimen en cuanto a permeabilidad patrimonial, responsabilidad y límites de las obligaciones que pueden atribuírseles, corresponden al tipo y no a la personalidad jurídica"), de *lege ferenda* se dijo que "Resulta conveniente que nuestro sistema jurídico mantenga las normativas que determinen o permitan determinar cuándo nos encontramos frente a un ente con personalidad jurídica", lo cual era una crítica directa a aquellas laxitudes regulatorias.

Otra innovación contenida en el anteproyecto era la perspectiva de constitución de personas jurídicas con un solo miembro "o con ninguno", en correlato con modificaciones que se proyectaban para el régimen de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en la ley 19.550.

Quizás donde más se ponía el acento en esa propuesta libertaria y desreguladora dentro del fenómeno de la personalidad jurídica era en el capítulo destinado a los contratos asociativos, aplicables a todo acuerdo de voluntades formalizado "verbalmente o por escrito" que constituyera un contrato plurilateral, toda comunidad de derechos, toda asociación y toda sociedad, en tanto no colisionaran con las reglas especiales vigentes para alguno de ellos, involucrando en el concepto una pléyade de figuras convencionales multifacéticas entre las cuales se computaban los negocios parciarios, de participación, accidentales, ocasionales, las aparcerías, colonatos, etc..

Se confería a la sociedad -respecto de la cual se suprimía la referencia al ánimo de lucro [10]- el rango de "figura jurídica marco" con contenido residual y general para todo fenómeno societario específico, con claras connotaciones de lo previsto al respecto en el Código italiano de 1942, y se remitía en la regulación de las asociaciones a esas previsiones comunes o genéricas de la sociedad; habiéndosele criticado (quizás no sin razón) la existencia de reiteradas alusiones a la aplicación de las reglas de la representación y del mandato en las relaciones entre

los socios (v.gr., arts. 1656, 1668, 1672, etc.), lo cual podía interpretarse como una suerte de supervivencia virtual de los viejos criterios de la teoría de la ficción [11].

Asimismo se mencionó -en son de crítica- que, por ejemplo, el anteproyecto permitiera que en caso de disolución de la sociedad por liquidación, los socios pudieran disponer el destino de los bienes sociales, lo cual resultaría contrario a la finalidad no lucrativa del ente [12]; la superposición de la forma instrumental pública con la autorización estatal contemplada en el art. 1690 y la falta de una regulación clara de la responsabilidad de los miembros de la sociedad frente a terceros.

Como fuere, con aciertos o errores, es un dato incontrovertible que el anteproyecto evidenció la preocupación por regular la materia, tema que de algún modo es el *leit motiv* de esta modesta labor [13].

El proyecto elaborado por la Comisión designada por la Cámara de Diputados en 1992 (la denominada "Comisión Federal") [14], con menor cuantía de disposiciones normativas y manteniendo básicamente la numeración del articulado del Código, disponía para el caso que las simples asociaciones del art. 46 eran personas jurídicas y tenían por objeto el bien común -aun cuando no requirieran autorización estatal para funcionar-; se eliminaba la figura de la sociedad civil e incorporaba un título vinculado al régimen de los contratos asociativos (que incluía en ellos a los negocios en participación, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas y los contratos asociativos no inscriptos), pero tratando de dejar en claro que tales figuras no constituían (salvo disposición expresa y adecuación a la ley de sociedades comerciales) un sujeto de derecho autónomo. Nada nuevo se decía respecto de las fundaciones. Por su parte, el proyecto de autoría de la Comisión designada por el PEN mediante decr. 468/92 -el cual también fuera presentado en 1993- mantenía, en principio, la vigencia y el texto de los arts. 32 al 50 del C.C. -con las carencias que éstos conllevan en los tiempos que corren-, aunque se incluían dos o tres innovaciones importantes en normas autónomas. Para el caso, se preveía la regulación (en el art. 10) de las personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero; se incorporaba un título que normaba lo atinente a los contratos asociativos, dentro del cual había un capítulo propio para las asociaciones, en el cual la nota distintiva era la libertad contractual tanto de creación como de regulación, pero dejando a salvo el principio de separación de personalidades y de patrimonios y regulando el destino de los bienes en caso de liquidación.

Finalmente, la propuesta elaborada por la Comisión designada por decr. del PEN 685/95 (conocida como "Proyecto del '98", atendiendo al año en el cual fuera presentado el trabajo), la cual se diferenciaba de sus precedentes por proponer un nuevo texto del Código Civil y no reformas al existente, comprendía una Parte General dentro de la cual regulaba entre los arts. 138 a 214 lo inherente al régimen de las personas jurídicas.
En lo mas destacado, proponía una regulación general -independiente de la subsistencia de regímenes específicos para las sociedades comerciales, las mutuales y las cooperativas- dentro de la cual se contemplaba la eventualidad de la conformación con un solo miembro, se preveía el régimen de control, los atributos de la personalidad, los efectos de ella a nivel patrimonial, la manera de modificar los estatutos, el régimen de responsabilidad interna y externa de los socios, los órganos de gobierno y administración y las causas y los efectos de la extinción. Proponía una estructura regulatoria específica para las asociaciones (manteniendo la distinción entre "asociaciones civiles" y "simples asociaciones", elastizaba para las primeras el objeto (ya no de "bien común", sino de "interés general"), proscribiendo el ánimo de lucro, limitando el sistema de concesión estatal sólo para los supuestos en los cuales la propia ley así lo preveía -v.gr., fundaciones-, y unificando en un solo módulo a las simples asociaciones (ya no "regulares" e "irregulares"), aunque manteniendo un régimen de responsabilidad de sus miembros similar al vigente. Como nota singular (no existente en los precedentes ya enunciados) incluía un capítulo integralmente destinado a la regulación de las fundaciones, sustituyendo la actual ley 19.836, en relación al cual quizás el signo diferencial pasaba por un reforzamiento del control estatal sobre ellas -v.gr., se preveía la obligación de presentar planes trienales de actuación-.

De algún modo, y como conclusión nuclear del sucinto repaso intentado sobre las previsiones de los proyectos de reforma, probablemente lo destacado pase por la preocupación

común de introducir reformas al régimen vigente, lo cual es síntoma de la inadecuación de la preceptiva en vigor (o, al menos, de la necesidad de "aggiornarla").

d. Paneo del tema en el derecho privado latinoamericano

Con la lógica limitación que impone la extensión de este trabajo, y a mero título ilustrativo, intentaremos esbozar algunos trazos de los criterios seguidos por algunos códigos civiles de Latinoamérica, los cuales pueden ser de utilidad como pauta de comparación. Tomamos para su enunciación -que desde ya es meramente episódica y no taxativa- pautas de antigüedad histórica de cada uno de los precedentes enunciados, y por lógicas razones circunscribimos el muestreo a lo que concierne al tema objeto de análisis, vale decir, la regulación legal de las personas jurídicas.

El Código Civil para el Distrito Federal de México (1932) dentro del Título Segundo del Libro Primero trata de las personas morales, diferenciándolas en públicas y privadas, y dentro de éstas en sociedades civiles y mercantiles, sindicatos y asociaciones profesionales, sociedades cooperativas y mutualistas, asociaciones con fines políticos, científicos y artísticos, de recreación o lícitos en general, y personas morales extranjeras. Adopta expresamente la teoría organicista (art. 27). A su vez, en el título decimoprimero de la segunda parte del Libro Cuarto, dentro de la regulación de los contratos, diferencia las asociaciones, las sociedades y las personas morales extranjeras de carácter privado. Caracteriza a la asociación con un fin (que no tenga preponderantemente carácter económico((art. 2670), exigiendo para su constitución la forma escrita, e imponiendo que los estatutos, para ser oponibles a terceros, deben inscribirse en el Registro Público. Consagra el carácter intransferible del carácter de asociado, y reglamenta los derechos y deberes de los asociados y del ente. Determina que las asociaciones de beneficencia se regirán por las leyes especiales correspondientes, y en relación con el destino de los bienes en caso de liquidación ofrece una solución singular: permite a la asamblea disponer que se pueda atribuir a los asociados (la parte del activo social que equivalga a sus aportaciones), siendo lo demás aplicado a (otras asociaciones o fundaciones de objeto similar a la extinguida). Caracteriza a la sociedad por su fin (preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial); impone la constitución por escrito y aneja al incumplimiento de esta formalidad el hecho de que cualquier socio pueda pedir la liquidación de la sociedad, no siendo oponible a terceros esa falta de forma. Declara que las sociedades civiles que tomen la forma de las sociedades mercantiles quedarán sujetas al Código de Comercio, y excluye de la regulación general a las cooperativas y las mutualistas, con estatutos legales propios. Prevé los derechos y deberes de los socios, el régimen de administración y las causales y efectos de la disolución. Finalmente, en el art. 3071 y ss. regula el registro de inscripción de las personas morales.

El Código venezolano (1982), de singular brevedad en articulado, dedica solamente cinco artículos al tema, dentro del Libro I, de los cuales cuatro están dirigidos a regular las fundaciones. Respecto de las asociaciones privadas (las sociedades están regidas por leyes especiales) se admite su existencia si tienen un fin lícito y protocolizan el acta constitutiva en un registro oficial, haciendo constar sus estatutos, órganos, domicilio, nombre, objeto y modo de actuación. No se clasifica a las personas jurídicas ni se legisla sobre su capacidad, lo cual tiene sus inconvenientes que deberán ser suplidos por la labor doctrinaria y jurisprudencial. Se muestra así como singularmente liberal, debido a la ausencia directa de control estatal, salvo en materia de fundaciones. En tal sentido, v.g., nada se dice sobre el régimen patrimonial, la responsabilidad frente a terceros, la observancia del principio de especialidad y las normas sobre la disolución del ente. El Código del Perú (1984), con una regulación más integral y sistemática (que abarca 62 artículos), diferencia dentro de las personas jurídicas privadas aquellas inscriptas de las no inscriptas, siendo característico de estas últimas el reforzamiento de la responsabilidad de sus miembros frente a terceros. Las inscriptas son asociaciones, fundaciones y comités (destinados a recaudar públicamente fondos para una finalidad altruista, similares a los comités de bien público del art. 42 del Código italiano), al igual que las no

inscriptas. Independientemente se legislan las comunidades campesinas y nativas, que necesitan reconocimiento estatal y tienen un régimen similar al de nuestro bien de familia. Las sociedades están reguladas en leyes especiales.

El Código del Paraguay (1987) se ocupa del tema en los arts. 91 a 131. En forma similar al Código peruano, clasifica a las personas jurídicas privadas en asociaciones y fundaciones, manteniendo un régimen especial para las sociedades (civiles y comerciales) que son legisladas en su singularidad dentro del mismo Código, pero con la característica de que, siguiendo los lineamientos de la ley francesa de asociaciones de julio de 1901, subdivide a éstas en tres categorías: las asociaciones reconocidas de utilidad pública (que tienen objeto de bien común, sin propósito de lucro, requieren autorizacion del Estado para funcionar y poseen amplia capacidad jurídica), las asociaciones inscriptas de capacidad restringida (sin fin de lucro pero sin propósito directo de bien común, que poseen (una pequeña personalidad) al tipo de sus similares del derecho francés, dado que básicamente, y entre otras limitaciones, se les impide recibir donaciones y legados) y, por último, las asociaciones no inscriptas, sin personalidad jurídica ni capacidad propia. Reconoce como fuentes directas -transvasado mediante la incidencia que en él tuviera el anteproyecto del profesor De Gásperi- al Código alemán de 1900 y al Código italiano de 1942, además de la ya citada ley francesa de asociaciones de 1901.

Finalmente, el Código del Brasil (t.o. según ley 10.406 del 2002) dentro de su Parte General, en el Libro I, aborda en su Título II, el tratamiento de las personas jurídicas, contando al respecto con tres capítulos: (Disposiciones generales); (De las asociaciones) y (De las fundaciones). Se distingue entre personas jurídicas de derecho público y privado, y entre estas últimas se enumera a las asociaciones, a las sociedades, a las fundaciones, a las organizaciones religiosas y a los partidos políticos. A su vez, las disposiciones de las asociaciones se aplican subsidiariamente a la sociedad civil, regulada en el Libro II de la parte especial del Código. Para su constitución se requiere inscripción registral, y autorización estatal en los casos específicamente previstos. Tal inscripción comprende la denominación, el fin de la entidad, la sede, el tiempo de duración, sus órganos constitutivos, el modo en que se llevará a cabo la administración, la eventual responsabilidad subsidiaria de los miembros por las deudas comunes y las condiciones de extinción. Se prevé expresamente el efecto del abuso de la personalidad jurídica con el consiguiente compromiso patrimonial de los miembros, y se consagra que, en lo pertinente, las personas jurídicas son titulares de los derechos de la personalidad. En el régimen de las asociaciones, se las caracteriza como agrupaciones de personas que se organizan para el logro de un fin no económico, estableciéndose condiciones necesarias en los estatutos, dentro de las cuales figuran la denominación, los requisitos para la admisión o exclusión de asociados, los derechos y deberes de los socios, las fuentes de recursos, el modo de constitución y funcionamiento de los órganos del ente, y las pautas para las modificaciones estatutarias. Se consagra la intransmisibilidad del carácter de socio, y se dispone que en caso de disolución, los bienes remanentes serán asignados a entidades de finalidades análogas. Respecto de las fundaciones, se prevé que pueden tener finalidad religiosa, moral, cultural o de asistencia, pudiendo ser constituidas por acto entre vivos o por disposición de última voluntad. Se consagra el contralor estatal a través del Ministerio Público, aludiéndose a que para existir necesitan autorización expresa. En el régimen legal de sociedades por acciones brasileño se contemplan sociedades abiertas, cerradas, vinculadas, controlantes y controladas, grupos de sociedades y consorcios; y los criterios de vinculación o control se aplican solamente a los casos de participación. El grupo, por su parte, se define como el medio para combinar recursos y/o actividades entre distintas sociedades, sea con la finalidad de realizar sus respectivos objetos o para participar en empresas comunes; y el consorcio -que supone una relación jerárquica de subordinación de las sociedades afiliadas respecto de la cabeza del grupo- necesita la forma escrita para su constitución, pero no posee personalidad jurídica y se presume la responsabilidad solidaria de sus integrantes.

e. Los problemas actuales en el derecho comparado y nacional

Quizás uno de los debates subyacentes en la temática del sistema de regulación de la personalidad jurídica, y no resuelto, tenga que ver con lo que fue la primera diferenciación histórica dentro de la doctrina romanista: el contraste de las nociones de *universitas bonorum* (patrimonio) y *universitas personarum* (persona jurídica, entendida como tipo de asociación) [15], asumiendo que las segundas son fruto del ejercicio de la autonomía privada de la voluntad que las genera a partir de un contrato de organización y no de intercambio, y limitando -originariamente- su existencia a aquellas que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público [16].

La "personalización" de masas patrimoniales con fines específicos, o la dilución del requisito de la pluralidad de voluntad genéticamente integrativas del ente, son datos evidenciadores de la subsistencia de aquellas controversias. No en vano en Italia sólo se reconoce personalidad a las sociedades de capital y a las fundaciones, pero no a las de personas. La aceptación de la existencia y el régimen propia de la sociedad anónima [17] (como paradigma de una tipología de separación patrimonial absoluta mediando ánimo de lucro), justificada en la clara percepción de la necesidad de alentar inversiones de riesgo que no comprometieran la integralidad del patrimonio de los accionistas (que incluso no siempre tenían control sobre la gestión de los administradores del ente colectivo que generaban obligaciones comunes), fue originariamente vista como una herejía respecto de la extensión de la responsabilidad del mandante por los actos del mandatario que no excedieran el objeto social a la luz de las pautas comunes del derecho civil, justificada sólo en un "odioso privilegio de los comerciantes". Incluso, alguno de los impulsores de las teorías de la realidad en relación con la naturaleza jurídica de los entes ideales, como Gierke, llegaron a sostener que las sociedades anónimas no eran propiamente personas jurídicas, sino apenas una comunidad de bienes en mano común, potenciada por la limitación de responsabilidad sólo a lo aportado.

Quizás y de alguna manera, entonces, más que buscar justificaciones ontológicas que tanto debate han generado para el derecho con proyecciones hacia la sociología y la economía, se pueda admitir en términos muy laxos que la personalidad jurídica como tal pasa a ser un concepto más "formal" que "real" (Bekker), o *"un recurso técnico equivalente a un signo algebraico"* (en palabras de Efraín H. Richard y en el espíritu del anteproyecto de unificación legislativa civil y comercial de 1987), que genera un centro de imputación diferenciado de derechos y deberes (conforme lo predicado por la Comisión N° 1 de las "XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de 1989), y que en la opinión de Juan Carlos Palmero se complementa en sus perfiles por un propósito o finalidad común, la subordinación de elementos materiales a su cumplimiento, algún grado de actividad o proyección dinámica y cierta referencia normativa que la convalide. Coincidimos con ello.

Prueba de lo expuesto, como lo resalta Solá Cañizares, es la existencia en derecho comparado -y en varios de los proyectos de modificación del Código Civil argentino- de la sociedad de un solo socio y de la empresa individual de responsabilidad limitada. Así, entonces, y siendo casi irreverentes en el acotamiento de los postulados, podríamos marcar como datos que la realidad evidencia -a nivel comparatista- los siguientes:

- La existencia a nivel de personalidad jurídica de estructuras de conformación asociativa, societaria y fundacional.

- Los sistemas de constitución consistentes en un "degradé" de control estatal hacia un sistema libertario, entre los cuales sustancialmente se computan el de la concesión estatal de la personería jurídica, el de la registración (obligatoria o voluntaria), y el de la autogestación. Dentro de ellos, pareciera ser una constante la declinación de los viejos criterios de concesión y un claro avance hacia los de registración y autogestación, salvo para determinado tipo de entes ideales, como las fundaciones.

- La regla de la separación patrimonial de ser un principio inmutable pasa a ser un tema susceptible de graduaciones, que funciona como una verdadera "válvula regulatoria" de la tipología colectiva (tal como lo evidencian, por ejemplo, las personas jurídicas "perfectas" e "imperfectas" en el derecho español y francés, criterio de alguna manera seguido entre nosotros

por el anteproyecto de 1987 y palpable en la regulación del régimen de las simples asociaciones).

- El ocaso de la vigencia y operatividad de la sociedad civil como contrato multilateral.

- La tendencia a la regulación de un régimen "básico" o general de la sociedad o de la asociación, normado independientemente, y predicable para todo tipo de manifestaciones de cada una de ellas en la medida en que no sea modificado por alguna disposición específica.

- La aparición de figuras corporativas nuevas, que atienden a realidades puntuales, como las sociedades profesionales del derecho español [18].

- La operatividad creciente de la teoría del *disregard of legal emptity* en las sociedades de capital, nacida a partir de la noción de "socios controlantes enemigos" luego de la gran guerra mundial de 1914 (De Castro, Dobson, Guillermo Borda (h)).

Por su parte, y dentro del panorama de situación en el derecho nacional, nos parece que algunos de los perfiles notorios de los temas más controvertidos pasan por lo siguiente:

- La expansión del criterio del "bien común" como pauta determinante del objeto de las asociaciones que requieren personería jurídica a otorgar por el Estado en los términos del art. 33 del C.C. [19].

- Los problemas de responsabilidad por infracapitalización de sociedades comerciales [20].

- La problemática de las asociaciones constituidas como sociedades comerciales (art. 3° de la ley 19.550), y la admisión de que estatutariamente se autorice la ausencia de ánimo de lucro [21].

- La participación de asociaciones y fundaciones en sociedades comerciales [22].

- La registración voluntaria de las simples asociaciones del art. 46 del C.C. [23].

- La creciente necesidad de prever una regulación normativa singular para las asociaciones deportivas [24].

f. Conclusiones

Resulta harto dificultoso tratar de bosquejar con mínima sistemática toda la pléyade de principios, propuestas y regulaciones que desearíamos estuvieran contenidas en nuestro sistema normativo vigente sobre la materia tratada. Intentaremos simplemente enunciar algunos de ellos, según nuestro modesto parecer:

1) Debería prescindirse del tratamiento en la legislación civil y comercial de la regulación o enunciación de las personas de derecho público (conf. arts. 76 y 77 del C.C. peruano), la que es propia del derecho constitucional y administrativo.

2) Debería suprimirse en el texto legal toda referencia que aliente improcedentes diferenciaciones ontológicas entre personas de existencia ideal y personas jurídicas.

3) Se debería diferenciar claramente a las personas jurídicas colectivas (asociaciones y sociedades) de las patrimoniales (fundaciones, y eventualmente sociedades comerciales unimembres), y no en base a su forma de constitución sino por su estructura, capacidad y responsabilidad.

4) Debieran formularse normas generales aplicables a las personas jurídicas de tipo corporativo -sin perjuicio de regulaciones singulares tipológicas en materia asociativa o societaria- que incluyan aspectos tales como sus atributos, sus órganos constitutivos, la ley aplicable, su responsabilidad interna y externa, publicidad, el régimen de extinción, etc. (conf. códigos italiano, paraguayo o el del proyecto del '98).

5) Sería necesario también prever un estatuto legal específico -como el vigente en materia de fundaciones- para las asociaciones civiles en sus diferentes conformaciones (de bien común, simples asociaciones regularmente conformadas o no, o las constituidas como sociedades comerciales), variando los matices de separación patrimonial pero dejando a salvo su reconocimiento como personas jurídicas autónomas.

6) Debería elevarse al rango de ley el sistema de inscripción voluntaria de las simples asociaciones, lo cual alienta los debidos resguardos de publicidad, seguridad jurídica y responsabilidad.

7) Sería conveniente suprimir la regulación de la sociedad civil como contrato y dejar la temática bajo la estructura tipológica de una ley especial (de sociedades, no sólo comerciales), según lo propiciado por el proyecto del '87 y el despacho mayoritario de la Comisión N° 3 de las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de Mar del Plata del 1983.

8) Resultaría necesario contemplar la previsión legal de las sociedades profesionales (como lo hace la ley española de 2007) y de las sociedades deportivas.

9) Se debería prever una regulación singular de los contratos asociativos (integrando en ellos, los negocios en participación, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas y los contratos asociativos no inscriptos), como lo hacía el proyecto de la Comisión Federal del '92.

10) Habría que regular el régimen de las personas jurídicas extranjeras privadas, a la luz de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del actual art. 34 del C.C..

NOTAS:

[1] Para su consulta textual nos remitimos a la publicación titulada "Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 10.

[2] Casi ocioso, por sabido, resulta recordar que esa Comisión designada en 1926 mediante decreto del PEN 12.542 luego ampliado por decr. 13.156 del mismo año, encomendó al Dr. Juan A. Bibiloni la redacción de un anteproyecto, en el cual, el distinguido jurista trabajó durante seis años, labor que sirvió luego de base para el Proyecto que la Comisión (con lógicas modificaciones en su composición originaria) presentara en 1936, suscripto por los Dres. Repetto, Laffaille, Tobal, Rivarola y Martínez Paz.

[3] Me refiero puntualmente al cambio de criterio operado en la doctrina judicial de la C.S.J.N., a partir del caso "ALITT c/ Inspección General de Personas Jurídicas", del 21/11/06, a partir del cual, modificando las pautas que el mismo alto tribunal de la Nación sentara en el precedente "CHA c/ Resolución IGPJ" del 22/11/91 -en el cual se denegara el rango de asociación de bien común requerido por la "Comunidad Homosexual Argentina", argumentando que nada impedía que la entidad existiera como simple asociación constituida regularmente en los términos del art. 46 C.C.-, se hizo lugar a similar pretensión de la "Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual", entendiendo que aquel standard legal de "bien común" no debía ser identificado con un concepto abstracto sobre lo que la mayoría considere como conveniente o "común", excluyendo a las minorías, sino partiendo de la premisa de la composición plural de la sociedad y de sus diferentes intereses, preferencias, visiones del mundo, proyectos o ideas, con lo cual el límite a aquel módulo de apreciación estaría dado sólo en la ilicitud, debiendo resguardarse el principio de reserva que dimana del espíritu del art. 19 de la C.N. Para mayor abundamiento en el tema, y sin perjuicio de alguna referencia que haremos a él *infra*, ver, entre otros, Luis D. Crovi, *Régimen legal de las asociaciones civiles*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 51 y ss; Néstor Sagüés, "Derecho de asociarse, los fines útiles, la moral pública y el bien común", L.L., entrega del 3/10/07; Marcelo Ferreira, "Sobre la asociación de travestis-transexuales y las condiciones ideológicas ocultas (y oscuras) del bien común", J.A. 2007-II, semanario del 27/6/07, pág. 60, y José María Cura, "El bien común, asociarse con fines útiles y la existencia de las asociaciones civiles", L.L., entrega del 9/2/07, pág. 1.

[4] En alguna publicación de nuestra autoría hemos hecho alusión a ello. Ver para el caso Edgardo Ignacio Saux, "Asociaciones y fundaciones en los proyectos de reforma del Código Civil", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004-3, pág. 143 y ss.; así como "La persona jurídica en su problemática actual" (sobre la base de la ponencia llevada a las "XII Jornadas de Derecho Civil" realizadas en San Carlos de Bariloche en 1989", publicado en Zeus 50-D-61; o la obra *Estudios de derecho civil en su Parte General*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2002, pág. 85 y ss..

[5] Así lo hemos sostenido oportunamente, dando razones de ello, en nuestro trabajo *Estudios de derecho....* cit., pág. 89. La doctrina nacional nucleada en las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil", llevadas a cabo en la ciudad de Mar del Plata en 1983, ya lo había señalado también a través de los despachos expedidos por su Comisión N° 3.

[6] La doctrina judicial de la C.S.J.N., ha dejado debidamente en claro que las personas jurídicas privadas, necesiten o no autorización del Estado para funcionar, son personas jurídicas ya que su existencia como tales no deriva de ese recaudo formal de constitución, sino de su mera adecuación a alguna de las tipologías legales previstas y de "la voluntad de las personas físicas creadoras de la asociación, en el sentido amplio de esa expresión" ("Comunidad Homosexual Argentina", 22/11/91, Fallos 314:1561; así como la Resolución N° 4/2008 de la IGJ por la cual se crea el Registro Voluntario de Simples Asociaciones).

[7] Elogiada por calificada doctrina, entre cuyas voces pueden citarse las de: Efraín H. RICHARD, *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, 1987, pág. 84; Juan Carlos PALMERO, "La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 20, N^{ros} 19/20, diciembre de 1987, pág. 864; Sergio LE PERA, "Estatuto del comerciante, persona jurídica y sociedad en la ley de unificación", en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 20, N^{ros} 19/20, diciembre de 1987, pág. 805; Horacio FARGOSI, "Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica", L.L. del 18/10/88, pág. 3; y NISSEN Y VÍTTOLO, "El contrato de sociedad en el Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", L.L., entrega del 14/9/88.

[8] Ver, entre otros, María KABAS DE MARTORELL y Ernesto MARTORELL, "La sociedad civil en el proyecto de unificación legislativa", L.L. del 12/8/88, pág. 2; E. RADRESA, "La persona jurídica en el Código Civil y en el proyecto de unificación", L.L. 1988-D-687; y Carlos SUÁREZ ANZORENA y Juan Carlos VEIGA, "El proyecto de unificación y el universo societario", L.L. 1987-E-Sec. Doctrina, pág. 1.000.

[9] Calificado evento en el cual el autor de esta labor tuvo la distinción de ser designado miembro informante ante el plenario por dicha Comisión.

[10] Cuestión severamente criticada por Juan M. FARINA, ver: "Las asociaciones en el proyecto de unificación del derecho civil y comercial", L.L. 1988-D-Sec. Doctrina, pág. 922.

[11] Así lo apuntaron, entre otros, Martorell, Farina y Palmero.

[12] PALMERO, op. cit., pág. 857 y FARINA, op. cit., pág. 2.

[13] Para un análisis algo más detallado de los pormenores de las propuestas regulatorias contenidas en los proyectos de reformas del Código (por vía de la unificación legislativa de las obligaciones civiles y comerciales), me remito al trabajo de mi autoría citado *supra* (E.I. SAUX, "Asociaciones y fundaciones en..." cit., pág. 143 y ss.).

[14] En realidad se lo menciona como "Proyecto del '93", ya que ese fue el año en el cual la Comisión hizo entrega a la Cámara el fruto de su labor, llevada a cabo con destacable celeridad y sin mengua de calidad.

[15] Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991, pág. 22.

[16] COKE y KID, citados por Nekam, *The personality conception of the legal entity*, 1938, obra mencionada por De Castro y Bravo en cita precedente, pág. 23, referencia N° 6. Entre nosotros, de alguna manera, tales pautas fueron sustentadas por J.J. Llambías, para quien las personas jurídicas (una categoría singular dentro del género de las personas de existencia ideal) se caracterizaban por su vinculación estatal y por la exigencia de su creación a través del sistema de concesión (*Tratado de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Perrot, 1975, t. II, pág. 33).

[17] Normativamente contemplada por primera vez en el Código de Comercio francés de 1807.

[18] Por ley 2/2007, el gobierno español creó el régimen normativo de las sociedades profesionales, respondiendo a una clara necesidad de ese ámbito de la actividad social que aparecía "emparchado" mediante el uso de otras figuras jurídicas no del todo aptas para responder a los fines de tal puntual quehacer. No es éste el lugar ni el momento para explayarnos sobre los perfiles de la interesante regulación que se hace de tal singular tipo societario (que en realidad queda abierto para ser conformado bajo la tipología que se desee, pero manteniendo los resguardos de registración y responsabilidad civil interna y externa que la ley nueva contempla), estando enunciados entre sus objetivos sustanciales el lograr un doble régimen de garantías: una para las propias sociedades en cuanto perfila y determina sus contornos, y otro para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados en forma colectiva en tanto les delimita quién o quiénes serán eventualmente responsables de una mala praxis. La dogmática española ha prestado singular atención al tema, existiendo ya numerosas e interesantes publicaciones vinculadas a la cuestión (Ver, entre otras, Rosa María GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, Bosch, 1997; de igual autora: *La sociedad profesional de abogados*, Pamplona, Thompson-Aranzadi, 2005; así como bajo la dirección de la precitada jurista granadina y de Klaus Jochen Albiez DORMAN, *Comentarios a la ley de sociedades profesionales. Régimen fiscal y corporativo*, Pamplona, Thompson-Aranzadi, 2007).

[19] Ya hemos aludido *supra* a la sustancial variación que en tal sentido dimana del criterio de la C.S.J.N., la cual, a partir de lo resuelto en la causa "Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual c/ Inspección de Personas Jurídicas" del 21/11/06, lleva tal pauta hasta las fronteras sólo de la ilicitud civil, entendiendo que aquella noción de bien común no implica una apreciación "cuantitativa" (o de mayorías), sino que compromete el necesario pluralismo de criterios, ideas y creencias que conforman la sociedad, el cual debe ser preservado. Desde ya que tales pautas han generado adhesiones y críticas.

[20] V. Rolf SERICK, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, Barcelona, Ariel, 1958.

[21] La doctrina ha caracterizado a ese art. 3° de la ley de sociedades comerciales (que permite a las asociaciones constituirse como tales) como "asistémica" (Facundo A. BIAGOSCH, *Asociaciones civiles*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 211 y ss., al igual que C.N.Com., Sala B, 4/5/95, "Arce, Hugo c/ Los Lagartos Country Club s/ nulidad de asamblea"). No obstante ello, la propia IGJ ha admitido la inscripción de una asociación constituida bajo forma de sociedad anónima pese a que estatutariamente se prevé que no se distribuirán dividendos entre los socios por carecer la misma de ánimo de lucro (Resolución 1093/00 en el expte. "San Isidro Golf Club S.A.", comentada favorablemente por Eugenio GRIFFI, "Revocación de una resolución por vía del recurso administrativo de reconsideración. El art. 3º de la ley 19.550", en L.L., suplemento de la Inspección General de Justicia del 20/3/01, pág. 3). Es conocido el precedente de la Sala D de la CNCom., en la causa: "Castro c/ Altos de los Polvorines", con primer voto del Dr. Edgardo Alberti (fallo del 30/6/99), que fue quizás el primero que abordó el tema, en orden al cual, tal como lo consensuara la mayoría de la Comisión N° 1 de las "XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil"

llevadas a cabo en la Universidad de Lomas de Zamora en el 2007, nos hallamos ante la figura de un negocio jurídico indirecto pero lícito.

[22] Según doctrina de la IGJ, para que ello suceda se requiere la conformación de determinados requisitos: a) Que no sea como controlantes -art. 33 inc. 1 L.S.C.-; b) Que se admite en sociedades anónimas pero no en sociedades de responsabilidad limitada; c) Que las acciones adquiridas a título gratuito se deben reinvertir y no distribuir; mientras que las adquiridas a título oneroso se deben invertir en sobrantes financieros circunstanciales y en sociedades ya existentes.

[23] La Inspección General de Justicia, mediante resolución general 4/2008, dispuso crear el RVSA ("Registro voluntario de simples asociaciones") argumentando, entre los fundamentos de la disposición, la relevancia que socialmente adquieren las llamadas "entidades del tercer sector" u "organizaciones no gubernamentales" (ONG), y la necesidad de propender a que sin afectación de su sistema legal de autocreación, pueda llevarse un control de su existencia y objeto que permita reforzar la seguridad jurídica de sus miembros y de terceros.

[24] El volumen de manejo económico, la trascendencia social y los conflictos concursales que singularizan la realidad de muchas de ellas (como los clubes de fútbol, paradigmáticamente) han generado la inquietud de la doctrina en pos de encontrar figuras que permitan adecuarse más cabalmente al funcionamiento de tales entidades, las cuales, mayoritariamente en nuestro país, están conformadas como asociaciones de bien común. En tal sentido es pública y notoria la existencia de proyectos de ley propiciando la creación de "sociedades anónimas deportivas", así como la sanción de leyes destinadas a regular la situación de las asociaciones deportivas en dificultades financieras (v. ley nacional 25.284 del 2000). Para mayor ilustración, consultar entre otras las obras de Biagosch, op. cit., pág. 317 y ss.; Luis Daniel Crovi, op. cit., pág. 137 y ss.; así como los trabajos entre otros de Luis Porcelli, "Núcleo deportivo o institucional y la crisis de los clubes", L.L. 2001-C-1323; Ernesto Martorell y Ricardo Nissen, "Principios orientadores del anteproyecto de ley de sociedades anónimas deportivas del Ministerio de Justicia de la Nación", L.L. 1999-D-1042; Agricol de Bianchetti, "La asociación civil deportiva. Necesidad de una legislación especial", L.L. 2002-F-1205), etc..

RÉGIMEN LEGAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

por Luis Niel Puig

SUMARIO: I. Introducción. II. Los ejes fundamentales de la discusión en comisión. III. La evolución de la naturaleza jurídica de las personas jurídicas. IV. Vélez Sársfield y el Código Civil. V. El Congreso de Derecho Civil de 1937 y el rechazo a la teoría de la ficción. VI. El acto de autorización del Estado. a. ¿Siguió Vélez Sársfield al pie de la letra a Savigny? b. Discusión en el seno de la Comisión. VII. Otros temas de debate. a. La categoría intermedia de asociaciones. b. La sustitución del requisito de bien común. c. La modificación de la capacidad de derecho. VIII. La reforma del Código Civil de 1968 y leyes posteriores. IX. La persona jurídica en el momento actual. X. Otros temas del Congreso de 1937 que apuntan al futuro. XI. Conclusión.

Constituye para mí un inmenso halago en participar en el libro que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba realiza en homenaje a los Cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en dicha ciudad, en 1927, 1937, 1961 y 1969, homenaje que se extiende a sus presidentes, los prestigiosos juristas Dres. Enrique Martínez Paz, Henoch D. Aguiar, Pedro León y José A. Buteler Cáceres.

Cabe reconocer mi sorpresa por el valioso material jurídico contenido en la Biblioteca Virtual de la Academia, al alcance de todos, un aporte trascendente a la comunidad jurídica sin lugar a dudas, obra meritoria de quienes conducen la Academia cordobesa.

Al analizar las actas correspondientes al Segundo de los Congresos de 1937 relacionadas a los discursos de inauguración y de clausura, las discusiones y conclusiones de las distintas comisiones, con satisfacción pude ver la solidez jurídica, la defensa con la mente y corazón de las ideas, el elevado nivel de las polémicas y, sobre todo, el respeto mutuo existente entre los participantes [1].

I. Introducción

Uno de los temas trascendentes del citado Segundo Congreso lo constituyó el Régimen legal de las personas jurídicas, por entender los juristas nacionales que se hacían necesarios cambios respecto a la concepción del siglo XIX sobre personas jurídicas, avalados por nuevas ideas en tal sentido.

Pero la discusión sobre las personas jurídicas cobró trascendencia a la luz del proyecto de reforma del Código Civil, conocido como el de 1936. Cabe recordar que por decreto del 2 de julio de 1926 se resolvió la reforma del Código Civil y su coordinación con otras leyes. La Comisión que elaboró el proyecto de Código Civil, uno de cuyos artífices fue el Dr. Héctor Lafaille, lo elevó al Poder Ejecutivo de la Nación en 1936.

El Congreso de 1937 posibilitó que se reunieran en su seno, tanto los miembros que elaboraron el proyecto como los más prestigiosos juristas nacionales, quienes discutieron arduamente las bondades y críticas de dicho proyecto.

Precisamente, la Comisión que trató el Régimen legal de las personas jurídicas fue una de las más trascendentes por la capacidad jurídica de quienes participaron y el elevado nivel de las discusiones.

Dos juristas destacados discutieron sus distintos puntos de vista, conocedores ambos del tema, los profesores Pedro León y Arturo Barcia López, con el aporte valioso de las opiniones de Orgaz, Rivarola, entre otros, que invitan a leer la página virtual comentada.

II. Los ejes fundamentales de la discusión en comisión

Tres fueron los ejes fundamentales sobre los que giró el debate y la polémica en el seno de la Comisión, todos vinculados al proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil:

a) Eliminar del Código toda norma o sustento relacionado al sistema de la ficción legal.

b) Suprimir del proyecto la injerencia indebida y peligrosa del Poder Ejecutivo, respecto de la creación de las personas jurídicas, su subsistencia y disolución.

c) Cuestionar la adopción, por parte del proyecto, de un tercer tipo de asociaciones: la asociación registrada o inscripta sin personería jurídica, la que se agregaba a las corporaciones con personería jurídica y a la simple asociación.

En ellos se centró la controversia, en especial, la polémica en que participaron los Dres. León, Barcia López y Orgaz.

La Comisión también trató otros puntos no menos relevantes como ser: la sustitución del requisito de utilidad pública o bien común y la ampliación de la capacidad de derecho, incluyendo aquellos derechos que no supongan la condición física.

En base a ello, el temario de la Comisión perseguía la revisión del título respectivo del proyecto de reformas de 1936, proponiendo:

1) Sustituir la intervención del gobierno por la de los jueces ordinarios del asiento de la persona jurídica, con audiencia del Ministerio Fiscal en los casos de los arts. 76 y 93 para autorizar su inscripción en el Registro, a los efectos del comienzo de su existencia; del art. 87 inc. 2 para aprobar el cambio de objeto; de los arts. 94 y 95 para entender en la revocación y aprobación de las Fundaciones; de los arts. 90 incs. 1 y 3, y 99 para la disolución de las corporaciones.

2) Suprimir toda injerencia del gobierno en el caso del art. 91, quedando disuelta la persona jurídica de pleno derecho por desaparición de su *sustratum,* o a lo sumo reemplazar dicha intervención por la judicial como en los casos precedentes.

3) Supresión del Capítulo IV "De las Asociaciones", por quedar involucradas en las "Corporaciones", con excepción del art. 101 para regir aquellas que no habiendo registrado sus Estatutos, carecen de personalidad jurídica, agregándole el último apartado del art. 102.

4) Sustituir el requisito de utilidad pública o bien común del art. 74 incs. 5 y 6, por el de fin u objeto lícito, no lucrativo, ni contrario al orden público o a las buenas costumbres.

5) Modificar la fórmula de la capacidad de derecho del art. 79 por otra más amplia como la del Código suizo relativa a todos los derechos que no supongan la condición física.

III. La evolución de la naturaleza jurídica de las personas jurídicas

El antecedente de la persona jurídica actual se remonta al siglo XIII a través de la figura de Sinibaldo Fieschi, quien la denominó persona ficta, dado que mediante un proceso intelectual y en base a una ficción se consideraba a las corporaciones como si fueran personas, con identidad y patrimonio propio. Pero el mismo resultaba un fundamento político, para sancionar a ciudades y pueblos desleales al Imperio o Papado.

En la evolución del concepto aparece el término persona moral, recepcionando la ideología iusnaturalista, a través de Grocio y Puffendorf. Este último distinguía las personas simples, físicas, el hombre en particular, de las compuestas o morales: varios hombres reunidos por un vínculo moral por una misma idea. No constituía una ficción ni abstracción por ser una realidad, y como el hombre es también sustancia en cuanto ente moral son reconocidas por el derecho natural y de gentes.

La Ilustración la acepta pero la armoniza con las facultades de inspección del Estado. También la acepta el despotismo ilustrado y es incorporada por el movimiento codificador en los códigos de Prusia y Austria. Es importante tener en cuenta su aparición, en el momento que "se impone la figura del Estado moderno, exclusivista y absorbente".

Pero en la Revolución Francesa, tanto el absolutismo monárquico como el jacobinismo democrático desconfiaron de la doctrina que defendía la existencia de los entes morales intermedios entre el Estado y el individuo, nacidos fuera del poder de aquel, lo que se refleja en el Código Civil francés de 1804.

Pero el concepto moderno de persona jurídica arranca con el movimiento sistematizador del pandectismo alemán, al clasificar a todos los sujetos de derecho, llamando persona natural al hombre y persona jurídica a cualquier sujeto de derecho distinto de aquel.

Fue Savigny quien modeló el concepto, al aceptar el término de persona jurídica, por entender que éste no existe sino para fines jurídicos, al lado del hombre como sujeto de relaciones jurídicas. Distingue dos clases: una, con existencia natural o necesaria (verbigracia, ciudades anteriores al Estado) y otras, de condición artificial o contingente, creadas por voluntad de uno o varios individuos, y necesitan autorización del Estado, reduciéndolas a las corporaciones y fundaciones. Su subsistencia no depende de la voluntad de quienes la componen, pues se fundamentan en un interés público y permanente. La opinión de Savigny tiene un fundamento evidentemente político y en pleno auge del poder del Estado.

Pero, contra la ideología de la época, aparece la tesis de otro brillante jurista alemán von Gierke y la teoría organicista, reconociendo a los individuos y los grupos de éstos, que resultan de la sociabilidad del hombre, y que tienen intereses autónomos, voluntad propia y distinta de los individuos, expresada a través de sus órganos. El Estado les reconoce su condición de persona, pero por un acto declarativo y no constitutivo.

Pero Gierke advierte algo importante, que hay sujetos que no necesitan incorporación, concesión ni acto externo para existir, prescindiendo de la intervención estatal, al reconocer la posibilidad de que por el acuerdo de voluntades, por el contrato, surjan personas jurídicas [2].

IV. Vélez Sársfield y el Código Civil

Entiendo que el desarrollo del Título "De las personas jurídicas" dado por Vélez fue relevante y de suma importancia.

Para interpretar ello, es conveniente situarse en la época de su redacción. El siglo XIX está marcado por la teoría de la ficción y la influencia de Savigny, recordando que el Código Civil francés de 1804 fue reacio a las entidades intermedias entre el Estado y el individuo. Ello se proyectó en la mayoría de los códigos que siguieron al francés.

Precisamente, Vélez en su nota al Título I se refería a que la expresión persona jurídica se usa como opuesta a la persona natural, pero otras veces se empleaba impropiamente la expresión personas morales, advirtiendo que en todos los códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama personas morales, a pesar que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos, etc. Cita el Código de Chile, que contiene un título "De las personas jurídicas", pero le formula la crítica, que expresa en la mencionada nota, a la que me remito. Agregó que los jurisconsultos franceses y españoles no se ocupan de tales personas, pero sí lo trata Savigny. "De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos a la letra".

La ausencia o el tratamiento incompleto en los códigos europeos del siglo XIX sobre persona jurídica, indudablemente obedecía a razones políticas y económicas.

Los nuevos aires y el cambio fundamental sobre personas jurídicas se produce con el Código argentino ya en vigencia. A finales del siglo XIX con la teoría organicista, el dictado del Código Civil alemán en 1900 y los nuevos criterios de los civilistas y comercialistas, nacionales y extranjeros, introducen una nueva visión en la materia.

Al tiempo de la reunión del Congreso de Derecho Civil en 1937, se agregó a lo anteriormente expuesto, la aparición de la teoría de la institución en las obras de M. Hauriou y G. Renard, el valioso aporte de Ferrara, y en el orden nacional los proyectos presentados por el

diputado Aráoz en 1918 y 1922, a los que no se dio respuesta, y el anteproyecto de Bibiloni (1929 - 1933).

V. El Congreso de Derecho Civil de 1937 y el rechazo a la teoría de la ficción

Este constituyó el epicentro del debate. El criterio imperante era "hacer desaparecer, en absoluto, de la ley, todas las perjudiciales consecuencias o aplicaciones prácticas del doctrinarismo de la 'ficción legal', conforme a la orientación que prevalece en el derecho moderno", garantizando la libertad constitucional de asociarse con fines lícitos, y amparando todos los intereses públicos y privados.

Expresó el miembro informante Dr. Barcia López en su exposición, que se debía expurgar por completo las aplicaciones prácticas y las funestas consecuencias a que llevaban los intérpretes, comentadores y jueces, al suponer impuesto por el Código en todo su rigor lógico el vetusto y perimido sistema de la ficción legal, bajo la influencia de la clásica obra de Savigny.

La discusión cobró relevancia en torno a la concesión por parte del Poder Ejecutivo de la personería jurídica, donde el citado jurista agregó que el Código Civil, estableció el requisito de la autorización gubernativa bajo la influencia de Savigny, a quien citó en su nota en apoyo de esa solución.

Entiendo que la teoría de la ficción constituye más un sistema político que jurídico, que se introduce en el Código Civil, ya que, ese elemento político sirvió para afianzar al Estado moderno, fuerte y absorbente.

VI. El acto de autorización del Estado

a. ¿Siguió Vélez Sársfield al pie de la letra a Savigny?

Creo que no. Es Savigny quien emplea la denominación persona jurídica y expone su teoría sobre ésta. Freitas sigue a Savigny fielmente. A su vez, Vélez admite -en la nota ya citada- que siguió a Freitas. Pero lo trascendente, es que se apartó de Freitas y en consecuencia de Savigny, ya que entre el proyecto de Freitas y el Código de Vélez existen diferencias importantes, caso del art. 33. En el primero, el término de persona jurídica tiene un significado general, comprendiendo las personas públicas o personas jurídicas y las privadas; las primeras comprendían las personas jurídicas de existencia necesaria o de existencia posible; las segundas, personas privadas de existencia ideal comprendían a quienes componían cada grupo.

En cambio en el Código de Vélez los términos personas de existencia ideal equivalen a personas jurídicas, divididas en personas de existencia necesaria y existencia posible [3].

Vélez redactaba el Código, en el tiempo de auge de la teoría ficcionista y el poder del Estado para la concesión de la personalidad. Pero indudablemente advirtió la posibilidad del nacimiento de una nueva persona a partir del acto jurídico constitutivo en que concurrían otras personas que le servían de substrato, pero diferenciándose, al constituir un centro imputativo diferenciado de derecho y obligaciones y una división patrimonial entre la nueva persona y sus integrantes [4].

Aquí se advierte la importancia del tratamiento dado por Vélez, al incorporar artículos que sustentan ello, caso del art. 39. La estructura de la persona jurídica para actuar y producir efectos jurídicos estaban acorde con las normas establecidas por el Código, llenando así un vacío de los códigos de aquel tiempo.

Lo expresado tiene sustento en el Código de Vélez, no sólo en el referido art. 39 sino en el art. 32, el bien común de los arts. 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 45, 47 a 50.

Cabe señalar que la redacción originaria de Vélez del art. 45 no se modificó sino que la posterior ley 17.711 le hizo un agregado. Se mantuvo la autorización del Estado para funcionar, pero interpretándolo de manera diferente, no ya como una concesión del Estado, propio de la ficción, sino como un acto de reconocimiento por parte de él.

Con ello queda demostrada la presencia de recursos de técnica jurídica que responden a políticas legislativas. El problema radica cuando este remedio técnico jurídico no refleja la realidad ni las necesidades jurídicas sino fines políticos, que desvirtúa este recurso técnico.

b. Discusión en el seno de la Comisión

1) Manifestó el Dr. Barcia López que entonces se aceptaba como una verdad en Europa, como entre nosotros, que la persona jurídica era una creación artificial, y que sólo el Poder Ejecutivo la podía acordar o negar, como un privilegio o un favor. Esto exigía necesariamente su intervención discrecional y sin control, siendo único y soberano juez del interés público, pudiera otorgarla y retirarla a su arbitrio, en ejercicio de una facultad discrecional, cumpliendo un acto de puro imperio.

Entendía que no es ya el gobierno ni la ley quien las crea, sino los particulares y la vida social misma. Cuando se mueven dentro de lo lícito, sin afectar al orden público ni a las buenas costumbres, el Estado se limita a comprobar su nacimiento, inscribiéndolas en el registro respectivo, y a proteger, con preceptos adecuados, su normal funcionamiento y desarrollo.

Es interesante destacar que el Dr. Lafaille, adhiriendo a conceptos del Dr. Rivarola, estaba en contra del requisito de la autorización, por entender *"que cuanto importe limitar las facultades del Poder Ejecutivo en esta materia, por cuanto ellas son actualmente arbitrarias... las decisiones que afectan a la existencia misma del sujeto jurídico, a su vida y su patrimonio, no deben, no pueden ser tomadas sino por los jueces, con las garantías procesales pertinentes"*.

La propuesta de Barcia López consistía en que el Poder Ejecutivo no debe tener facultades ni para autorizar la creación de una persona, ni menos para disolverla. Por ello debía eliminarse del proyecto la injerencia indebida y peligrosa del Poder Ejecutivo, respecto de la creación de las personas jurídicas, su subsistencia y disolución, sustituyéndolas con evidente ventaja y mayor equidad, por la intervención judicial.

Se proponía sustituir la intervención del gobierno por la de los jueces ordinarios del asiento de la persona jurídica, con audiencia del Ministerio Fiscal en los casos de los arts. 76 y 93 para autorizar su inscripción en el Registro, a los efectos del comienzo de su existencia; del art. 87 inc. 2 para aprobar el cambio de objeto; de los arts. 94 y 95 para entender en la revocación y aprobación de las Fundaciones; de los arts. 90, incs. 1 y 3, y 99 para la disolución de las corporaciones.

Es el Dr. Pedro León quien rebate a Barcia López manifestando que se debe conservar el principio del Código, que lo mantuvo Bibiloni, y que lo reproduce la Comisión Reformadora, *"principio o sistema que hasta lo considero desvinculado de la teoría de la ficción"*. Afirmaba León que tenemos que separar cuidadosamente el derecho a constituirse de la asociación con fines lícitos, de la personalización jurídica, la que se adquiere a través de la facultad de obrar como entes independientes o distintos de los individuos que las constituyeron, con un patrimonio propio, en el cual no tienen nada que hacer los individuos que formaron cada entidad, y con un conjunto de obligaciones que será a cargo de la entidad y no de las personas que contribuyeron a formarla.

Expresaba el brillante jurista cordobés que la intervención del Estado, en cuanto a la concesión, es más eficaz que la de los jueces, lo que debía completarse, concediendo un recurso ante el Poder Judicial, para los casos de intervención abusiva o injusta, y de extralimitaciones del poder público, al retirar la personería jurídica. León decía que se hace indispensable en todos los casos una manifestación, un acto de reconocimiento, para que así pueda funcionar el

ente en lo futuro. El Estado moderno no puede despreocuparse de las actividades de las personas jurídicas, no puede convertirse en un mero empadronador de las personas jurídicas. Por ello votaba en contra del primer artículo, con la salvedad de que se acuerde el recurso de apelación ante el Poder Judicial, contra las extralimitaciones o abusos del Poder Ejecutivo.

Una sagaz observación por parte de Alfredo Orgaz clarificó el tema en discusión, al afirmar que se da demasiada importancia a las doctrinas de la ficción y de la realidad. Estas doctrinas son construcciones especulativas destinadas a explicar la naturaleza de estas personas; mas el problema de cómo nace la persona jurídica, no es un problema de especulación pura o de doctrina, sino de política legislativa. Agregó que en relación al problema de cómo nace la persona jurídica: su solución debe desvincularse de las doctrinas de la realidad o de la ficción, y debe sólo decirse si conviene que nazca con la simple inscripción o con la concesión del Estado... Desde este punto de vista práctico y de política legislativa, yo estoy de acuerdo con el proyecto en el sentido de que la asociación con capacidad limitada nazca con la simple inscripción en el registro; y que las personas jurídicas con capacidad amplia, que se llaman en el proyecto corporaciones, por lo mismo que tienen capacidad amplia, necesitan la autorización del Estado [5].

La votación, respecto al despacho de Comisión, de sustituir la intervención del gobierno por la de los jueces ordinarios del asiento de la persona jurídica, con audiencia del Ministerio Fiscal en los casos precedentemente indicados, resultó negativa.

Pero quedó como antecedente para la reforma de la ley 17.711 la propuesta del Dr. León de que debía conservarse el principio del Código, la autorización por parte del gobierno, pero acordándose el recurso de apelación ante el Poder Judicial, contra las extralimitaciones o abusos del Poder Ejecutivo.

2) También resultó negativa la votación al despacho de Comisión suprimiendo la injerencia del gobierno en el caso del art. 91, quedando disuelta la corporación, de pleno derecho, por la desaparición total de sus miembros, o a lo sumo, reemplazar dicha intervención por la judicial, para ordenar la anotación pertinente en el registro, a solicitud de los interesados como en los casos precedentes. El art. 91 decía: "No termina la existencia de una corporación, por fallecimiento de sus miembros, aunque no pudiera llenarse el fin de su instituto. Corresponderá al Poder Ejecutivo, si otra cosa no se hubiera previsto, declararla disuelta o resolver la forma de integrarla".

Consideraba Barcia López que se estaba frente a otro resabio de la ficción. Se mantuvo en consecuencia la redacción del art. 49 del Código de Vélez.

VII. Otros temas de debate

a. La categoría intermedia de asociaciones

Una de los puntos de discusión en el debate se originó en que la Comisión Reformadora del Código introdujo una nueva categoría de asociaciones, entre las corporaciones con personería jurídica y las simples asociaciones. Debían estar inscriptas y tenían casi todos los derechos de las personas jurídicas pero carecían de personería jurídica. No tenían capacidad para recibir bienes por herencia.

El Dr. Pedro León la calificó como una creación híbrida, lo cual era cierto.

En la polémica entre Barcia López y León, el primero afirmaba que su aspiración era que toda asociación, no lucrativa y lícita, no necesitase el requisito de la autorización del Ejecutivo, para tener amplia capacidad, sino que la obtuviese por su simple registro, por orden judicial. León en cambio expresaba que no se estaba discutiendo el problema de la autorización gubernativa o de la falta de autorización sino si estas asociaciones registradas son necesarias o no, a lo cual le asistía razón ya que si bien no tenía personería jurídica, obraba igual que si fuera una persona jurídica.

En base a ello se votó por la afirmativa suprimiendo el capítulo relacionado a estas asociaciones.

b. La sustitución del requisito de bien común

Se aprobó además sustituir el requisito de utilidad pública o bien común, contenido en el art. 74, incs. 5 y 6 del Proyecto, por el de fin u objeto lícito, no lucrativo, ni contrario al orden público o a las buenas costumbres.

c. La modificación de la capacidad de derecho

Se propuso modificar la fórmula de la capacidad de derecho del art. 79 del Proyecto por otra más amplia, como la del Código suizo, relativa a todos los derechos que no supongan la condición física.

Expresó Barcia López que el Proyecto de Reformas al Código Civil, manteniendo el criterio de Savigny, expresa que la capacidad de las personas jurídicas es solamente para adquirir bienes, es decir, derechos patrimoniales, mientras que, según una nueva fórmula admitida en la doctrina y en el derecho moderno, pueden tener toda clase de derechos, aun extrapatrimoniales, siempre que ellos no supongan la condición física humana. Ello fue aprobado por unanimidad.

VIII. La reforma del Código Civil de 1968 y leyes posteriores

La discusión de la comunidad jurídica argentina en torno a la persona jurídica mantenida en el Congreso de Derecho Civil de Córdoba de 1937 tuvo influencia decisiva en la legislación posterior.

El Código de Vélez no fue modificado, el Proyecto de reformas de 1936 quedó en la historia y la mentalidad de los juristas argentinos cambió.

Reconozco que le asistía razón a Barcia López cuando afirmaba que eran los "intérpretes, comentadores y jueces" quienes llevaron "las aplicaciones prácticas y las funestas de la teoría de la ficción" a límites extremos.

La mayoría de los juristas advirtió que otras teorías sobre la naturaleza jurídica de la persona jurídica se habían impuesto a la ficción legal. También sentaron que la autorización del Estado no era constitutiva sino declarativa, dado que se trataba de un acto de reconocimiento de la realidad preexistente [6].

La técnica jurídica utilizada en la ley 17.711 sirvió entonces para modificar el Código Civil en su art. 33 mediante una clasificación clara y precisa, incorporando además las fundaciones; la modificación del art. 43 respecto a la responsabilidad extracontractual; la clarificación de las simples asociaciones en el art. 46, y los agregados realizados a los arts. 45 y 48.

Precisamente, el agregado de las fundaciones y autorización del Estado contenido en el art. 33 y los agregados realizados a los arts. 45 y 48, sirvieron para demostrar que la autorización estatal no era constitutiva, permitiendo, tanto en la constitución, vida institucional y disolución, la revisión judicial de los actos del Poder Ejecutivo en la materia.

Dos leyes posteriores cerraron toda discusión y dejaron en claro las continuas discusiones acerca de la persona jurídica; la ley 19.836 de Fundaciones que le reconoce el carácter de persona jurídica. En cuanto a la autorización estatal de éstas, que verificaba el estricto cumplimiento de las normas legales y la voluntad del fundador y la intervención en distintas etapas de su vida institucional, era susceptible de ser revisada en sede judicial mediante los recursos pertinentes: arts. 1º, 3º, 34 a 37; la trascendente ley 19.550 de sociedades comerciales, que expresaba en su art. 2º que la sociedad es sujeto de derecho. La reforma de dicha ley

introducida por la ley 22.903 demuestra los alcances de la técnica jurídica; ello se advierte en el Capítulo III de los contratos de colaboración empresaria, donde tanto las agrupaciones de colaboración empresaria como la uniones transitorias de empresas, con actividades que pueden estar comprendidas dentro del concepto de sociedad, la ley expresamente establece que no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho, arts. 367 y 377.

IX. La persona jurídica en el momento actual

a) La persona jurídica constituye un recurso instrumental de técnica jurídica. Es una creación del derecho, reflejando una realidad social y una necesidad jurídica del hombre. La personalidad jurídica constituye uno de los más formidables instrumentos creados por la técnica del derecho.

La personalidad se alcanza a través de una declaración negocial común, que genera una división patrimonial, entre el patrimonio de la persona jurídica y el de quienes la crearon, debidamente exteriorizada. La existencia de ese patrimonio, queda afectado al cumplimiento de sus fines y en protección de los derechos de terceros.

Se crea así un centro imputativo de derechos y obligaciones, con capacidad de actuación propia e independiente, derivada de una representación orgánica y legal. El recurso técnico es de simplificación y permite la unificación de relaciones jurídicas.

Como bien expresa Richard, cada sistema jurídico puede emplear distintas técnicas, acorde con los requerimientos de los agentes económicos o sociales, por lo que las respuestas legislativas pueden ser diversas, y en determinados casos considerar que no existe un sujeto de derecho, como por ejemplo en la unión transitoria de empresas ya citada.

La personalidad puede entonces, exteriorizarse de distintas formas, que correspondan a la relación jurídica personificada que se elige a través del tipo.

Cabe señalar que la capacidad de la entidad o la limitación de responsabilidad es un efecto de la figura o el tipo que se elige [7].

b) Carece de relevancia en el momento actual, buscar diferenciaciones entre personas jurídicas, persona de existencia ideal y sujeto de derecho. Ello podría haber tenido importancia con anterioridad a la ley 17.711, pero a partir de aquí se puede afirmar que no existen diferencias conceptuales entre ellas.

La personalidad se tiene o no se tiene; desde la afirmación formulada por López Olaciregui hasta nuestros días, es dable afirmar que su concepción es unívoca y puede manifestarse de diferentes formas. Como expresara, debe distinguirse de la capacidad de derecho, según sea la figura legal o el tipo societario elegido.

c) La discusión originada en el seno de la Comisión del Congreso de 1937, en torno a la asociación intermedia entre la corporación y la simple asociación, la que debía registrarse pero careciendo de personalidad, fue cuestionada por su inutilidad. Con la ley 17.711 se clarifica en el art. 46 a las simples asociaciones reconociéndolas como sujeto de derecho; se trata de un reconocimiento genérico emanado de la ley. A partir de aquí dichas asociaciones son personas jurídicas, si bien, alguna doctrina, hoy cuestionada, le niega capacidad para recibir bienes por donación (art. 1805) o legado (art. 3735). El art. 46 no le exige objeto de bien común ni autorización estatal, debiéndose constituir en la forma indicada en la citada norma. Ello significó un avance importante en materia asociacional, pero su figura ha sido poco utilizada en la práctica, posiblemente por el régimen de responsabilidad que surge de la norma.

X. Otros temas del Congreso de 1937 que apuntan al futuro

a) Cabe recordar que la Comisión del Congreso cordobés de 1937 aprobó sustituir el requisito de utilidad pública o bien común, contenido en el Proyecto de 1936 por el de fin u objeto lícito, no lucrativo, ni contrario al orden público o a las buenas costumbres. La reforma de la ley 17.711 mantuvo el principal objeto de las personas jurídicas privadas, el de bien común. Entiendo que en una futura reforma en la materia puede el mismo ser revisado, mas aun teniendo en cuenta, el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia nacional en la causa Alilt "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia".

b) Muchas de las expresiones como personalidad jurídica, técnica jurídica o política legislativa cobrarán nueva vida en una futura reforma del art. 33 del C.C., ya que se hace necesario actualizarlo atento a las nuevas formas jurídicas surgidas.

El Estado, por imposibilidad o inoperancia en el cumplimiento de determinados fines, necesita de una forma organizativa adecuada para ello, canalizándose a través de la forma de personas jurídicas no estatales, para diferenciarlas de las públicas. Surge entonces una distinción entre la persona jurídica pública estatal de la denominada no estatal.

Alcanza ello a aquellas personas constituidas por particulares, a la cual el Estado, le confiere funciones públicas, rigiéndose para ello de acuerdo con las facultades conferidas por la ley de creación, caso de los colegios profesionales, donde el Estado delega al Colegio una potestad propia, la del poder de policía sobre el control de la matrícula.

c) Otra cuestión a tener en cuenta es el de la comunidades indígenas. Por el art. 75 inc. 17 de la reformada Constitución Nacional, corresponde al Congreso de la Nación reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconociéndole la personería jurídica, entre otros derechos.

Por la norma constitucional mencionada las comunidades indígenas tienen preexistencia a nuestra Nación, étnica y culturalmente; gozando de personalidad jurídica, reconocida por el Congreso de la Nación, facultad que puede ejercerse concurrentemente con las provincias.

Por ello, al no encuadrar dentro de las personas jurídicas privadas ni dentro de la persona jurídica pública, deberá incluirse, en una futura reforma, dentro de las personas públicas no estatales.

d) El auge del asociacionismo es tan fuerte en la actualidad, que lleva al nacimiento de entes personificados, que no tienen cabida en las formas tradicionales, u obliga a que se las incluyan en zonas grises de las ya existentes.

Por medio del recurso técnico jurídico se busca potenciar la actuación de los más débiles, a través de la personificación de los grupos que los comprenden. Es el caso de las asociaciones de consumidores constituidas como persona jurídica, que por el art. 52 de la ley 24.240, les permite ejercer acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Lo mismo sucede con las asociaciones ambientalistas personificadas, en defensa y protección de sus derechos.

XI. Conclusión

Reconozco el mérito de Vélez en el tratamiento de la persona jurídica, en una época en que los códigos lo trataban mínima o deficientemente.

El Congreso de Derecho Civil de 1937 reflejó el gran avance en la materia, y que se había dejado atrás una época donde los criterios políticos prevalecían sobre los jurídicos. Las actas del Congreso permitieron conocer la solidez de las ideas y actualidad de los juristas argentinos.

Dichas ideas y conclusiones fueron, sin lugar a dudas, antecedentes de la futura reforma de 1968, ideas que se mantendrán en otras futuras reformas de esta figura trascendente y siempre cambiante de persona jurídica.

NOTAS:

[1] Academia Nacional de Derecho de Córdoba, página web, Sección Biblioteca, *Actas* del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Régimen legal de las personas jurídicas, págs. 394 a 431.

[2] Francisco Ferrara, *La teoría delle persone giuridiche*; Federico De Castro y Bravo, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas; José Luis De los Mozos, *Derecho civil*, Madrid, Civitas; Francisco Capilla Roncero, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos.

[3] Raymundo M. Salvat, *Tratado de derecho civil argentino*, actualizado por el Dr. Víctor Romero del Prado; Parte General, Buenos Aires, TEA, 1954, t. I, pág. 650 y ss..

[4] Ver cita de Pedro León en Raymundo M. Salvat, ob. cit., págs. 677 y 678.

[5] Raymundo M. Salvat, ob. cit., pág. 647 y ss.; Eduardo Buzzo, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944, pág. 242 y ss.; Arturo Barcia López, *Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos*, Buenos Aires.

[6] Julio C. Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

[7] Juan C. Palmero, "La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación" RDCO, Nros 119/120; Efraín H. Richard, *Reformas al Código Civil*, A. Alterini y Roberto López Cabana R. -directores- Negocios de participación, *Asociaciones y Sociedades*- Buenos Aires, Abeledo-Perrot; *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía.

EL ERROR DE DERECHO EN LOS CONGRESOS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

por Carolina Brandalise * y Luis Moisset de Espanés **

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve referencia a la legislación comparada. a. Legislaciones que no mencionan expresamente el error de derecho. a.1. Jurisprudencia y doctrina se inclinan por su rechazo. a.2. Jurisprudencia y doctrina equiparan el error de hecho y de derecho. b. Legislaciones que rechazan la excusabilidad del error de derecho. c. Legislaciones que incluyen normas admitiendo el error de derecho. 3. El error de derecho en el Código Civil argentino. a. Principio de excusabilidad. b. Extensión del principio. c. Supuestos "aparentes" en los cuales se admite la invocación del error de derecho. d. ¿Estamos realmente ante la presencia de excepciones al art. 923 C.C.? 4. Evolución en la materia. Sanción del Código Civil: intento de reforma global. a. Anteproyecto de Bibiloni. b. Proyecto de 1936. c. Conclusiones sobre los proyectos de reforma. 5. Congresos Nacionales de Derecho Civil. a. Importancia de los Congresos Nacionales de Derecho. b. Desarrollo del tema en el Segundo Congreso Nacional de Derecho (Córdoba, 1937). 6. Conclusión.

1. Introducción

Sabemos que los actos jurídicos son actos voluntarios y que los actos son voluntarios cuando se realizan con discernimiento, intención y libertad (art. 897 C.C.).

De igual manera se sabe que un sujeto con discernimiento puede, sin embargo, obrar sin intención cuando media ignorancia, error o dolo; y sin libertad, en el caso de que exista violencia. La ignorancia o el error, el dolo y la violencia constituyen los llamados *"vicios de la voluntad"*.

En particular nos ocuparemos en ésta oportunidad del análisis del primero de ellos: el error o ignorancia, como un vicio de los actos jurídicos que afecta la intención (art. 922 C.C.).

Conceptualmente entendemos por *"ignorancia"* la falta de conocimiento de algo (cosa, circunstancia o régimen legal); y por *"error"*, a la creencia de que se conoce algo, cuando en realidad lo que se toma por cierto es un conocimiento falso. De la nota al art. 923 C.C., donde Vélez cita a Savigny, se deduce que para nuestro codificador las consecuencias jurídicas de ambos son semejantes y no merecen tal distingo pudiendo ser utilizadas indistintamente.

El error o falso conocimiento, puede versar sobre un hecho, o sobre la existencia, contenido o interpretación de una norma jurídica. En el primero de los casos estamos ante lo que se conoce como *"error de hecho"*. Y en el segundo caso, *"error de derecho"*.

2. Breve referencia a la legislación comparada

Para facilitar el estudio de la legislación comparada hemos agrupado los códigos según contuvieran o no disposiciones expresas sobre la excusabilidad del error de derecho. En primer término hemos colocado aquellos códigos que no hacen ninguna mención a la distinción entre el error de hecho y el de derecho. Dentro de los mencionados cuerpos legales hemos formado dos subgrupos, atendiendo a la solución que doctrina y jurisprudencia dan al problema, en vista de la falta de normas positivas expresas: vemos así que en algunos sistemas la doctrina y jurisprudencia rechazan la admisibilidad del error de derecho y en otros equiparan el error de derecho al error de hecho.

Nos ocupamos en segundo lugar de los códigos que contienen disposiciones expresas condenando la ignorancia de la ley; pero hacemos la salvedad de que en estos casos, generalmente, se incluyen normas de excepción al principio de la inexcusabilidad del error de derecho. En este grupo se encuentra comprendido el Código Civil argentino, al que dedicamos un capítulo aparte.

Finalmente hemos tratado de los códigos que en forma expresa equiparan el error de hecho y el de derecho o, por lo menos, incluyen disposiciones excusando el error de derecho cuando ha sido o recae sobre la causa única o principal del acto. Hemos dejado para el final ese grupo de códigos por ser, casualmente, los más modernos, y porque en ese sentido pareciera que se orienta actualmente la labor legislativa.

a. Legislaciones que no mencionan expresamente el error de derecho

a.1. Jurisprudencia y doctrina se inclinan por su rechazo

Nos referimos primeramente al Código Napoleón, sancionado en 1804, que dio impulso a la labor de codificación y es el modelo seguido por la mayoría de los Códigos del siglo pasado.

Código Civil francés

Los arts. 1109 y 1110 del C.C. francés, que incluyen al error entre los vicios de la voluntad capaces de producir la nulidad de un acto jurídico, y establecen las características que debe reunir para producir tales efectos, no efectúan ninguna distinción entre una y otra clase de error. El Código Civil francés sólo menciona al error de derecho para decidir expresamente su inadmisibilidad en el caso de la transacción (art. 2052) y en el de la confesión judicial (art. 1356). Al no existir una diferencia expresa entre el error de hecho y el de derecho en los textos que se refieren a los vicios de la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia se han remitido al art. 1º del Código, en el que se establece la *presunción de conocimiento* de la ley.

La ley se reputa conocida por todos, transcurrido un plazo desde su promulgación. De esta presunción de conocimiento surge el adagio *nul n'est censé de ignorer la loi*, que corresponde al aforismo latino *nemo ius ignorare censetur*, cuya aplicación rigurosa impediría excusarse jamás de la ignorancia del derecho.

Este rechazo general del error de derecho, completado con los textos que hemos mencionado, relativos a la transacción y a la confesión judicial, parecería confirmar la absoluta inadmisibilidad del error de derecho y ésta ha sido la primera posición adoptada por los comentadores del Código Napoleón. Pero ella puede llevar en muchos casos a soluciones contrarias a la justicia y a la equidad.

Se produce, pues, una reacción contra el rigor extremo de este adagio y artículos científicos y fallos de los tribunales abren grietas en el principio aparentemente absoluto de la inadmisibilidad del error de derecho.

En primer lugar encontramos que, para determinados casos, al adagio *nul n'est censé ignorer la loi*, se le opone otra máxima: *error communis facit ius*. En otros los jueces tratan de interpretar con amplitud qué es lo que debe entenderse por error en la "substancia" (art. 1110 C.C. francés); y, finalmente se recurre a otras categorías jurídicas, como ser la "buena fe" y la "falta de causa" o "falsa causa", para admitir por esa vía excepciones al principio de que no es excusable la ignorancia de la ley.

En resumen, si bien el Código Civil francés, al referirse a los vicios de la voluntad no ha diferenciado entre el error de hecho y el de derecho, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que este último estaba totalmente excluido en virtud de la presunción de conocimiento de la ley que estatuye el art. 1º del Código. El rigor extremo de esta conclusión ha sido combatido luego, debiendo admitirse una serie de excepciones, permitiéndose de esta forma excusar la ignorancia de la ley.

Otros códigos

En Bélgica se llega exactamente a la misma solución ya que, como sabemos, en dicho país se adoptó el Código Napoleón.

Los Códigos de los diversos cantones suizos habían seguido al Código Civil francés, pero actualmente no se aplican porque está en vigencia el Código de las Obligaciones que, en lo que respecta a este punto del error de derecho ha adoptado la solución del Código civil alemán.

Tienen, sí, pleno vigor las disposiciones del Código de Mónaco que establece que no existe consentimiento válido si ha sido dado por error (art. 964), y que este vicio no hace nula de pleno derecho la convención, sino que da lugar a una acción de nulidad (art. 971). También establece que cuando una persona por error paga una deuda, tiene derecho a repetir lo pagado (art. 1224). Como vemos, en todas estas disposiciones no se distingue entre el error de hecho y el de derecho. Sólo se hace mención de este último cuando se dispone que las transacciones no pueden ser atacadas por causa de error de derecho (art. 1891).

Código español

En fin, el Código español de 1889 tampoco diferencia expresamente entre el error de hecho y el de derecho. Su art. 2º contiene una disposición de carácter general en la que se establece que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

En general, igual que en el derecho francés, se ha interpretado que esta norma no permite excusar el error de derecho. La doctrina y la jurisprudencia han sido quizás más severas que en Francia. Sin embargo parece insinuarse una reacción y los autores españoles llegan a sostener que en algunos casos, atendiendo los preceptos particulares que se encuentran a lo largo del Código, sería posible admitir que se alegara el *error iuris*.

A modo de conclusión, podemos decir que en este grupo de códigos, si bien no se diferencia entre el error de hecho y el de derecho, se establecen normas que presumen conocida la ley y en virtud de ellas se declara inadmisible el error de derecho. Sin embargo, en atención a la equidad y la justicia, tanto la jurisprudencia como la doctrina procuran mitigar la rigidez del principio admitiendo excepciones.

a.2. Jurisprudencia y doctrina equiparan el error de hecho y de derecho

Nos referimos en primer lugar al Código civil alemán, que es el modelo de estas legislaciones.

Derecho alemán

Debemos recordar que el Código civil alemán, admite en general como decisiva la voluntad real, siempre que se haya manifestado, aunque sea en forma imperfecta, en la declaración. El error constituye uno de esos casos en que se produce disconformidad entre la voluntad y la declaración. El error puede recaer sobre el contenido de la declaración, o puede surgir del hecho de que la declaración exprese algo distinto de lo que se quería expresar o, por último, puede deberse a que la declaración ha sido transmitida inexactamente. También se admite la impugnación por error sobre las cualidades esenciales de la cosa o de la persona (art. 119, parágrafo 2). Para que pueda admitirse la anulabilidad del acto por error, es de fundamental importancia establecer que el declarante, *si hubiera conocido el estado real de las cosas*, y *lo hubiera podido apreciar con conocimiento de causa*, no hubiera emitido esa declaración. Los arts. 119 y 120, que legislan sobre el error, no mencionan en absoluto la distinción entre error de hecho y error de derecho. De aquí la doctrina alemana ha extraído la consecuencia de que tanto uno como otro producen la anulación del acto cuando se reúnen las condiciones que hemos mencionado.

En resumen, para el derecho alemán el error vicia la voluntad, y causa la anulación del acto, tanto *sea un error de hecho, como un error de derecho*, aunque ningún texto lo dispone así expresamente.

Otros códigos

Siguen el sistema adoptado por el derecho alemán el Código suizo de las Obligaciones (arts. 23 y 24), el Código de la China (art. 88) y el Código del Japón (art. 95). Pero debemos hacer notar que estos dos últimos códigos, a diferencia del alemán, exigen expresamente que el error sea excusable, disponiendo que no es excusable "... siempre que el error o la ignorancia del estado real de las cosas provenga de su propia culpa" (Código Civil de la República China, art. 88), y que: "... el declarante no puede prevalerse de esta nulidad cuando haya culpa grave de su parte" (Código Civil del Imperio del Japón, art. 95).

Mencionaremos también en este grupo al Código civil Mixto de Egipto, ya que ninguno de sus artículos distingue entre el error de hecho y el de derecho (arts. 193, 194 y 209).

b. Legislaciones que rechazan la excusabilidad del error de derecho

Muchos códigos incluyen normas expresas que disponen que el error de derecho no vicia el consentimiento. Entre estos se encuentra nuestro propio Código Civil, del que nos ocuparemos más adelante.

Citaremos al Código de Chile, obra del jurista y gramático Andrés Bello, que tanta influencia tuvo en muchas materias sobre el nuestro. Existen en el Código de Chile dos artículos concordantes que se refieren al error de derecho; el art. 8º, que dice: "No podrá alegarse la ignorancia de la ley por ninguna persona...", y el art. 1452, que expresa: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".

Estas disposiciones están repetidas en el Código de Honduras de 1880 (arts. 9º y 1406); en el Código de Colombia (arts. 9º y 1509): y en el Código del Ecuador de 1887 (arts. 13 y 1442).

También podemos incluir en este grupo al Código del Uruguay, de 1868, reformado en 1914, que en su art. 2º nos dice que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, corroborando este concepto en el art. 1270, que dispone: "La ignorancia de la ley o el error de derecho en ningún caso impedirán los efectos legales del contrato...".

Finalmente mencionaremos el Código de Panamá, que establece en su art. 1º: "La ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros, y una vez promulgada la ignorancia de ella no sirve de excusa".

Pero casi todas estas legislaciones que rechazan en forma categórica la excusabilidad del error de derecho, incluyen casos especiales en los cuales deberá admitírselo; por ejemplo, el art. 2297 del Código de Chile dispone que "se podrá repetir aún lo que se ha pagado *por error de derecho*...".

Al ocuparnos del Código Civil argentino estudiaremos el verdadero carácter de estas excepciones.

c. Legislaciones que incluyen normas admitiendo el error de derecho

Ya el Código de Luisiana de 1824, que contiene una legislación sumamente detallada con respecto al error, admite la excusabilidad del error de derecho. Presenta especial interés para nosotros recordar este antecedente legislativo, porque está citado entre las fuentes de nuestro Código en la nota al art. 923, como oportunamente se expresó.

Código de Luisiana

Comienza distinguiendo entre el error de hecho y el de derecho, en el art. 1814, para decirnos luego, en el art. 1816, que: "Se llama error de derecho aquél que consiste en *extraer falsas consecuencias legales*, de la existencia de hechos de los que se está bien informado". Vemos que la concepción del legislador de Luisiana sobre qué es el error de derecho difiere en

cierta medida de la concepción tradicional. Resulta interesante señalar que para el Código de Luisiana no es suficiente extraer falsas consecuencias legales de la norma jurídica para que haya error de derecho, sino que es menester que se haya extraído esas consecuencias falsas *partiendo de la existencia de hechos de los que se está bien informado.* Cuando se yerra sobre la norma jurídica como consecuencia de haber combinado erróneamente los hechos, no estamos frente a un error de derecho, sino frente a un error de hecho.

Se consagra, pues, la admisión del error de derecho como vicio del consentimiento y causal de nulidad de los actos, estableciendo taxativamente los casos de excepción, entre los que podemos mencionar el cumplimiento de una obligación natural, renuncia a una prescripción ya cumplida, irretractabilidad de una confesión judicial, etc..

Código italiano de 1865

Siguiendo un orden cronológico encontramos el art. 1109 del viejo Código de Italia, que dispone: "El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando él ha sido su causa única o principal". Ha sido quizás el primer Código de Europa que da cabida a la excusabilidad del error de derecho. Resulta interesante mencionar ese texto legal porque lo vemos reproducido casi textualmente en varios de los Códigos que admiten de modo expreso la excusabilidad del error de derecho.

Código italiano de 1942

El Código italiano de 1942 mantiene el sistema adoptado por el Código de 1865, admitiendo expresamente la excusabilidad del error de derecho. A tal efecto dispone en el art. 1429, que se refiere al error esencial: "El error es esencial:... 4) cuando, tratándose de un error de derecho, haya sido la razón única o principal del contrato".

Código marroquí de Obligaciones y Contratos

Su art. 40, muy similar al art. 1109 del viejo Código italiano, nos dice: "El error de derecho da lugar a la rescisión de la obligación: 1) Cuando él es la causa única o principal; 2) Cuando es excusable".

También menciona el error de derecho en el art. 68, al referirse a la repetición del pago de lo indebido.

Código de Venezuela.

El art. 1147 dispone: "El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal".

Es conveniente poner de relieve que todos los Códigos que establecen que el error de derecho puede viciar la voluntad y ocasionar la nulidad del acto, disponen que para tener tales consecuencias, dicho error debe ser la causa única o principal del acto.

3. El error de derecho en el Código Civil

a. Principio de excusabilidad

A la época de la redacción del Código Civil argentino la discusión doctrinaria acerca del error de derecho se centraba alrededor de las disposiciones del Código Civil francés, por ser entre todos los códigos vigentes el de mayor prestigio.

Ya sabemos que el derecho civil francés no tiene ninguna disposición expresa respecto al error de derecho y que, tanto la doctrina como la jurisprudencia realizan sus construcciones sobre la base del adagio *nul n'est censé ignorer la loi*, cuya vigencia parece surgir del art. 1º del Código Napoleón, que establece la presunción de conocimiento de la ley.

Luego, a lo largo de la historia, se advierte una reacción contra la aplicación absoluta de este aforismo; en Francia, Pochannet y Bresolles publican monografías, citadas por nuestro codificador en la nota al art. 923, tratando de reubicar las cosas en su justo lugar.

Esta reacción se refleja también en las leyes y así -ya en aquel entonces- encontramos dos códigos que expresamente admiten la posibilidad de excusar el error de derecho [1]. Por una parte el Código de Luisiana de 1824 establece en su art. 1840, que tanto el error de derecho como el de hecho, son vicios de la voluntad. Vélez ha conocido el Código de Luisiana por medio de la obra de Legislación Comparada de Saint Joseph y es en la mencionada nota al art. 923, donde hace referencia a la cantidad de artículos que este Código dedica al error. Y por otro lado, el otro antecedente legislativo a que hacíamos referencia, es el Código Civil italiano de 1865, el cual dispuso que el error de derecho produce la nulidad del contrato cuando ha sido su causa única o principal.

Vemos pues, que la doctrina y la legislación, en forma casi unánime rechazaban la admisibilidad del error de derecho, con la excepción de los Códigos de Luisiana y de Italia, antecedente este último que no estuvo en manos de Vélez cuando debió decidir sobre el particular.

La necesaria obligatoriedad de las leyes, fundamento de todo orden jurídico bien establecido, lo lleva a nuestro codificador, siguiendo un camino de perfecta lógica, a asentar en su obra el principio contenido en el art. 923: "La ignorancia de las leyes, o el error e derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos".

Mucho debe haber influido en el ánimo del codificador el art. 456 del Esboço de Freitas, que casi textualmente establece el mismo principio.

Esta disposición es concordante con el art. 20 de nuestro Código Civil que expresamente dispone: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley".

El sistema jurídico expuesto en el Código Civil resulta claro. A partir de la publicación oficial de las leyes (art. 2º C.C.), la ley se considera obligatoria para todos (art. 20 C.C.), por lo que, el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad en los actos ilícitos.

El fundamento de este principio no es una presunción de conocimiento de la ley, sino, su obligatoriedad. Es que toda orientación social exige, para su normal desenvolvimiento, que las normas jurídicas impuestas por el Estado con carácter obligatorio se apliquen en todos los casos para los cuales han sido dictadas, sin que sea posible eludir su cumplimiento invocando ignorancia o error. No es por ello un problema de conocimiento de la ley, sino de su obligatoriedad [2].

En relación a la extensión del término "ley", diremos que comprende a la ley en sentido formal, y a la ley en sentido material; es decir, a cualquier norma jurídica de carácter general, léase decretos, ordenanzas, leyes provinciales, etc. Aunque aclarando que, como sólo es exigible el conocimiento de las leyes que nos rigen, no configuraría error de derecho el que recae sobre derechos extranjeros [3].

Debemos decir también que el error puede recaer en la interpretación de la norma, donde no se configura por la sola ignorancia de lo que la norma dispone, sino también, por el equívoco sobre el alcance del derecho objetivo.

Así Vélez Sársfield ha establecido dos reglas con estos lineamientos, en la mencionada nota al art. 923 [4]:

"Regla 1ª) La ignorancia de la ley no puede servir de excusa siempre que sea invocada para sustraerse a obligaciones que impone, o a las penas que pronuncia contra sus infracciones".

"Regla 2ª) Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de *aprovecharse de los derechos que la ley concede o protege*, puede servir de base a una demanda de restitución".

Sabemos que el fundamento de la admisibilidad del error como vicio de la voluntad se encuentra en la necesidad de asegurar la prueba del acto voluntario: todo acto jurídico es un acto voluntario, y no hay voluntad sin intención sana (arts. 897 y 900) [5]. Como se expresó anteriormente, el error vicia la intención, que es uno de los presupuestos indispensables para la voluntariedad del acto. En estos casos la ley otorga los medios para que los actos viciados no produzcan efectos jurídicos; pero aclaramos, que la protección legal no es ilimitada porque está en juego la incolumidad de un principio que hace a la esencia del normal desarrollo de la vida social, cual es, el interés de que no se afecte la estabilidad del tráfico jurídico.

Igualmente es importante destacar que otros códigos, en cambio, han sustituido el requisito de la excusabilidad por el de la reconocibilidad. Entonces el problema se traslada de quien ha emitido la declaración a quien la ha recibido. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración, usando la normal diligencia hubiera podido percatarse de él, aunque de hecho no se haya percatado. Es decir, que si el destinatario de la declaración no pudo descubrir el error del cocontratante, el acto es válido por el principio de la apariencia [6].

De esta manera resulta claro diferenciar ambas nociones. La excusabilidad atañe directamente a la persona que incurrió en error y tiene que ver primordialmente con el grado de diligencia con que obra; y la reconocibilidad, en cambio, se relaciona con el destinatario, configurándose por el hecho de que haya conocido o podido conocer el error de la contraparte. El punto clave del mismo reside en la protección de los terceros.

b. Extensión del principio

Tesis tradicional

Tradicionalmente se sostuvo por gran número de autores una rigurosa aplicación del principio que emana literalmente de los arts. 20 y 923 del Código, es decir, que el error de derecho no puede invocarse para invalidar un acto voluntario, aunque fuese excusable y haya sido su causa determinante.

Tesis que extiende el ámbito de invocación del error de derecho

Por su lado, otros autores se inclinan a otorgarle un ámbito mayor de aplicación al error de derecho, considerando su admisión como causal de nulidad cuando ha sido la causa determinante del acto, basándose en que la ley no lo admitiría sólo para evadirse de los efectos legales de los actos lícitos, tesis ésta a la que adherimos.

c. Supuestos "aparentes" donde se admite la invocación del error de derecho

Más allá del debate al que nos hemos referido, el Código contempla supuestos en los que "parecería" admitirse la invocación del error de derecho:

1. Pago indebido

Art. 784.- "El que por un error de hecho o de derecho, se creyese deudor y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió".

La ley, en una palabra, protege a quien se lo merece. Pues bien, la referencia al error en el mencionado articulo no tiene la misma significación que vinimos exponiendo. Aquí el error no actúa como un vicio de los actos voluntarios. El fundamento sobre el que reposa este artículo es muy distinto. El codificador lo expresa en la nota, parafraseando a Marcadé [7]: *"... el principio de equidad, que siempre es un principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con*

lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma o con una cosa que no se le debía, o que no se la debía el que la entrega...". La ausencia de causa en que se apoya ese tránsito de valores de un patrimonio a otro, es lo que constituye el eje central del principio, el verdadero fundamento jurídico de la acción. En el cuadro presentado el error ocupa un segundo plano; nos inclinamos a sostener que constituye un elemento que traduce precisamente la ausencia de causa [8].

Concretamente, el error ha versado sobre la existencia del derecho; y su inexistencia ha privado al acto de causa. Conforme a lo dicho, esta figura del pago indebido debe considerarse como una variedad de otra más general, el pago verificado sin causa (art. 792).

En resumen, a nuestro entender la excepción del art. 784 del Código no es tal; el error no desempeña un papel preponderante, ni constituye aquí un vicio de la voluntad; se trata tan sólo de la aplicación del viejo principio de justicia conmutativa: *ius suum cuique tribuere*.

2. Transacción

Art. 858.- "La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan o no las partes conocido la nulidad del título, *o lo hayan supuesto válido por error de hecho o por error de derecho.* En tal caso la transacción podrá sólo ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título".

De la sola lectura del artículo surge que el error es absolutamente irrelevante para la procedencia de la acción de nulidad que en dicho dispositivo se contempla. En efecto; no pueden interpretarse de otra forma los términos *"hayan o no las partes conocido la nulidad del título"*. Si la nulidad procede hasta en el caso en que las partes *"hayan conocido la nulidad del título"*, debe entenderse que de ningún modo es indispensable la presencia del error.

En resumen, señalamos la inoperancia del error para la producción del resultado previsto en la ley; y nos inclinamos a sostener como fundamento de la nulidad, la inexistencia jurídica del derecho, determinada por la invalidez del título, ya que no habiendo derecho no es posible dudar o controvertir acerca de su naturaleza o medida.

3. Posesión de la herencia

Art. 3428.- "El poseedor de la herencia es de buena fe cuando ***por error de hecho o de derecho*** se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene...".

Aquí existe, verdaderamente, una excepción al principio de la inexcusabilidad del error de derecho. Este caso, indudablemente, es uno de los casos de excepción *al art. 20*. Pero recalcamos, de excepción al art. 20 C.C..

Particularmente, en el caso que estamos analizando el Código no trata del error de derecho como vicio de la voluntad, sino como posible circunstancia condicionante de la buena fe . Creemos que en todos los casos en que el derecho brinda su protección a las personas de buena fe, víctimas de un error, esa protección debe extenderse tanto a los errores de hecho como a los de derecho.

d. ¿Estamos realmente ante la presencia de excepciones al art. 923?

A través del análisis realizado podemos comprobar que en ninguno de los casos mencionados por el Código Civil existe realmente una excepción al principio de la *inexcusabilidad del error de derecho*. El error de derecho no actúa allí como vicio de la voluntad sino que, como bien lo dice Buteler [9]: *"En los llamados casos de excepción por el artículo 20 del Código Civil, nos encontramos frente a otros principios...".*

Así lo entiende la doctrina nacional, que en forma casi unánime considera el art. 923 como un rechazo absoluto del error de derecho como vicio de la voluntad.

De lo que podemos deducir por otro lado que, quien invoca el error de derecho debe probarlo, como así también todas y cada una de las exigencias mencionadas. En efecto el error no se presume; lo normal es que cuando un sujeto cualquiera concreta un negocio jurídico no sólo conoce la situación fáctica, sino también la normativa que lo rige; por lo que incumbe al interesado procurarse una indagación cuidadosa de la situación, debiendo la ley presumir que esta carga ha sido cumplida. Por lo que para que proceda la excusa debe estar incuestionablemente probado, por la simple presentación de los hechos, que una determinada voluntad vinculante no ha podido ser razonablemente emitida más que por error de derecho [10].

4. Evolución en la materia: intentos de reforma global

En diferentes ocasiones se ha tratado en nuestro país la reforma del Código Civil, unas caracterizadas por reformas totales, y otras, con alcances parciales. En lo que respecto al tema del error, en especial al error de derecho, no ha escapado a estos intentos reformatorios. Desde la sanción del Código Civil los proyectos de reforma han adoptado diversas posturas sobre el tema, de los cuales es importante destacar dos de ellos: el anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936 que admiten el error de derecho como causal invalidatoria de los actos jurídicos, no así el anteproyecto de 1954, ni el Proyecto de Unificación de 1987 que no se pronunciaron sobre este punto.

a. Anteproyecto de Bibiloni

Habiendo transcurrido ya más de medio de siglo desde la entrada en vigencia del Código Civil, se consideró necesario encarar su reforma global, para modernizar nuestra legislación. A tal fin, el Poder Ejecutivo de la Nación, por decretos del presidente Alvear N^{ros}. 12.542 y 13.156 de 1926, nombró una Comisión integrada por los más destacados civilistas de la época, para que proyectase las reformas que debían introducirse. Uno de los miembros de esa Comisión era Juan Antonio Bibiloni, quien elaboró un interesante Anteproyecto que procuraba respetar la metodología del Código, en sus grandes lineamientos, tanto en la distribución de materias, como en el contenido de muchas normas, para que no se perdiesen los aportes que a su alrededor habían hecho la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Este proyecto tiene una singular importancia, ya que incluye con total claridad que el principio de obligatoriedad de la ley, al que hacen referencia los arts. 20 y 923 C.C., es independiente y se aplica a un campo diverso del que cubre el principio de la admisibilidad del error de derecho [11]. Y así lo dispone en el capítulo I titulado "De los hechos producidos por error o ignorancia" [12] en las siguientes normas relativas al error de derecho: **Art. 141.-** "La ignorancia de las leyes o el error de derecho, en ningún caso impedirá el efecto de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los ilícitos".

Se entiende así el principio general: las leyes son para ser cumplidas. El orden social así lo requiere, cuando se trata de normas de orden público, o de leyes "imperativas".

Es lo que dispone el art. 142, el mismo literalmente expresa: **Art. 142.-** "No será válida la declaración de voluntad cuando el error **de hecho o de derecho,** versare sobre alguno de los puntos siguientes:

1. Cuando recae sobre su naturaleza;
2. Cuando es relativo a la persona con la cual se forma, o a la cual se refiere, la relación de derecho;
3. Cuando se produce sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira como substancial;

4. Cuando ocurre sobre el objeto del acto, habiéndose designado un bien individualmente distinto del que se quería disponer o contratar, o sobre un bien de diversa especie, o sobre diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un hecho diverso;
5. El que recae sobre hechos que la lealtad comercial permitía considerar al que lo ha sufrido, como elementos necesarios del contrato o acto celebrado".

Se consagra allí la posición sostenida por la doctrina moderna, receptada por muchos de los Códigos vigentes en esa época, incluso destacamos que preferimos esta solución a aquellas otras que proponen la equiparación lisa y llana del error de hecho y el error de derecho, a los fines de evitar todo tipo de confusiones.

En relación con ello se puede decir que el art. 923 C.C., respaldado en la tradición romana, generó el concepto de que error o ignorancia de derecho no pueden ser invocados en situación alguna, salvo en aquellos supuestos expresamente previstos por la ley. Admitiendo de esta manera, a modo de regla, la inadmisibilidad del error de derecho, con excepciones de alcance restrictivo.

Pero de manera alguna es esta la posición del Código Civil, según exponen los propulsores de la reforma. Expresan como fundamento que el mismo art. 923 dispone, que el error de derecho no puede ser invocado para impedir los efectos legales de los actos lícitos regularmente constituidos, esto es, de manifestaciones de voluntad efectivas, y respecto de las cuales no existe objeción sobre su existencia. Obviamente se remarca que, no se puede pretender que las partes se dispensen de cumplir sus obligaciones bajo el pretexto de que no sabían cual era su alcance, y justamente éste es el motivo de orden público que tiende a proteger la norma. Pero cuando se trata de errores que han conducido a la formación de actos, donde sin ellos no se hubiesen efectuado, cuando se consintió en una cosa diversa de la aparente, no existe tal interés social comprometido en mantener su existencia. Sobre estos fundamentos se apoya la teoría del error que los promotores de la reforma avalan.

A partir de ellos se dice que la proscripción hecha por el derecho romano del error de derecho, no puede justificarse, y es letra muerta en el derecho moderno. Para el distinguido autor del anteproyecto, la disposición del art. 923 C.C., ha dado lugar, bajo la influencia romanística a una verdadera desinteligencia sobre su alcance, generalizando el concepto de que error o ignorancia de derecho no pueden ser invocados en supuesto alguno, salvo cuando la ley expresamente disponga lo contrario. Se cree que hay una regla, la de la inadmisibilidad del error de derecho, y excepciones, de interpretación restrictiva [13]. Alcance éste que no fue el querido por nuestro legislador, conforme lo entienden los gestores de la reforma. Y agregan que, el derecho francés ya la desestimaba, siendo la inspiración y tendencia de los modernos códigos.

Apoyan todos sus fundamentos en la realidad social y manifiestan en sus notas que sería falso que la ley deba saberse por todos, basta abrir un libro de derecho para ver que todo es motivo de discusión. Sostienen por lo tanto, que la ley es obligatoria para todos, pero de ello no es posible deducir, que todos la conozcan y la interpreten sin cometer error alguno.

De manera que, en opinión de esta tendencia encabezada por Bibiloni, lo que el art. 923 C.C. dispone es que el error de derecho no puede ser invocado cuando se trate de impedir los efectos legales de los actos lícitos regularmente constituidos, esto es, de manifestaciones de voluntad efectivas, por lo que media para ello un motivo de orden público: la seguridad en las transacciones. Pero, cuando se trate de errores que han conducido a la formación de actos que sin ellos no se hubieran efectuado, cuando se ha consentido en cosa diversa a la aparente, no existe interés social comprometido en mantener su existencia. Toda la teoría del error descansa en esta circunstancia. Y se admite que el error pueda ser causa de invalidez de las relaciones jurídicas, siendo indiferente saber si es de hecho o de derecho [14].

En síntesis el artículo proyectado conserva la casuística del texto vigente, con algunas variantes. Se ha mantenido por dos razones. La primera es porque se ha formado durante un siglo con interpretaciones firmes alrededor de las soluciones francesas que inspiraron la redacción y permitieron que algunas de las deficiencias se allanaran construyendo un sistema que seria injustificado desechar. Y como segunda razón, podemos destacar que las reglas del

Código Alemán trasladaban al juez la difícil tarea de apreciar las distintas formas del error, lo que generaba un problema difícil de solucionar.

No obstante lo dicho, la fórmula sugerida por el Anteproyecto fue el núcleo de un proyecto de declaración en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba, cuyo tema XVIII se refería precisamente al error de derecho y, pese a no ser tratado en plenario, la Comisión produjo un interesante despecho [15].

b. Proyecto de 1936

La Comisión reformadora prefirió dejar de lado el anterior trabajo y elaborar un proyecto totalmente nuevo, inspirado netamente en la metodología del Código Civil alemán de 1900, que en los comienzos del siglo XX era el modelo obligado, así como en el siglo anterior lo había sido el Código Civil francés. Ve así la luz el llamado Proyecto de 1936.

Con respecto a este proyecto podemos decir que las normas del Código Civil se han mantenido en él con algunas modificaciones, eliminándose las de carácter puramente doctrinario. Además fueron incluidas en este capitulo referido al error algunas reglas que en el Anteproyecto figuraban dentro del titulo referido a los actos jurídicos. Son las que afectan a la manera de transmitir la declaración de voluntad, y que por tal motivo tienen acá un lugar adecuado.

Al tratar la materia del error la Comisión intentó destacar las particularidades que resultan del sistema que inspira nuestro Código, aunque no se lo había alterado de manera fundamental.

Efectuadas estas aclaraciones, diremos que se mantiene el principio del art. 923, en el mismo sentido que lo explicaba Bibiloni: el error de derecho no podría invocarse para impedir los efectos de los actos lícitos, tendiendo de esta manera a proteger las transacciones. Pero, anula el acto que no se hubiera formado sin ese error, ya que estaría viciada la voluntad que le ha dado origen.

Se han reunido en un solo artículo formado por varios incisos, los casos en que el error, sea de hecho como de derecho, dan lugar a la acción de nulidad; subsisten de esta manera los arts. 924 y 925, pero ampliando la última parte a los fines de comprender las disposiciones testamentarias.

El art. 926 fue reformulado con tendencia a sustituir el criterio objetivo por otro más práctico, concordante con la legislación suiza y húngara. La “cualidad de la cosa que contempla el Proyecto, es aquella que en la práctica de los negocios debe ser considerada como principal”. Con ello, los inconvenientes a los que se enfrentaba al establecer qué era lo que se entendía por la “cualidad que tuvo en mira”, como lo expone el texto original, queda subsanada por un criterio más práctico y real.

Se conserva el art. 927 aunque modificado en un inciso relativo a la circunstancia de la buena fe que pudo juzgar el agente como necesaria para el acto. Artículo nuevo que propulso Bibiloni a los fines de que se evite que pueda invocarse el error contra las reglas de la buena fe.

En cambio deja subsistente el artículo 929 por haber tenido fecundas aplicaciones entre nosotros.

c. Conclusiones sobre los proyectos de reforma

Del análisis de los proyectos de reforma expuestos podemos decir que, es posible extraer conclusiones confirmatorias de lo que fue manifestado respecto a la posibilidad de invocar con éxito el error de derecho en nuestro actual ordenamiento jurídico. Tanto el Proyecto de Bibiloni, como el de la Comisión de 1936, admiten el error de derecho dejando subsistente el art. 923 C.C., y subrayando, la posibilidad de invocar el error de derecho en determinados supuestos.

De igual manera, los proyectos expuestos denuncian además la existencia en doctrina de una franca tendencia hacia la admisión del error de derecho, en concordancia con las corrientes doctrinarias más modernas.

5. Congresos Nacionales de Derecho Civil

a. Importancia de los Congresos Nacionales de Derecho

Las inquietudes reformistas no se redujeron a la labor de los integrantes de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, sino que la opinión jurídica del país había tomado activa participación en el problema, expresando la conveniencia de que se introdujesen modificaciones en nuestras leyes civiles vigentes. Así es que, antes de que el Poder Ejecutivo designase la Comisión encargada de proyectar las reformas, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en 1925 había convocado a un Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en mayo de 1927, y en la ordenanza de convocatoria expresaba que la finalidad perseguida por el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil era "elaborar bases doctrinarias que signifiquen *el aporte de las universidades* a los diversos problemas que plantea el progreso de nuestras instituciones civiles" (art. 1º) [16]. En el se estudiaron especialmente los aspectos que se consideraba necesario contemplar en una reforma del Código civil. Creemos conveniente recordar este hecho, pues la llamada Escuela de Derecho Civil de Córdoba ha sentido siempre respeto y admiración por la obra de don Dalmacio Vélez, pero también ha sido la primera en señalar que los cambios sociales exigen la correspondiente modificación de las leyes y que el propio codificador, al concluir su labor, reconoció con toda humildad *"que un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa ni el término de un progreso"* [17], y propuso los mecanismos para que de manera permanente se trabajase en su perfeccionamiento.

Cuando, después de una década de esforzada labor la Comisión dio a luz el Proyecto de 1936, la Universidad Nacional de Córdoba tomó nuevamente la iniciativa de convocar a un nuevo Congreso Nacional de Derecho Civil, que reuniese a los especialistas en la materia para que examinasen el proyecto, atendiendo "la situación y las exigencias del país en la hora presente". Así se constituyó en Córdoba el Segundo Congreso Nacional de Derecho, con la finalidad de evaluar en nuevo Proyecto de Reforma de 1936.

b. Desarrollo del tema en el Segundo Congreso Nacional de Derecho civil (Córdoba, 1937)

Dentro de los veintiún puntos del temario, veinte se dedicaban al análisis específico de distintos problemas, pero uno de ellos, el tema X, hacía referencia general a la necesidad de que una iniciativa de tanta trascendencia fuera "revisada por los cuerpos de especialistas de cada una de las universidades del país". Recordemos que el Proyecto se había elevado al Congreso, y se encontraba a estudio de una Comisión Interparlamentaria, que había abierto una encuesta para recibir "la opinión de las Universidades, cuerpos técnicos y juristas especializados del país". Se propuso, en consecuencia, que la Comisión Interparlamentaria proceda a una amplia difusión del Proyecto de la Comisión de Reforma, acompañado de un llamado a la opinión del país para que emita su entender al respecto, para lo cual el Segundo Congreso solicitaba a las Facultades de Derecho de las Universidades del país que *"organicen el estudio del Proyecto por medio de los institutos y profesores de la especialidad, emitiendo opinión, en lo posible dentro de un plazo prudencial"* [18].

Muchos temas fueron foros de discusión y sometidos a crítica con los fines antes expuestos. Del total de los puntos del temario se alcanzaron a considerar dieciséis y, en muchos casos, las opiniones no fueron favorables a las soluciones contenidas en el Proyecto que, posteriormente, sufrió otras críticas y no fue aprobado por el Congreso de la Nación.

El error de derecho fue uno de los temas propuestos, bajo número de temario XVIII, pero no alcanzó a ser debatido debido a la escasez de tiempo con la que se contaba para su estudio. Fue incluido en la Resolución sobre "temas no considerados". No obstante ello, se dejó más que claro en los discursos de consideración que, si los proyectos no habían sido tratados, no quería significar que hubiesen o no tenido la aquiescencia del Congreso Nacional de Derecho Civil, y que el silencio sólo obedecía a la falta de tiempo, y nada más [19].

Concretamente en relación al tema y las ponencias presentadas, las inquietudes centrales giraron en torno a la conveniencia o no de que el error de derecho pueda ser invocado para alegar la nulidad de un acto jurídico o para fundar la buena fe del poseedor. Y respecto a ello, las declaraciones emitidas fueron las siguientes:

1. Conveniencia de modificar el art. 142 del Proyecto en el sentido de que él sólo comprenda el error de hecho.

2. Que debe consagrarse la admisión del error de derecho sólo en relación a la causa principal o al objeto del acto.

3. Que debe mantenerse la norma del art. 1409 del Proyecto en cuanto admite que el error de derecho puede servir de fundamento a la buena fe del poseedor, si bien esta regla debe ser entendida con la limitación establecida por el art. 145 del mismo Proyecto.

6. Conclusión

A modo de conclusión podemos decir que ha sido favorable el desarrollo en la transformación que ha experimentado el error de derecho dentro de la evolución histórica. Que mucho ha influido en ello la importancia y trascendencia que los Congresos Nacionales de Derecho tuvieron dentro de nuestro sistema, a través de los importantes aportes que brindan sus recomendaciones, como herramienta de avance jurídico.

Es cierto que estas recomendaciones provenientes de Congresos científicos no tienen fuerza imperativa, pero constituyen una valiosa expresión de la doctrina y en tal carácter influyen muchas veces de manera decisiva en la evolución de la jurisprudencia, primero, y en las reformas legislativas, luego.

NOTAS:

[*] Abogada. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

[**] Director del Instituto de Derecho Comparado y presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

[1] Luis Moisset de Espanés, "El error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el Código Civil argentino", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año XXV, 1961, Nros 1-2, pág. 143.

[2] Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

[3] La nota al art. 13 C.C. dice que: "La ley extranjera es un hecho que debe probarse". De allí que la doctrina nacional considere que el error de derecho extranjero es error de hecho; Werner Goldschmidt, "El error de derecho sobre el derecho extranjero como error de hecho", J.A. 1957-IV-doct.59.

[4] Ver nota art. 923 C.C..

[5] Enrique V. Galli, en sus comentarios al *Tratado de derecho civil argentino*, de Raymundo M. Salvat, *Obligaciones en general*, t. II, Nº 1556-C.

[6] Aída Kemelmajer de Carlucci, "El error de derecho en la impugnación de particiones hereditarias aprobadas judicialmente", J.A. 1979-I.

[7] Ver nota art. 784 C.C..

[8] Ver Luis Moisset de Espanés, Trabajo y lugar ya citados.

[9] José Buteler Cáceres, *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Córdoba, 1998.

[10] Aída Kemelmajer de Carlucci, trabajo y lugar ya citados.

[11] Héctor Raúl Sandler, "El error de derecho", publicado en el Boletín de la Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pág. 124.

[12] Anteproyecto, t. 1, pág. 102.

[13] Arturo Acuña Anzorena, "El error de derecho en materia de transacción", J. A. 52-731.

[14] Anteproyecto de Reforma al Código Civil Argentino, t. I, Parte General, págs. 102 y 103.

[15] Ver *Actas,* t. I, pág. 433.

[16] Ver *Actas Primer Congreso...,* Córdoba, Imp. Universidad Nacional, 1928, pág. 5.

[17] Luis Moisset de Espanés, "El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, octubre 1961)", J. A. 1992-I-875.

[18] Ver *Actas Primer Congreso...,* pág. 96.

[19] Ver *Actas del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Resolución Sobre Temas no Considerados*, pág. 433.

EL ABUSO DEL DERECHO Y LOS CONGRESOS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

por MAXIMILIANO RAFAEL CALDERÓN

SUMARIO: 1. Aclaraciones preliminares. 2. El abuso del derecho en los Congresos Nacionales de Derecho Civil. 2.1. Las normas existentes a la fecha de los Congresos: el abuso en el Código de Vélez. 2.2. El abuso del derecho en los Congresos de Derecho Civil. 3. Evolución legislativa. El art. 1071 C.C., según ley 17.711. Proyecciones prácticas de los Congresos Nacionales. 3.1. El abuso del derecho antes de la ley 17.711. 3.2. La reforma al Código Civil (ley 17.711). 4. Los problemas planteados en los Congresos. 4.1. El punto de vista del análisis. 4.2. Análisis de los temas principales.

1. Aclaraciones preliminares

1.1. El presente trabajo ha sido elaborado a los fines de su publicación en la obra de Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, en cumplimiento de la amable y generosa invitación realizada por el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, por la que expresamos pública gratitud en estas líneas.

Por ello, las líneas que siguen se apartarán de toda pretensión de sistematicidad, limitándose a considerar el tema estudiado desde el ángulo visual de los Congresos y los problemas que fueron discutidos en ellos.

1.2. La metodología a seguir consta de dos partes: i) El estudio del tratamiento dado a la teoría del abuso del derecho en los Congresos Nacionales de Derecho Civil y sus proyecciones prácticas; ii) El análisis de los temas centrales que fueron abordados en los Congresos Nacionales en relación a la figura del abuso del derecho.

2. El abuso del derecho en los Congresos Nacionales de Derecho Civil

2.1. Las normas existentes a la fecha de los Congresos: el abuso en el Código de Vélez

1) *El Código de Vélez:* Los tres primeros Congresos Nacionales de Derecho Civil tuvieron lugar durante la vigencia del Código Civil en su redacción original, que no receptaba de manera expresa la figura del abuso del derecho y, antes bien, contenía dispositivos que partían en alguna medida de su negación.

El art. 1071 C.C. establecía que "El ejercicio regular de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

A su turno, dos normas previstas en materia de derecho de dominio admitían el derecho del propietario de usar y gozar de la cosa llegando incluso a desnaturalizarla, degradarla o destruirla (art. 2513 C.C.), incluso cuando tuviere por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer o traerle algunos inconvenientes (art. 2514 C.C.).

Las notas de estos artículos revelan el pensamiento de Vélez, contrario a la restricción del abuso [1]. Con todo, no es sostenible que el codificador se enrolara en una postura individualista a ultranza [2].

2) *Su interpretación:* Un importante sector de la doctrina entendía que de los términos del art. 1071 C.C. podía inferirse un claro rechazo a la teoría del abuso del derecho, que no podía regir en el derecho civil argentino sin una previa reforma legislativa [3].

Se argumentaba en este sentido que el Código Civil no establecía la ilicitud o ilegalidad de este ejercicio, a lo que se añadía la indicación de que en el marco del art. 1071 C.C., el ejercicio de un derecho no puede constituir en ilícito "ningún acto" (ni aún el abusivo, pues no se

establecían reservas). A ello podía añadirse una lectura constitucional según la cual el art. 19 C.N. exigía que las limitaciones de derechos se hicieran por ley, con exclusión de otras fuentes limitativas [4].

Otro sector doctrinario, inicialmente minoritario y luego más nutrido, entendía que este art. 1071 C.C. no importaba una valla infranqueable a la figura bajo estudio [5].

2.2. El abuso del derecho en los Congresos de Derecho Civil

a. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil [6]

1) *La recomendación:* En este Congreso, sobre la base de una ponencia elaborada por Henoch D. Aguiar, se estableció que la doctrina del abuso del derecho debía ser acogida por la ley civil *"en forma más precisa y práctica que la adoptada por otras legislaciones civiles"*, tendiendo a *"un ejercicio del derecho en mayor armonía con su fin económico, individual y social"* [7].

La fórmula propuesta fue la siguiente: "El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto, salvo que el derecho se ejercitase sin necesidad o beneficio para el titular y en perjuicio de alguien".

Se advierte su correspondencia con la teoría tradicional de los actos emulatorios [8], ejercitados sin interés propio y en perjuicio de alguien [9].

2) *Los fundamentos:* la ponencia de Aguiar desarrolló diversos tópicos, señalando:

- Que contemporáneamente se tiende a limitar los derechos no sólo en función de intereses sociales, sino también en atención a derechos individuales, lo que se vincula con el surgimiento de la doctrina del abuso del derecho [10].

- Que existen dos concepciones del abuso del derecho, ambas expuestas por Saleilles en diferentes obras: para la primera, se trata de una doctrina tendiente a establecer una limitación general del derecho en materia económico y social; para la segunda, más circunscripta, sólo jugaría cuando el acto no puede sino perjudicar a otro sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumple [11].

No obstante, estas restricciones en materia de interés económico social no comprenden las relativas a intereses individuales, por lo que podría establecerse una restricción más amplia que englobe a todas y que concordaría con el abuso del derecho. De acuerdo con este principio, el individuo no puede ejercitar legítimamente un derecho cuando lo hace fuera de sus necesidades (por el mero placer de hacerlo) y en perjuicio de alguien [12].

3) *Otras menciones:* la referencia al abuso del derecho aparece también en la fundamentación del Dr. Ernesto Cordeiro Alvarez sobre la proporcionalidad entre responsabilidad civil y grado de culpabilidad, al referirse a la penetración de principios éticos en el derecho [13].

b. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil [14]

1) *El Segundo Congreso:* Este certamen fue convocado a fin de practicar *"el examen del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión designada al efecto en 1926, referido a la situación y a las exigencias del país en la hora presente"* [15]. La referencia corresponde al denominado "Proyecto de 1936".

Este proyecto suscripto por la Comisión reformadora conformada por Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz y Gastón Federico Tobal, siendo su secretario Ricardo E. Rey [16]. Su redacción había sido encargada por decr. 12.542/26 [17], entregándose el proyecto terminado al Poder Ejecutivo el 1/10/36.

La base de este Proyecto de 1936 fue el anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, redactado por encargo de la Comisión reformadora. Bibiloni integraba la Comisión en su carácter de miembro de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Buenos Aires.

Existen diferencias importantes entre ambos proyectos en numerosas temáticas, como se advertirá a renglón seguido.

2) *El abuso del derecho en el Proyecto de 1936*: siendo que la Comisión que examinó el abuso del derecho se concentró en el examen del Proyecto de 1936, es necesario sintetizar su contenido.

El anteproyecto de Bibiloni rechazaba enfáticamente la teoría del abuso del derecho. El proyectista proponía reemplazar el art. 1071 C.C. por el art. 411 de acuerdo al cual "los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero". La actitud de Bibiloni con relación a esta tesis despertaría importantes censuras en el marco del Segundo Congreso.

Esta norma no fue acogida por el Proyecto de 1936. La Comisión reformadora optó por desechar el art. 411 proyectado pero sin incorporar de manera explícita la figura, ante la existencia de discrepancias internas sobre el punto [18].

En la discusión llevada a cabo en el Segundo Congreso, uno de los miembros de la Comisión Reformadora [19] explicaría que esta decisión obedeció a un carácter transaccional y que, si bien él hubiera preferido un reconocimiento explícito de la teoría del abuso del derecho, el mecanismo que se adoptó fue prudente y debía ser valorado positivamente.

3) *La discusión en Comisión:* en el plenario de la Comisión se abordaron diferentes tópicos [20]:

- *La utilidad de la doctrina del abuso del derecho:* Sobre este punto, existió coincidencia plena en sostener que la figura resultaba útil y valiosa. Le correspondió a Pedro León la refutación de los argumentos por los que Bibiloni desechaba esta doctrina, sin que se hayan producido disidencias sobre esta valoración general [21].

- *La conveniencia de incorporar el abuso del derecho al Código Civil:* La mayor parte de los integrantes de la Comisión se pronunció en favor de la incorporación de esta doctrina.

Disintió Rafael Bielsa, quien argumentó: i) que el abuso del derecho debía ser reprimido por leyes objetivas y generales dictadas en virtud del poder de policía y no mediante potestades discrecionales de los jueces; ii) que la incorporación al Código Civil podría desinteresar al legislador de desarrollar una legislación social, a contramano de la tendencia imperante, y iii) que el derecho comparado no importaba un argumento dirimente para la incorporación, ante las diferentes idiosincrasias y políticas legislativas [22].

Cordeiro Alvarez refutó el primer argumento, señalando que sería más riesgoso no dictar normas y que sean los jueces quienes impongan la teoría "vía de interpretación o de lucubración doctrinaria" que proveerles de una fórmula aplicable en todos los casos.

- *La situación del abuso del derecho en el Proyecto de 1936*: sobre este particular se advierte una fuerte discrepancia.

Lafaille, quien a su vez integró la Comisión reformadora, sostuvo enfáticamente que la fórmula adoptada en el proyecto era permisiva del empleo del abuso del derecho al momento de dirimir controversias jurisdiccionales. Fundó su posición en la supresión del art. 1071, que eliminaba la doctrina de manera categórica, y la previsión de otras instituciones (arts. 150 y 156) que receptaban su doctrina, considerando que la solución adoptada resultaba prudente.

Orgaz entendió que sí se había receptado la teoría *"por exclusión, por vía negativa, por eliminación de obstáculos"*, pero objetó la falta de precisiones dadas en el Proyecto, a causa de la cual *"lo que la Comisión no se ha animado a hacer, lo van a tener que hacer los jueces"*.

En cambio, otros expositores entendieron lo contrario. León, examinando las normas proyectadas, concluye en que la manutención de una definición de acto ilícito que tiene como uno de sus elementos constitutivos la violación a la ley no permite el recurso a esta figura. Saravia rechazó la posible aplicación analógica de las normas particulares, por no existir afinidad de hecho y chocar con la regla del art. 864 proyectado. Varios expositores reclamaron enérgicamente la necesidad de adoptar una norma específica y concreta [23], destacándose el enfático comentario de Aguiar, quien desechó de plano que pueda existir ilicitud por abuso del derecho sin una norma que expresamente lo recepte, conminando a los integrantes de la Comisión reformadora a fin de que tengan el valor de decir: "Rechazamos la doctrina del abuso

del derecho, la rechazamos en absoluto, porque no conviene, por esto o por aquello; pero no vengamos a decir que está en el Proyecto, sin una sanción expresa que la consagre".

- *El rol de los jueces en la determinación del abuso del derecho:* éste fue uno de los tópicos más discutidos.

Una parte importante de los expositores se manifestaron contrarios a que los magistrados, en ejercicio de potestades discrecionales, determinasen cuándo existía abuso del derecho. Ya por entender que ello podría motivar diferencias de trato en el marco de un estado federal [24], ya por considerar la función impropia de los magistrados [25], ya por entender que abría la puerta de la arbitrariedad [26], a la incertidumbre [27] o la anarquía [28], lo consideraban riesgoso.

Otros ponentes, en cambio, reivindicaron vigorosamente la idoneidad de los jueces para dotar de contenido a la fórmula genérica proyectada. Es el caso de Pedro León.

En una postura aún más extrema, Lafaille entendió que la falta de previsión legal de la doctrina del abuso del derecho dejaba no obstante abierto el camino para su recepción por una "jurisprudencia elástica".

- *La fórmula a utilizarse para caracterizar el abuso del derecho:* Sobre este punto existieron también algunas discrepancias.

Sosteniendo la fórmula propuesta para su discusión, León afirmó que se trataba de la prevista por el proyecto franco-italiano con más el agregado del elemento subjetivo, observable en el Código Polaco de las Obligaciones. Bielsa cuestionó este elemento subjetivo en la definición, pues si se obró con dolo y culpa no hay necesidad de hablar de abuso del derecho. Montagné avaló la previsión de los límites subjetivo y objetivo y finalista.

En otro plano discursivo, a fin de no definir de antemano las condiciones para que exista abuso (perjudicando una ulterior evolución de la doctrina), Orgaz propuso postular como agregado al art. 1071 que el ejercicio "normal" de un derecho no constituye un acto ilícito, caracterizando al abuso como aquello contrario al "normal ejercicio".

Por fin, Díaz de Guijarro pretendió que la fórmula definiera al abuso del derecho a partir de dos conductas alternativas (causar un daño obrando con dolo o culpa en el ejercicio de un derecho; causar un daño excediendo los límites fijados por la buena fe o el fin en vistas del que se confirió el derecho), mientras que la Comisión postuló que se trataba de dos condiciones acumulativas [29], pues proponía una fórmula estricta [30].

4) *Conclusiones:* por mayoría, se establecieron las siguientes conclusiones: i) conviene incorporar al Código Civil una norma relativa al abuso del derecho, habiéndose formado una conciencia jurídica universal en la materia; ii) la solución proyectada por la Comisión reformadora no soluciona el problema, pues según el art. 864 inc. 1 proyectado sólo son ilícitas las conductas en contravención a lo expresamente prohibido u ordenado; iii) la fórmula propuesta reconoce como antecedentes el art. 74 del proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones, completada con la exigencia de subjetividad del art. 135 del Código Polaco de las Obligaciones; se propone el siguiente artículo: "El que en el ejercicio de su derecho causare un daño a otro debe repararlo si obró con dolo o con culpa y excedió los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le fue conferido" [31].

En disidencia, Rafael Bielsa puntualizó la imposibilidad práctica de determinar con criterio objetivo qué es el abuso del derecho, a la vez que postuló que lo que corresponde es establecer normas objetivas, generales y ciertas que reglamenten los derechos y repriman ejercicios de derechos inicuos o antisociales.

5) *Otras menciones:* además del tratamiento específico al que nos hemos referido, la temática del abuso del derecho fue introducida tangencialmente. Nos limitaremos a enunciar aquellas alusiones que revisten algún interés conceptual, dejando de lado otras referencias coyunturales, vinculadas al hilo discursivo de las discusiones pero sin relevancia científica.

El abuso del derecho fue mencionado: en el discurso del Dr. Sofanor Novillo Corvalán, rector de la Universidad Nacional de Córdoba, al mencionarlo como un supuesto que debía ser incorporado a la legislación, más allá de la tesis de la estabilidad del derecho privado [32]; en el discurso del Dr. Héctor Lafaille, al confrontar el contenido del Proyecto con las conclusiones del Congreso [33]; en el discurso del Dr. Angel A. Cabral, al valorar el aporte doctrinario del

Congreso sobre éste y otros temas [34]; en la Comisión encargada de examinar la repartición del daño voluntario, al postular que ambos institutos reposan en la socialización del derecho y en la creciente influencia de los principios éticos en la vida jurídica [35]; en la exposición de Montaigné, en la Comisión que trató el régimen del consentimiento, al referirse a las limitaciones de cuño doctrinario que se establecen frente al principio de intangibilidad del contrato [36]; en la exposición de Atwell de Veyga, al censurar la utilización de expresiones legales vagas e indefinidas que habiliten la arbitrariedad judicial [37]; en la disidencia de fundamentos de Adelqui Carlomagno, deducida en el marco de la Comisión encargada de tratar el tema relativo a la teoría de la imprevisión, al oponerse a la introducción de normas expresas que aborden estos temas [38].

c. Tercer y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil

El tema del abuso del derecho no fue tratado específicamente en los demás Congresos Nacionales de Derecho Civil. Sin embargo, fue motivo de alusiones puntuales.

1) En el Tercer Congreso [39] fue considerado un instrumento que permite la revisión contractual y fundamento de la teoría de la imprevisión [40]. También fue materia de crítica por entenderse que si fuera aplicado junto a las teorías de la causa, de la lesión, de la imprevisión, nada quedaría del acuerdo de voluntades que forma el contrato [41].

2) En el Cuarto Congreso [42] fue mencionado como herramienta para remediar un enriquecimiento injusto pero causado [43], como correctivo de la mora automática en casos de plazo incierto [44], como límite a la opción de reparar en especie prevista por el art. 1083 C.C. [45], como supuesto de aplicación de la responsabilidad objetiva [46], como pauta para el contralor de los requisitos de procedencia de la protección del tercer adquirente en el marco del art. 1051 C.C. [47] y como fundamento de la negativa de vocación hereditaria a la nuera viuda que vive en concubinato [48].

3. Evolución legislativa. El art. 1071 C.C., según ley 17.711. Proyecciones prácticas de los Congresos Nacionales

3.1. El abuso del derecho antes de la ley 17.711

Examinamos brevemente dos recepciones que tuvo esta figura antes de la sanción de la ley 17.711.

1) *La Constitución Nacional de 1949:* esta norma constitucional, de breve vigencia [49], establecía en su art. 35 que "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre configuran delitos que serán castigados por leyes".

2) *El Proyecto de 1954*: en este anteproyecto de reformas [50] se incluyeron dos normas relativas al abuso del derecho.

El art. 235 establece que "La ley no tolera el abuso del derecho. Se entenderá abusivo el ejercicio de un derecho, cuando contraríe las exigencias de la buena fe o los fines de su reconocimiento. El ejercicio de los derechos que por su propia naturaleza o por una disposición legal, deban reputarse discrecionales, sólo será abusivo cuando tenga por fin exclusivo el perjuicio ajeno. El daño proveniente del abuso será indemnizable".

El art. 236 dispone que "Para ejercer o contestar una acción se requiere tener legítimo interés, económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o su familia, salvo disposición expresa de la ley".

3.2. La reforma al Código Civil (ley 17.711)

1) *La ley 17.711*: La ley 17.711/68 [51] es hasta la actualidad, la reforma más importante que se realizó al Código Civil [52].

Esta ley de reformas importó un cambio en la filosofía interna del Código Civil [53], apuntando a introducir criterios de justicia más flexibles y receptar soluciones provenientes de la realidad práctica [54]. Se trataba, en sustancia, de ajustar la filosofía del Código Civil a los nuevos tiempos, avanzando de un modelo racionalista-exegético hacia una visión más dinámica del derecho [55], cuya plasticidad permitía una más fácil realización de los ideales de justicia [56].

2) *La reforma en materia de abuso del derecho*: las reformas en esta materia fueron las siguientes:

- En el art. 1071 C.C. se modificó, quedando redactado de la siguiente manera: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

- Las normas relativas a derecho de dominio también fueron modificadas, reemplazando las facultades del propietario de degradar y desnaturalizar las cosas de su dominio por el derecho al uso y goce de éstas "conforme un ejercicio regular" (art. 2513 C.C.) y añadiendo al art. 2514 C.C. la aclaración de que la regla de no restricción del ejercicio de la propiedad por el hecho de causar inconvenientes a terceros juega "en tanto no fuere abusivo".

3) *Su interpretación:* con respecto a esta norma, y en términos generales, podemos realizar las anotaciones que siguen:

- Inicialmente se suscitaron diferentes posiciones [57]: i) una tendencia "minimizadora" o restrictiva de la figura, propia de una visión liberal del derecho que veía en la teoría del abuso del derecho un criterio conservador, atentatorio de las libertades individuales y abierto a la discrecionalidad judicial [58]; o bien partiendo de la idea de que debía haberse acotado la previsión legal al caso de los actos emulatorios [59]; ii) una tendencia partidaria de la figura, ya en términos moderados [60] o definidos [61].

- Mayoritariamente se entendió que la fórmula adoptada por el artículo contemplaba un criterio teleológico-funcional de carácter objetivo, al haber prescindido del dolo genérico o específico (*animus nocendi*), la culpa, la mala fe, en la configuración del abuso [62].

4) *Relaciones del texto reformado con los Congresos Nacionales de Derecho Civil:* si quisiéramos vincular la fórmula adoptada por el nuevo art. 1071 C.C. con las propuestas por los Congresos de Derecho Civil, podríamos señalar:

- Que la figura fue prevista con una extensión mucho mayor que la prevista por el Primer Congreso, limitada a los supuestos de actos emulativos (configurados por la falta de necesidad para el ejercicio de un derecho y el perjuicio a un tercero).

En este sentido, se adopta una caracterización amplia de la figura, más próxima a la prevista en el Segundo Congreso.

- Que la fórmula legal recepta, al igual que la del Segundo Congreso, un límite ético (ejercicio dentro de los límites de la buena fe) y uno teleológico (actuación ajena a los fines en vista de los cuales el derecho fue establecido).

- Que se advierten las siguientes diferencias: i) La fórmula del Segundo Congreso imponía, como requisito necesario para la configuración del abuso del derecho, la existencia de dolo o culpa; el nuevo art. 1071 C.C. no incluye esta exigencia, quedando abierta la discusión sobre si es necesaria para que exista responsabilidad civil; ii) La fórmula del Segundo Congreso define la causal teleológica como "exceso" de límites, mientras que la del art. 1071 C.C. alude a "contrariar" tales fines; asimismo, en el Segundo Congreso se habló de derechos "conferidos" y en la reforma al Código Civil de derechos "reconocidos"; iii) La reforma al art. 1071 C.C.

incorpora otros criterios éticos no incluidos en el Segundo Congreso: la moral y las buenas costumbres.

- Que resulta indudable la influencia del Segundo Congreso en relación a la reforma al Código Civil, la que a fin de profundizar la efectividad de la figura optó por una formulación más lata, menos restrictiva, con menores requisitos y de corte netamente objetivo.

4. Los problemas planteados en los Congresos

4.1. El punto de vista del análisis

En este apartado, abordaremos los temas centrales que fueron materia de discusión en los Congresos Nacionales con relación al abuso del derecho, brindando nuestra opinión sobre éstos.

4.2. Análisis de los temas principales

a. ¿Abuso del derecho o ejercicio abusivo de los derechos?

1) Una de las cuestiones que, en un plano teórico, fue tratada por los Congresos (especialmente por el Segundo) fue la impropiedad de la denominación "abuso del derecho", que era percibida por los doctrinarios intervinientes como contradictoria. De allí que se sugería su reemplazo por la expresión "ejercicio abusivo del derecho".

2) El basamento teórico del abuso del derecho puede rastrearse desde dos ópticas diferenciadas:

- La idea del ejercicio abusivo de un derecho como ejercicio de una facultad dentro de la limitación formal con que la ley reconoce su existencia (entendiendo al derecho como facultad de origen legal y ámbito circunscrito [63]) pero de un modo irregular contrario a la función social asignada, a la finalidad buscada o a la motivación de reconocimiento con referencia al ordenamiento legal [64].

Este modo de razonar, propio de los postulantes iniciales de la tesis de marras y de una amplísima cantidad de iusprivatistas actuales, encuentra hábitat natural y marco conceptual en la encrucijada doctrinaria que representa trabajar con una concepción jurídica según la cual lo que está apoyado en la letra de la ley es sin más legal y jurídico y percibir, al mismo tiempo, y contradictoriamente, que ciertas conductas desarrolladas bajo la tutela legal resultan abiertamente contrapuestas con el más elemental sentido de derecho y justicia.

- Desde otra óptica, y superando la "trampa positivista" [65] que obligaba a justificar un concepto supralegal desde una mecánica intralegal, es posible explicar el fenómeno identificando de un modo diverso la problemática. Así, se comprende a los derechos subjetivos como referidos genéticamente a una instancia prenormativa, y si bien se admite que la estructura legal los limita razonablemente, no se interpreta que subsistan por el solo hecho de actuarse dentro de los límites legales [66].

Un derecho no puede ejercerse más allá de los límites legalmente impuestos, lo cual no significa de un modo alguno que una conducta no contradictoria con la expresión resulte sin más el ejercicio de un derecho, puesto que no es la ley la que impregna de legitimidad a la conducta, sino su valor intrínseco reduciendo el examen de legalidad a un nivel valorativo inmediato pero no definitivo [67].

No obstante, la realización de uno o más actos dentro de la esfera de legalidad formal genera, desde un ángulo visual axiológico, una apariencia de legitimidad, por lo cual, la eventual antijuridicidad que conlleve resulta oculta, poco ostensible. Así, la fenomenología estudiada se integra por la observación de una conducta aparentemente jurídica pero realmente antijurídica que, valiéndose de una presunción de legitimidad, provoca una consecuencia jurídicamente inadmisible [68].

3) Aceptando como más adecuada a la real comprensión del problema la explicación enunciada en segundo lugar, advertimos la impropiedad que significa aludir al "abuso del derecho" [69], desde que el concepto de derecho es intrínsecamente contradictorio con la posibilidad de su abuso, ya en su acepción objetiva (derecho como lo justo, como acción, dación u omisión rectamente debida), al no ser posible abusar de lo recto, ya en su acepción subjetiva (derecho como facultad o poder jurídico), al dejar de existir el derecho subjetivo en el momento mismo en que empieza a ejercerse abusivamente.

Sólo podría hablarse de "abuso del derecho" entendiendo al último en su acepción normativa (el derecho como norma), en cuyo caso estaríamos ante un verdadero "abuso de las formas legales", pero esta manera de concebir al derecho es justamente la que rechazamos en el anterior apartado por el reduccionismo que entraña y su visión no del todo congruente con la realidad del mundo jurídico. En consecuencia, el valor significativo de la tesis glosada se ve oscurecido por un "déficit terminológico" [70] que es preferible disipar.

Creemos adecuado hablar entonces de la "conducta abusiva" o el "acto abusivo" para referirnos a todo acto ilegítimo realizado bajo la apariencia del derecho.

b. Abuso del derecho, razonabilidad y limitación de los derechos subjetivos

1) Rafael Bielsa marcó insistentemente en las discusiones llevadas a cabo en el Segundo Congreso que el abuso del derecho debía ser reprimido por leyes objetivas y generales dictadas en virtud del poder de policía y no mediante potestades discrecionales de los jueces, siendo que la incorporación al Código Civil podría desinteresar al legislador de desarrollar una legislación social, a contramano de la tendencia imperante.

La reflexión de Bielsa tiende a conectar la represión del abuso del derecho con el ejercicio del poder de policía y con el desenvolvimiento de la legislación social. ¿Es esta relación exacta? Y, en su caso: ¿Comporta óbice a la incorporación del abuso del derecho en el Código Civil?

2) En un plano conceptual, son indudables los vínculos entre las técnicas generales de limitación de derechos y la teoría del abuso del derecho.

La admisión de parámetros valorativos de la razonabilidad conductual de los sujetos del mundo jurídico permite, como único criterio axiótico de referencia, la calificación de un determinado modo de obrar en concreto como impropio, injustificado, excedente de los márgenes externos de la tolerancia social, ello sin perjuicio de que tal conducta se ejerza en una apariencia de licitud y riguroso cumplimiento de las exigencias normativas.

Encontramos entonces el nivel de justificación del ejercicio de un derecho, que impone confrontar un comportamiento desarrollado *hic et nunc* con criterios objetivos y racionales de justificabilidad-no arbitrariedad [71]. No configurada esta relación de razonabilidad, será viable inferir la presencia de una disfuncionalidad operativa que torna insusceptible de tutela (y aún más, de admisión) jurídica al obrar analizado.

La comprobación del carácter intrínsecamente limitado [72] de los derechos subjetivos en su rol de facultades dinamizadoras de la actuación social (y por ende, personal) justifica la potencial referencia a un ejercicio excesivo (en cuanto va más allá de los límites cualitativos) o impropio (en cuanto desnaturaliza cualitativamente el derecho).

No partimos aquí de una epistemología normológica que concibe a cada derecho subjetivo como la creación del derecho positivo vigente que, por tanto, permite considerar como irregular al ejercicio de un derecho en cuanto se excede de un ámbito formal asignado por la norma, sino que, por el contrario, desde que la dimensión valorativa propia del mundo jurídico limita interna, originaria y existencialmente todo derecho a partir del orden objetivo de la justicia desarrollado en las relaciones de alteridad y la teleología del bien común, la restricción referida no es el resultado de una contrastación norma-realidad sino un ejercicio de estimativa jurídica tendiente a apreciar si en un caso concreto se está actuando con o sin derecho.

Conforme con lo anterior, quien desarrolla una conducta que excede el tope de admisibilidad y tolerancia que la razonable justificación jurídica impera (obrando por ende de un modo disfuncional, impropio, injustificado) actúa al margen de lo jurídico (luego en el

ámbito de lo antijurídico). Así, ese modo de actuar es radicalmente ilegítimo aun cuando estuviera cubierto bajo una apariencia de legitimidad. Esta hipótesis de conducta aparentemente jurídica [73] pero no apoyada en un derecho real y existente importa un obrar abusivo respecto de las circunstancias normativas (ley aparentemente permisiva) y fácticas (situaciones de hecho idóneas para disimular la ilegitimidad de un acto). Esto es una conducta abusiva.

3) La pertinencia de las observaciones de Bielsa se ratifica con otros dos enfoques complementarios:

- Desde una óptica constitucional, debemos señalar que el último estándar normativo de justificación de la antijuridicidad de la conducta abusiva la relatividad inherente a todo derecho constitucionalmente reconocido que lo configura como susceptible de reglamentación razonable y no desnaturalizante en los términos de los arts. 14 y 28 C.N., a los fines de la tutela del bien común [74] (sea cual fuera la fórmula empleada en concreto [75]) implicando la inadmisión de visiones individualistas de los derechos (otrora calificadas como propias de un "protestantismo constitucional" [76])

La sistemática de los derechos constitucionales en nuestro país se construye sobre la base del reconocimiento de que éstos pueden ser limitados, con sujeción a los principios de legalidad (arts. 14 y 19 C.N.) [77] y razonabilidad (art. 28 C.N.) [78].

En esta inteligencia constitucional, la relación entre abuso del derecho y leyes de policía (que implican el ejercicio de esta potestad reglamentaria a la que nos hemos referido) es ostensible.

- Desde una perspectiva histórica, debe recordarse que el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil tuvo lugar en 1937.

En esta década se desarrollaba una tendencia universal de reconocimiento de la legislación social [79], que tuvo concretas expresiones en nuestro país (luego profundizadas en la década del '40 y principios de los años '50) y se vio acompañada por una tendencia jurisprudencial de carácter solidarista, proclive a la limitación de derechos individuales con relación a ejercicios antisociales [80].

A esta circunstancia obedecía la preocupación de Bielsa, quien reclamaba evitar la adopción de medidas que pudieran afectar este proceso.

4) Debemos detenernos brevemente en una cuestión vinculada con la que examinamos.

La concepción absoluta de los derechos subjetivos, que los considera ilimitados intrínsecamente [81], y la teoría de los derechos incausados, que reduce esta libertad absoluta y discrecional de ejercicio a las meras libertades o derechos "indefinidos" [82] se vinculan con el problema bajo estudio.

Las posturas de rechazo del abuso del derecho que se desenvolvieron inicialmente en la doctrina nacional estuvieron influenciadas por una concepción absoluta e ilimitada del derecho subjetivo [83]. A su vez, quienes aceptan la categoría de derechos incausados tienden a juzgar inaplicable la teoría del abuso del derecho a su respecto [84], aunque sosteniendo que se trata de un supuesto de excepción (siendo la regla el carácter limitado de estos derechos) [85].

Ambas posturas tienen en común dejar fuera del ámbito de aplicación de la teoría que estudiamos todos o algunos de los derechos subjetivos.

El examen de estas posiciones excedería largamente la extensión y finalidad del presente trabajo, por lo que debemos limitarnos a señalar que, a nuestro criterio: i) la concepción absoluta del derecho subjetivo entraña una perspectiva antisocial, que sólo podía ser sostenida en el marco de una infraestructura conceptual individualista y liberal a ultranza, ajena al solidarismo que preside nuestra axiología constitucional; ii) la teoría de los derechos incausados (a más de ser conceptualmente objetable [86]) no demuestra que estas libertades estén al margen de operatividad del abuso del derecho, pues por más que entrañen una presunción de legitimidad de ejercicio (por su discrecionalidad), los tribunales no están obligados a aceptar "mansamente" y ante "un ejercicio groseramente abusivo" que "carecen de la posibilidad de aplicar los correctivos" que emanan de esta teoría [87].

5) Sin embargo, existen dos aspectos en los que entendemos no asistía razón al maestro rosarino.

- Por un lado, en cuanto presenta al abuso del derecho como un tópico de la reglamentación de derechos en pos de intereses sociales. Ya la ponencia de Aguiar en el marco del Primer Congreso demostraba que esta teoría tendía a evitar un ejercicio de derechos de corte abusivo en detrimento exclusivo de particulares y, con ello, sin trascendencia social.

Existen diferencias entre sostener que una concepción de los derechos absolutos sería antisocial y postular que todo ejercicio abusivo de ellos agrede los valores sociales o colectivos. En ese contexto, entendemos que no advirtió Bielsa que la legislación social que juzgaba suficientemente limitativa de los derechos individuales (como manifestación material del poder de policía del Estado) es insuficiente, al no reglamentar suficientemente los supuestos de abuso del derecho sin consecuencias socialmente relevantes pero individualmente perjudiciales, verificados en el marco de relaciones privadas.

- Por el otro, discrepamos respecto a que la existencia de leyes por las cuales el Estado reglamenta los derechos individuales constituya un obstáculo a la regulación del abuso del derecho.

No parece correcto entender que porque se establezca una institución que limita los derechos en pos de un parámetro de razonabilidad, el sistema general limitativo se verá inficionado; más bien se impone la conclusión contraria: a mayor cantidad de instituciones recepticias de esta regla de razonabilidad, el sistema se verá maximizado y obtendrá una eficacia superior, mediante el juego armónico de normas complementarias.

Asimismo, el abuso del derecho comporta un concepto jurídico indeterminado o abierto, cuyo contenido puede ser precisado en cada caso concreto en sede judicial. En este sentido, su ámbito de actuación alcanza situaciones que no podrán ser adecuadamente resueltas mediante regulaciones expresas y específicas dictadas en ejercicio del poder de policía y tendientes a satisfacer intereses sociales o colectivos.

Entendemos que la objeción de fondo de Bielsa consistía en la necesidad de preservar la función limitativa de derechos en cabeza del Poder Legislativo, cuestión a la que nos referimos luego.

c. Utilidad de la doctrina del abuso del derecho y conveniencia de su incorporación al Código Civil

1) Los miembros del Segundo Congreso se mostraron favorables a la teoría del abuso del derecho, en lo que se diferenciaron de la postura negatoria del proyectista Bibiloni; no coincidieron en cambio acerca de la conveniencia de incorporarla al Código Civil. Daremos nuestro punto de vista al respecto.

2) Consideramos que la figura del abuso del derecho reviste una innegable utilidad, que puede explicarse desde tres dimensiones analíticas:

- *Histórica* [88]*:* la teoría del abuso del derecho importa la expresión de técnica jurídica derivada de la reacción genérica del modelo legalista-dogmático propio del siglo XIX, asentada en una concepción antisocial y absolutizante de los derechos subjetivos completamente incompatibles con las exigencias de justicia y rectitud inherentes a toda la dinámica social en clave personalista.

- *Filosófica:* la teoría del abuso del derecho se muestra como una herramienta operativa de las técnicas de justificación-valoración intrínsecamente ligadas a la admisión de una categoría de conducta como jurídica [89]; importa además un recurso de limitación de las facultades individuales ejercidas bajo apariencia de licitud pero con perjuicio respecto de una tercera.

- *Etica*: la teoría del abuso del derecho contribuye a la moralización de las relaciones sociales, en tanto impide el desenvolvimiento de conductas elusivas de manipulación del derecho vigente como manera de perjudicar a terceros. Específicamente, se reduce el margen de operatividad del recurso a subterfugios legales, dejando en claro que la conducta abusiva no se encuentra tutelada. Esto revierte, por lo demás, en una revalorización del derecho como instrumento apto para garantizar una convivencia social justa [90].

3) El análisis precedente se vincula de manera estrecha con la conveniencia de incorporación de la figura al ordenamiento legal, pues si se trata de una herramienta útil (como lo hemos dicho), es plausible su recepción expresa.

A este razonamiento, caben añadir dos argumentos complementarios:

- La inclusión del abuso del derecho en el Código Civil implica un proceso de textualización, conforme la cual se establecen preceptos particulares que plasman literalmente este principio y autorizan al juzgador a atender sus requerimientos desde la misma regulación legal[91].

De esta manera, desde el propio texto normativo-positivo se define la ilicitud en términos más amplios, incluyendo supuestos de ejercicio abusivo de derechos o pretensiones de amparo en apariencias de legalidad.

Esto supone la recepción de una norma abierta que permite al juez establecer según las circunstancias del caso y en base a estándares y principios generales si la conducta observada supera un test de juridicidad, y debe ser tutelada. Entraña, en alguna medida, una válvula o ventana[92] que permite el ingreso de parámetros axiológicos en las decisiones jurisdiccionales.

Podría acotarse que la restricción de las conductas abusivas es consustancial al derecho y juega sin necesidad de ser exteriorizada en una norma concreta. Sin embargo, esta opinión es problemática[93] y se encuentra sujeta a la concepción, ideología y axioteleología del juez que en concreto deba resolver; por ello, la técnica de la textualización permite superar estas posibles controversias, convirtiendo a la prohibición del abuso del derecho en una norma universal, que será materia de aplicación por magistrados positivistas y iusnaturalistas por igual.

- El segundo argumento se vincula con las opiniones doctrinarias que, como ya se dijo, postulaban la inaplicabilidad de la teoría del abuso del derecho sin una previa reforma legal al art. 1071 C.C..

En este cuadro, era necesaria la realización de una reforma legal que permitiera el libre juego de esta teoría, de manera aceptable e indubitable para los diferentes operadores del derecho.

De allí que resultaba insuficiente la propuesta metodológica de admisión por eliminación de obstáculos que contenía el Proyecto de 1936, por no incorporar nítidamente la figura, lo que dejaba subsistente la discusión sobre si podía o no ser aplicada sin su expresa recepción legal.

La única alternativa que permitía zanjar discrepancias sobre su admisibilidad estaba dada por su incorporación expresa al derecho positivo argentino. Esta cuenta quedó saldada con la ley de reformas 17.711.

d. Los jueces y el abuso del derecho

1) El tema que deparó mayores (e insalvables) discrepancias en el Segundo Congreso de Derecho Civil fue el rol de los jueces en la aplicación de la teoría del abuso del derecho. Si bien algunos expositores defendieron enfáticamente las aptitudes y competencias de la magistratura, otros hicieron explícitas sus resistencias, fundadas en diferentes argumentos (que ya hemos reseñado) pero atravesadas transversalmente por una fuerte preocupación frente al riesgo de arbitrariedad judicial.

Estos temores no tuvieron lugar en el marco de la ley 17.711[94], que colocó la figura del juez en el centro de la escena, al establecer diversas figuras en las que su apreciación resulta preponderante[95].

2) Este aspecto sería merecedor de detalladas reflexiones que, por razones de brevedad y pertinencia, reduciremos a algunas breves impresiones.

- La división de poderes, entendida como principio pétreo y estático, no se compadece con el dinamismo de las relaciones institucionales ni de la efectiva actuación de la función jurisdiccional del Estado. En este sentido, la asignación de funciones diferenciadas, según las cuales la justicia no puede intervenir en la creación de normas aparece como una ficción y un desajuste con la praxis, en la que el Poder Judicial opera un rol jurigenético fundamental.

El ordenamiento jurídico se compone de normas que por su generalidad y abstracción, resultan insuficientes para contemplar la singularidad irrepetible del obrar concreto, con sus características y particularidades. Ello ocurre, por caso, en los denominados "casos difíciles" [96], que no pueden ser resueltos por la aplicación mecánica de una norma a la situación de hecho.

Esta desproporción ontológica entre la generalidad y abstracción de las normas legales y la conducta singular explica la mediación de la justicia, que permite individualizar una solución concreta mediante una aplicación que es también transformación creativa del plexo legal puesto en juego. Es, en este sentido, un cocreador de normas, que para el adecuado ejercicio de su función precisa de herramientas flexibles que permitan elastizar el rigor legal.

Este instrumental supone un modelo de juez activo, que construye la decisión justa del caso concreto considerando parámetros objetivos pero a la vez se encuentra habilitado para incorporar en su análisis valores y principios generales y circunstancias particulares del caso. Se recurre, a esos efectos, a conceptos jurídicos indeterminados, normas abiertas y cláusulas elásticas, así como a la expresa concesión de potestades discrecionales al magistrado.

- La perspectiva histórica avala este cambio de roles.

El paradigma exegético y normativista vigente en el modelo racionalista-individualista entró en crisis durante el desarrollo del siglo XX y, con él, la consideración del juez como mero aplicador del derecho.

Correlativamente, el juez asumió nuevos papeles y roles, asumiendo funciones que tradicionalmente se consideraban vedadas a su consideración y superando el estereotipo de magistrado pasivo y espectador. Este cambio de perfil de la magistratura no despierta entusiasmo por parte de todos los filósofos y científicos del derecho, resultando problemático [97] y dando lugar a polémicas como la establecida entre activismo y garantismo judicial [98].

- En concreto, durante el siglo XX y principios del XXI se ha ido consolidando el uso activo de conceptos abiertos por la magistratura, surgiendo incluso nuevos paradigmas con un compromiso directo en la realización de valores y la protección de los derechos humanos [99].

Por ello, no es sustentable cuestionar la figura del abuso del derecho por conceder a los magistrados potestades vinculadas con las limitaciones del ejercicio de los derechos individuales, siendo que los jueces comportan el engranaje dirimente en la efectiva vigencia del derecho objetivo y la tutela del personalismo solidario que informa nuestro sistema constitucional [100].

e. Abuso del derecho y factores de atribución subjetivos

1) Pese a que no fue un tema central de discusión, en el Segundo Congreso se realizaron algunas consideraciones sobre el abuso del derecho y el dolo y la culpa.

Anotamos nosotros que la relación se establece en dos líneas: i) Por un lado, en la definición del abuso del derecho mediante una fórmula legal; aquí puede optarse por un criterio subjetivo (haciendo fincar el abuso en una actitud dolosa, una intención de dañar, la mala fe o la culpa del agente) o por uno finalista (residiendo la caracterización del abuso en la desviación de los fines y la función social con que fue reconocido un derecho); ii) Por el otro, en los requisitos que debe reunir el acto abusivo para generar responsabilidad, debiendo definirse si se requiere un contenido subjetivo además de la configuración general de la figura; este problema no coincide con el anterior, pues podría escogerse una definición finalista y no obstante requerirse necesariamente la exigencia de dolo o culpa para que exista responsabilidad.

Hablamos de responsabilidad y no de ilicitud (como ocurrió en el Segundo Congreso y en las discusiones doctrinarias) pues la culpa no se vincula con la antijuridicidad sino con el problema de los factores de atribución. En esta lógica, señalaba Orgaz que el ejercicio de un derecho era una causa de justificación del daño causado a otro, por lo que los elementos subjetivos son extraños al análisis y sólo podrán introducirse con posterioridad, al debatir sobre la culpabilidad [101].

Sobre estos aspectos versó la discusión entre León (quien había propuesto añadir un elemento subjetivo a la definición de abuso) y Bielsa (quien señaló que si existió obrar doloso o

culposo se pierde la necesidad de remisión al abuso); también la negativa a la propuesta de Díaz de Guijarro consistente en prever dos fórmulas alternativas que configuraban abuso, de las cuales sólo la primera tenía corte subjetivo y la segunda era de orientación finalista.

2) Con respecto a la fórmula adoptada por el art. 1071 C.C., es clara su orientación finalista y objetiva, al haberse prescindido en la definición legal de toda consideración relativa a la subjetividad de aquél que realiza un ejercicio abusivo del derecho.

3) En cambio, no resulta tan claro si (además del encuadramiento de la conducta en el art. 1071 C.C.) es exigible que el agente haya obrado con dolo o culpa. Este tema suscita controversias desde antaño [102].

- Una posición entiende que el acto abusivo integra la categoría de actos ilícitos, siendo exigible la imputabilidad por dolo o culpa al actor o la posibilidad de inferir esa subjetividad de la conducta objetiva practicada [103].

Como glosa, podemos señalar que para esta tesitura: i) o el abuso del derecho se limita al ámbito de la antijuridicidad, requiriéndose que se reúnan los demás presupuestos de la responsabilidad civil; ii) o bien se incurre en el equívoco denunciado por Orgaz, al exigir culpa para tener por configurada ilicitud.

En sí, el hecho de que el acto abusivo sea ilícito no es tampoco una conclusión universalmente aceptada [104]. No obstante, la cuestión que nos ocupa no es la naturaleza del acto abusivo, sino la necesidad de concurso de un elemento subjetivo por parte del agente del acto para motivar un deber resarcitorio; por lo demás, creemos que la noción de antijuridicidad material es superadora de esta discusión [105].

- Otra posición señala que esta subjetividad no es exigible, bastando la mera configuración del acto abusivo para que surja el deber de resarcir [106].

Aquí se traspasa los límites de la antijuridicidad, ingresándose a la órbita de los factores de atribución [107], y colocando al abuso del derecho en un plano de responsabilidad objetiva [108], erigiéndoselo en algunos casos como factor específico de atribución [109].

Existen razones plausibles en aval de ambas tesis. Por un lado, el abuso del derecho parece actuar con mayor propiedad en la órbita de la antijuridicidad, y no se advierte por qué si un acto lisa y llanamente ilícito requiere el concurso de un factor de atribución complementario, un acto abusivo sería sin más generador de responsabilidad; por el otro, si se entendiera que es necesaria la prueba del dolo o la culpa de quien incurre el abuso del derecho, se reduciría ostensiblemente la órbita de actuación de la figura, neutralizando sus virtualidades operativas. Razones de índole extranormativa [110] nos aproximan a la postura objetivista, que hace jugar el deber resarcitorio sin necesidad de la concurrencia de un factor subjetivo.

NOTAS:

[1] Particularmente significativa es la nota al art. 2513, en la que el codificador opina que "Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida".

[2] Así lo advierte Moisset de Espanés, quien recuerda que *"al tratar del objeto de los actos jurídicos, el codificador incluyó en el art. 953 una norma elástica, en la que se sanciona con la nulidad a los actos contrarios a las buenas costumbres, y a los actos que perjudiquen los derechos de un tercero, dispositivo que permitió a nuestros jueces brindar solución a problemas que no encontraban encuadramiento adecuado en el 'derecho estricto'"* (Luis Moisset de Espanés, "El abuso del derecho", en *El abuso en los contratos*, Guillermo P. Tinti (coord.), Buenos Aires, Abaco, 2002, pág. 35).

[3] Fueron figuras paradigmáticas de esta posición Bibiloni, Risolía y Laquis. Un listado completo de autores puede verse en Félix A. Trigo Represas - Marcelo López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, pág. 288.

[4] Alfredo Orgaz, *La ilicitud*, Buenos Aires, Lerner, 1973, pág. 87.

[5] Esta idea fue defendida por Lafaille con relación a los términos del Proyecto de 1936 y tal vez pueda señalarse como su más decidido impulsor a Alberto G. Spota. Por un listado, puede verse Trigo Represas - López Mesa, op. cit., pág. 289.

[6] *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1927.

[7] *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, U.N.C., 1928, pág. 184. El despacho de comisión estaba suscripto por Henoch D. Aguiar (que actuó como miembro informante, Pedro León, Julio A. Ojea y Ernesto Cordeiro Alvarez, y fue aprobado por unanimidad.

[8] Sobre este tema puede verse Javier Humberto Facco, "La teoría de los actos emulativos", L.L. 2008-F-1073.

[9] Conf. Orgaz, op. cit., págs. 98/99, quien la juzga *"suficiente y respetuosa de los principios constitucionales*, prefiriéndola por encima de la adoptada por la ley 17.711.

[10] *Actas del Primer Congreso...* cit., pág. 186.

[11] *Actas del Primer Congreso...* cit., pág. 186.

[12] *Actas del Primer Congreso...* cit., pág. 187.

[13] *Actas del Primer Congreso...* cit., pág. 152.

[14] *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1937.

[15] Ordenanza del Honorable Consejo Superior, art. 2º.

[16] La Comisión reformadora estuvo igualmente integrada por Julián V. Pera, Raymundo M. Salvat, César Tezanos Pinto, Juan Carlos Rébora, Juan Antonio Bibiloni y José A. Gervasoni.

[17] Por esta norma, el presidente de la Nación Marcelo Torcuato de Alvear resolvió designar una comisión conformada por siete jurisconsultos (número que luego ampliaría por decr. 13.156) a fin de estudiar el Código Civil y aconsejar reformas y coordinación con otras leyes.

[18] Moisset de Espanés sintetiza estas discrepancias en los siguientes términos: *"Por eso, cuando posteriormente la Comisión reformadora se ocupó del problema, dos de sus miembros -Salvar y Lafaille- propusieron que al art. 411 del anteproyecto de Bibiloni se le efectuase un aditamento de manera que después de afirmar que los derechos pueden ejercerse en la extensión de sus límites, aunque de ello resulte perjuicio a terceros, se agregara 'si no mediare abuso de parte del agente'"*; y Juan Carlos Rébora entendía que la norma debía quedar redactada en la siguiente forma: *"Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, siempre que su ejercicio condiga con el fin social del derecho"*, pero ante las divergencias que se plantearon la Comisión prefirió prescindir tanto del art. 1071 del Código, como del art. 411 del anteproyecto, y no pronunciarse sobre el punto, dejando que la solución quedara librada a los Principios generales del derecho, posición que fue muy criticada (Moisset de Espanés, op. cit., págs. 36/37).

[19] Héctor Lafaille, único miembro de esta Comisión que participó en la discusión del tema en el Segundo Congreso (*Actas del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, U.N.C., 1939, págs. 175/178).

[20] Los temas que tratamos a continuación constan en *Actas del Segundo Congreso...*, págs. 166/192. Omitimos la indicación específica de la página para facilitar la intelección de la discusión, en la que algunos oradores (León, Bielsa, Lafaille) tomaron la palabra reiteradamente.

[21] Lo hizo imputando a Bibiloni un "pasionismo" en la materia que le restó objetividad, señalando que existe una "conciencia universal" favorable a la recepción del abuso del derecho, aclarando que el problema terminológico se salva si se advierte que no se trata de abusar del derecho sino de ejercer abusivamente un derecho y refutando el temor relativo a la aplicación de la teoría por la justicia.

[22] Cortés manifestó su apoyo a esta postura, que consideró "más jurídica".

[23] Postura de Saravia, Atwel de Veyga y Cordeiro Alvarez.

[24] Postura de Cortés y Montagné.

[25] Postura de Bielsa.

[26] Postura de Saravia.

[27] Postura de Bielsa y Saravia.

[28] Postura de Atwell de Veyga y Cortés.

[29] Aclaración de Cordeiro Alvarez.

[30] Aclaración de León.

[31] Las conclusiones correspondían al despacho suscripto por los doctores Pedro León, Ernesto Cordeiro Alvarez y José Manuel Saravia. Elogia esta formulación Leopoldo Peralta Mariscal, "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", J.A. 1992-IV-799, Lexis 0003/011668, señalando que *"Hay un notorio avance entre la restringida fórmula del primer congreso y la del presente: salvo la mención del dolo o la culpa, puede sostenerse que es la fórmula de la ley 17711, que, con elevado criterio y en favor de la elasticidad de la fórmula, suprimió dichas referencias"*.

[32] *Actas del Segundo Congreso...* cit., pág. 17.

[33] *Actas del Segundo Congreso...* cit., pág. 44.

[34] *Actas del Segundo Congreso...* cit., pág. 58.

[35] *Actas del Segundo Congreso...* cit., pág. 192.

[36] *Actas del Segundo Congreso...* cit., pág. 231.

[37] *Actas del Segundo Congreso...* cit., pág. 369.

[38] *Actas del Segundo Congreso...* cit., págs. 435/438.

[39] *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1961.

[40] Mosset Iturraspe, *Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, U.N.C., 1962, t. II, págs. 569 y 572.

[41] VERNENGO PRACK, *Actas del Tercer Congreso...* cit., t. II, pág. 597.

[42] *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1969.

[43] BANCHIO, *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, U.N.C., 1971, t. I, pág. 76.

[44] RAMELLA, *Actas del Cuarto Congreso...* cit., t. I, págs. 300/301.

[45] LEONFANTI, *Actas del Cuarto Congreso...* cit., t. I, págs. 365 y 397.

[46] DÍAZ MOLINA, *Actas del Cuarto Congreso...* cit., t. I, pág. 376.

[47] GUASTAVINO, *Actas del Cuarto Congreso...* cit., t. II, pág. 655.

[48] GUASTAVINO, *Actas del Cuarto Congreso...* cit., t. I, pág. 806.

[49] Esta reforma constitucional fue dejada sin efecto por una proclama dictada en 1955 por las autoridades del gobierno de facto (autodenominado "Revolución Libertadora") y, más allá de la ilicitud de su derogación, no volvió a ser restañada, retomándose en los sucesivos períodos democráticos la vigencia de la Constitución Nacional de 1853/60 con sus reformas.

[50] También conocido como "Anteproyecto Llambías", en referencia al presidente de la Comisión reformadora.

[51] 1) Ley 17.711 publicada el 22/4/68. Posteriormente se dictó la ley de fe de erratas 17.940. La reforma estuvo a cargo de una comisión designada por la Secretaría de Estado de Justicia en 1966, integrada originariamente por José Bidau, Abel Fleitas, Roberto Martínez Ruiz, José María López Olaciregui, Alberto G. Spota, Dalmiro Alsina Atienza y Guillermo J. Borda. Se coincide en señalar que el principal ideólogo de la reforma, en su filosofía y redacción fue el Dr. Borda, al punto que la historia ha identificado la ley 17.711 con su persona.

[52] La reforma se realizó sobre más de una centena y media de normas del Código Civil, no teniendo parangón en cantidad de artículos reformados con ninguna otra ley dictada hasta el presente.

[53] Esta sería la función principal de la reforma en la concepción de su principal autor, Guillermo Borda, para quien la intención era conservar el armazón jurídico diseñado por Vélez Sársfield, remozándolo a partir de un viraje en la filosofía del sistema (Guillermo A. BORDA, *La reforma al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, págs. 14/15,).

[54] Creemos que la expresión paradigmática de estos instrumentos prácticos fue el boleto de compraventa, figura que ya contaba con una clara admisión social, y que consolidó su *status* jurídico a partir de la reforma, con la incorporación de normas tales como el art. 1185 bis y el agregado al art. 2355.

[55] Por su riqueza conceptual, nos permitimos una larga cita de Borda en este sentido: *"De cualquier modo, no cabe duda 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 por la seguridad que por la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma. Las sociedades modernas, en cambio, tienen una apremiante apetencia de justicia. A ello responde la adopción de la teoría del abuso del derecho, de la lesión, de la teoría de la imprevisión; el nuevo concepto del derecho de propiedad, el énfasis puesto en la buena fe como principio jurídico rector de las relaciones contractuales, la insistencia en la equidad como base de solución de conflictos humanos"* (BORDA, op. cit., págs. 12/13).

[56] Nos parece admirable la síntesis de Borda, que transcribimos: *"De lo que se trata es de lograr una justicia menos formalista y menos ciega, más afinada, más adecuada a los litigantes y más rica en contenido humano; de brindar al Juez todos los elementos que le permitan discernir una justicia más auténtica a esos seres que han llegado a sus estrados a reclamarla"* (BORDA, op. cit., pág. 23).

[57] Jorge MOSSET ITURRASPE, "El 'abuso' en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el derecho ambiental", en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 16 *(Abuso del derecho)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 141 y ss..

[58] El caso paradigmático es el de Manuel LAQUIS, en su obra "El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en *Examen y critica de la reforma del Código Civil. Parte general*, La Plata, Platense, 1971, t. I, pág. 385 y ss..

[59] ORGAZ, op. cit., págs. 93/98.

[60] Mosset Iturraspe identifica esta posición con el pensamiento de Llambías (MOSSET ITURRASPE, op. cit., pág. 141).

[61] Mosset Iturraspe identifica esta posición con el pensamiento de Spota (MOSSET ITURRASPE, op. cit., pág. 141).

[62] En contra de esta posición (ampliamente mayoritaria) se pronunció Juan Carlos MOLINA, en su obra *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1969, págs. 88 y 104.

[63] La idea del derecho concedido (no reconocido) y circunscrito al límite legalmente fijado al momento de la creación es propia de una epistemología jurídica normativista y formal.

[64] Por otro lado, y razonando bajo este esquema mental, podría darse una percepción encriptada de los derechos incompatible con el sistema constitucional, invirtiendo la dinámica de la regla de libertad y las acotaciones específicas y excepcionales.

[65] Expresión tomada de Antonio Carroza, que explica cómo el derecho agrario sólo pudo fundamentar su autonomía una vez que logró liberarse del método normológico propuesto por la escuela formalista de Irti y pudo abandonar el modo de pensar positivista.

[66] Aquí volvemos a rechazar la idea de derecho subjetivo como "facultad de obrar cualquier cosa dentro de los límites formales legalmente fijados".

[67] Decimos inmediata porque la ley actúa como la referencia valorativa más próxima respecto de una conducta, y no definitiva porque en última instancia la valoración queda supeditada a estratos estimativos supranormativos.

[68] Señala Vigo que *"no es, entonces, que 'la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos' sino simplemente el derecho no lo tolera, el derecho contenido en la Constitución, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en los derechos humanos preexistentes, en las costumbres jurídicas, en los fallos plenarios, etc."* (Rodolfo VIGO, "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 16 *(Abuso del derecho)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 315). Otros enfoques filosóficos sobre el tema pueden verse en Casimiro VARELA, "Derecho y abuso del derecho", L.L. 1984-C-1026; Carlos Raúl SANZ, "Consideración en torno al abuso del derecho", L.L. 1981-B-886.

[69] En este punto seguimos el desarrollo de Camilo TALE, en *Lecciones de filosofía del derecho*, Córdoba, Alveroni, 1995, pág. 23 y ss...

[70] Expresión de Rodolfo VIGO (op. cit., pág. 313).

[71] Señala Vigo que *"pretender atribuir o ejercer un derecho subjetivo supone -explícita o implícitamente- un esfuerzo racional justificatorio"*, y pasa luego a describir los modelos de razonabilidad justificatoria de Cotta, Alexy, Raz, Laporta, Hierro, Tamayo y Massini Correas (op. cit., pág. 300 y ss.).

[72] Digamos con Tale que *"el derecho subjetivo está limitado, desde el principio, intrínsecamente, por los derechos de los otros; el orden de lo justo y debido es previo a los derechos subjetivos"*(op. cit., pág. 122).

[73] Este juego de conceptos licitud formal-ilegitimidad real es el producto inmediato de concebir al derecho como una realidad que exorbita a la ley, y por tanto puede tachar de ilegítima a una realidad formalmente amparada por ésta.

[74] Tomamos aquí al bien común en su significación clásica anclada en la iusfilosofía realista, ello sin perjuicio de las connotaciones que modernamente le fueran asignadas.

[75] Por caso, "orden y moral públicos", "función social enderezada al bien común", "convivencia por el respeto de unos por los otros", "razonabilidad reglamentaria", etc. (conf. Helio Juan ZARINI, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 361).

[76] Expresión de César Enrique ROMERO, *Introducción al derecho constitucional*, Buenos Aires, Zavalía, 1976, pág. 148 y ss..

[77] De acuerdo con este principio, la limitación de los derechos debe hacerse por ley.

[78] De acuerdo con este principio, la limitación de los derechos debe ser razonable, guardando proporcionalidad con el fin buscado y no desnaturalizando el derecho reglamentado.

[79] La necesidad de recuperación posterior a la Primera Guerra Mundial y la crisis financiera mundial de 1929/1930 obligaron a numerosos países a adoptar medidas intervencionistas, que oscilaron desde ensayos comunistas (U.R.S.S.) hasta intervencionismos moderados de base keynesiana (v.gr., el "New Deal" de Franklin D. Roosevelt, en U.S.A.) pasando estructuras totalitarias nacionalistas o corporativistas (fascismo italiano, nacionalsocialismo alemán), etc..

[80] Sobre este tema puede verse el sustancioso artículo de Adolfo SANTIAGO (H), "El concepto de bien común en la Corte Suprema Argentina", E.D. del 7/6/01. Para un tratamiento más general, ROMERO, op. cit., pág. 148 y ss..

[81] MOSSET ITURRASPE, op. cit., pág. 141.

[82] Julio César RIVERA, "Los derechos incausados (estado actual de una *vexata quaestio*)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 16 *(Abuso del derecho)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 47 y ss..

[83] MOSSET ITURRASPE, op. cit., págs. 146/148.

[84] RIVERA, op. cit., pág. 53.

[85] TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, op. cit., pág. 275.

[86] La idea de un derecho ilimitado es incompatible con la caracterización del derecho subjetivo que consideramos correcta, con la salvedad del derecho a la dignidad humana (sobre este tema, ver Miguel Angel EKMEDJIAN, "El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales", en *Los valores en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1999, pág. 9 y ss.).

[87] RIVERA, op. cit., pág. 66.

[88] Conforme VIGO (op. cit., pág. 309 y ss.) y Tale (op. cit., pág. 121).

[89] Conforme Rodolfo VIGO (op. cit., pág. 300 y ss.).

[90] El derecho gana en eficacia y en valoración social cuando se revela como una herramienta que no ampara a quien pretende manipularlo, desnaturalizarlo y escudarse en interpretaciones tramposas o arbitrarias de sus disposiciones.

[91] Sobre la técnica de textualización, ver Juan Carlos REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 358 y ss.).

[92] Conforme feliz expresión de Armando S. ANDRUET (H), *Estudios de filosofía del derecho*, Córdoba, Alveroni, 1993, pág. 19 y ss..

[93] En tanto que no es aceptada por quienes participan de una iusfilosofía positivista.

[94] Aunque sí en sus exégetas, que temían que se materialice la advertencia de Vélez Sársfield en la nota al art. 2513 C.C. y los jueces se conviertan en "jueces del uso", en detrimento de la libertad (Juan Carlos SMITH, "Consideraciones sobre la reforma del Código Civil", L.L. 130-1026).

[95] Borda señala que la existencia de normas que indican al juez resolver en función de estándares o pautas generales de gran amplitud, importa que "El juez queda así convertido en la figura central del proceso" (Borda, op. cit., pág. 22).

[96] Los *hard cases*, en expresión de Dworkin, tales son aquellos en donde la respuesta dada por los jueces requiere una construcción multidimensional, en que aparecen implicados componentes extranormativos (no necesariamente extrajurídicos), al no ofrecer la textualidad de la ley un criterio suficiente o aceptable para dirimir justa y razonablemente el caso. Con una clasificación cuatripartita (en que se distinguen casos sencillos, corrientes, difíciles y extremos), Andruet describe las diferencias entre las distintas controversias judiciales, en orden a su dificultad, y su relación con la complejidad del proceso de determinación de la resolución (Armando Segundo Andruet (h), *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, pág. 219 y ss.).

[97] Este tema sería materia de una investigación particular. Recomendamos la lectura del trabajo de Armando S. Andruet (h), "El derecho judicial. Los jueces y la sociedad", en *Cuadernos de la especialización en derecho judicial*, Córdoba, EDUCC, 2008, vol. 1, pág. 15 y ss..

[98] Sobre el tema puede verse *Activismo y garantismo procesal*, A.A.V.V., Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

[99] Un ejemplo de este cambio de roles es la figura del juez partícipe o acompañante que juega en materia ambiental, en el marco de la ley 25.675.

[100] La expresión pertenece a Santiago, op. y loc. cits..

[101] Orgaz, op. cit., págs. 100/102.

[102] Según Pedro León: *"Aquí está la raíz de la principal división que ha separado a los sostenedores de la teoría y a los sistemas legislativos que la han sancionado"* (Pedro León, "La teoría del abuso en el ejercicio de los derechos", en *El abuso en los contratos*, Guillermo P. Tinti (coord.), Buenos Aires, Abaco, 2002, pág. 50).

[103] Sobre este tema puede verse Trigo Represas - López Mesa, op. cit., pág. 294.

[104] Sobre este tema puede verse Trigo Represas - López Mesa, op. cit., págs. 277/279; López Mesa opina allí que se trata de un acto "lícito disfuncionalmente ejercido"; Kemelmajer de Carlucci alude a un arranque legítimo en el ejercicio del acto y una posterior desviación en sus propósitos (Aída Kemelmajer de Carlucci, , "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho", en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 16 *(Abuso del derecho)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 213).

[105] En este sentido, Mosset Iturraspe, op. cit., pág. 152 y ss..

[106] En este sentido señala Moisset de Espanés que *"si bien es cierto que el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo o la culpa, sino que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por el art. 1071"*, puesto que *"Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto, es el de brindar un arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulneran los fines perseguidos por la ley"* (op. cit., pág. 39). Ya Pedro León había marcado que el hecho de que se requiera culpabilidad para conformar un acto ilícito no significa que se encuentre excluida la responsabilidad sin culpa, y proponía asimilar la responsabilidad por abuso del derecho a la del dueño o guardián de una cosa y a la del principal por los hechos del dependiente, supuestos en que la obligación de resarcir tiene *"su fuente directa e inmediata en la ley, sin la mediación de un acto voluntario del obligado"* (op. cit., págs. 51/52).

[107] Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pág. 252 y ss..

[108] En este sentido, entre otros, Jorge Bustamante Alsina, , *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 456 y ss.; Trigo Represas - López Mesa, op. cit., pág. 295 y ss..

[109] También se ha expresado que *"La responsabilidad por abusar de un derecho es objetiva, porque no se requiere culpa ni dolo, sino simplemente el cumplimiento de cualquiera de las dos condiciones que hemos señalado. Esto no quiere decir que si hay culpa o dolo no hay abuso del derecho, sino todo lo contrario. El que conscientemente utiliza su derecho de manera antifuncional, por supuesto que incurre en abuso y debe responder, pero cuando decimos que la responsabilidad es objetiva significamos que la ley argentina no requiere tanto. El factor de atribución no es ni el riesgo ni la garantía, ni mucho menos la culpa, sino el mismo abuso del derecho. En otras palabras, el abuso del derecho es un factor de atribución con identidad propia"* (Edgardo López Herrera,, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, 2006, Lexis Nº 7004/004573).

[110] Inherentes a la télesis del sistema resarcitorio y a la necesidad de maximizar los medios de tutela.

NULIDADES

por Mario Antonio Zinny

SUMARIO: I. Validez e invalidez. II. La nulidad y la anulabilidad como especies de la invalidez. III. Clasificación de las nulidades. La clasificación en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1937). IV. Confirmación, anulación, rectificación. V. Ineficacia en sentido estricto. VI. La pretensión de que el lector se "familiarice" con las nulidades. VII. ¿Qué materia es la que en derecho debiera jugar el rol de anatomía en medicina? VIII. El esquema de Betti y Carnelutti. IX. ¿A qué se parecen la validez y la invalidez, la eficacia y la ineficacia? X. Aplicación del esquema a la clasificación de las nulidades.

I. Validez e invalidez

En líneas generales, acto válido es el que produce sus efectos por carecer de defectos y vicios; e inválido, claro está, el que no los produce por padecerlos.

Pero esto da pie a varios interrogantes. El primero: ¿La invalidez priva al acto de todo tipo de efectos? Respuesta: No, no lo priva de ellos porque para que haya invalidez algunos deben mantenerse o dejar su lugar a otros, ya que de lo contrario la invalidez pasa a ser inexistencia.

Y así, nada impide que la invalidez de un acto deje en pie, u origine, efectos de tipo sustantivo, como en los casos de:

1) la invalidez parcial (art. 1039 C.C.);

2º) la invalidez parcial del contrato con corrección de alguna de sus cláusulas (arts. 1º y 2º ley 23.091/1984, conforme a los cuales la omisión de la forma escrita en la locación urbana con principio de ejecución opera la corrección del plazo y el alquiler pactados);

3) la conversión del negocio definitivo nulo por defecto de forma en promesa del mismo negocio (contratos del C.C., arts. 1184 inc. 1 y 1185, incluidas la compraventa de inmueble y la renta vitalicia, y excluidas las donaciones del art. 1810);

4) la conversión del negocio constitutivo de derecho real atípico, nulo por contenido defectuoso, en negocio constitutivo de derechos personales (art. 2502 C.C.), y

5) la conversión del testamento cerrado, nulo por defecto de forma, en testamento ológrafo (art. 3670 C.C.).

Lamentablemente, los autores de la reforma del '68 creían que la nulidad absoluta era el fin del mundo, y por eso pensaron que la dispuesta por el citado art. 1184 inc. 1, se contradecía con el art. 1185, que a ese acto nulo le asignaba efectos. A partir de allí mediaba sólo un paso para decidir que bastaba podarle al primero la palabra nulidad para darle fin a la contradicción, paso que se dio sin advertir que los arts. 1183, 976 y 977 tornaban inútil la poda.

¿Cómo es posible que ocurriera esto? Ocurrió porque en aquella época se seguía recurriendo a los autores franceses, ignorando que habían sido superados por los autores italianos de posguerra, como lo prueba la absurda polémica suscitada entonces, entre nosotros, en torno a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa inmobiliaria, polémica que mal podía ser resuelta ignorando todo lo concerniente a la conversión del negocio definitivo nulo por defecto de forma en promesa del mismo negocio.

Consideremos por último que ni siquiera se puede invocar la excusa de que el caso de los arts. 1184 y 1185 se constituía en una *rara avis* dn nuestra legislación, porque a los que acabamos de citar en materia de derechos reales y sucesiones se agrega la transformación de la obligación civil en natural provocada por la nulidad del testamento, la donación o la servidumbre que carecen de formas sustanciales (arts. 515 inc. 3, 1810 y 2992). Como si no bastara, a todo ello se agrega la transformación del instrumento público en privado que se da en los casos de dación de fe nula por defecto de forma o falta de competencia del notario (art. 987).

Preguntémonos a continuación: ¿Qué actos son los que padecen la invalidez? Respuesta: La invalidez es una vicisitud de todo acto o negocio, o mejor, de todo comportamiento humano jurídicamente relevante.

Y así pueden ser inválidos los actos que consisten, no ya en "decir" (como la compraventa) sino en "hacer" (como el pago que se realiza en efectivo omitiendo la bancarización exigida por la ley antievasión, o la tradición que se limita a la mera declaración del tradente de darse por desposeído). Así, también, la invalidez juega en materia de actos públicos como la sentencia, y al respecto recuerdo una que dispuso la destitución de un escribano comenzando por señalar, con todas las letras, que *"se impone una sanción ejemplificadora…"*.

¿Y un comportamiento omisivo? ¿Puede ser inválida la omisión que se concreta cuando en determinadas circunstancias una persona permanece quieta y muda? Sí, puede. Y para comprenderlo basta suponer que quien no habla ni se mueve es un incapaz legal de obrar.

Subrayemos ahora:

1º) Que inválidos son los actos y nunca los derechos o las obligaciones, que en todo caso se extinguen o directamente no nacen como consecuencia de la invalidez.

2º) Y que tampoco son inválidas las cosas, lo que es ignorado por quienes aluden a "nulidades instrumentales".

Porque las cosas, entre las que se cuentan los papeles escritos o impresos, escrituras e instrumentos públicos incluidos, tienen otro tipo de vicisitudes: se llevan y traen, se mojan con la lluvia, se ensucian con la tierra, se vuelan con el viento, se adulteran y hasta se abollan, mastican y tragan... como en el caso, real por cierto, del otorgante de una escritura de préstamo hipotecario que, en la década del '60 y en el Banco de la Nación Argentina, fue inquietándose mientras avanzaba la lectura (¿Por qué dicen que no voy a pagar? ¿Por qué hablan de que voy a tener que pagar punitorios? ¿Cómo? ¿Qué van a designar al martillero?). Hasta que fuera de sí firma, vacila, se da cuenta de que no quiere hacerlo, se abalanza sobre el protocolo, arranca la parte de éste donde figura su firma y... la abolla, mastica y traga. ¿Efectos de la escritura pública? Sí, es indigesta...

Reiteremos ahora, para seguir adelante, que inexistente es el hecho que no produce efecto jurídico alguno, es decir, el que es jurídicamente irrelevante, como en el caso de una oferta y una aceptación con contenidos tan evidentemente opuestos que no pueden dar lugar a malentendido alguno, con lo que ni siquiera son aptas para originar acciones contractuales o por daños [1]. Y reiteremos, además, que inválido es el acto que pese a serlo origina efectos de algún tipo, incluido el divergente o negativo del art. 1056.

II. La nulidad y la anulabilidad como especies de la invalidez

Suele sostenerse que la diferencia entre una y otra radica en el carácter manifiesto, ostensible, del defecto o vicio que afecta a la nulidad, y en el carácter oculto del que da pie a la anulabilidad.

Pero no es así, porque la diferencia entre ambas, si bien radica en el defecto o vicio, consiste en que éste, en la nulidad, es *"rígido"*, invariable, no depende de apreciación judicial y sólo, a lo sumo, de constatación. Se trata, si se mira bien, de que se haya dado, o no, un determinado hecho: ¿Cumplió o no cumplió el vendedor de 21 años de edad? ¿Ha sido, o no, emancipado? ¿Contrajo o no contrajo matrimonio? ¿Se divorció, o no? ¿Autorizó, o no, el mandante al mandatario para adquirir la cosa objeto del mandato?).

En la anulabilidad, por el contrario, el defecto o vicio no sólo debe ser comprobado sino a la vez judicialmente apreciado y evaluado, en tanto es de carácter *"fluido"*, variable, y se presenta con diferencias de matiz y grado, no todos los cuales son suficientes para decidir la anulación (como en el caso del error espontáneo o provocado por el ardid ajeno, donde se debe medir la *"esencialidad "* de aquél y la *"entidad"* de éste, o en el caso de la violencia, o en del temor que la intimidación provoca). Esta distinción, fundada en el tipo de defecto o vicio que afectan a la invalidez, fue sostenida por Jorge Joaquín Llambías [2].

Y cabe considerar que los defectos o vicios de que se trata cuentan con aquella característica de *"vaguedad"* o zona de penumbra que califica a los lenguajes naturales, dotándolos de una *"textura abierta"* (¿Cuánto es el pelo que hay que haber perdido o tener para

ser declarado pelado o hirsuto? ¿Con qué edad o apariencia hay que contar para que nos llamen joven, adulto o anciano? ¿Y para que se diga que somos altos o bajos?). Claro está, por otra parte, que el derecho no puede prescindir de este tipo de lenguaje, que por cierto adopta toda vez que lo considera necesario (plazo *"razonable"*, injuria *"grave"*, peligro *"inminente"*, velocidad *"excesiva"*). Y que corresponde a los señores jueces determinar su significado, tomando en consideración las circunstancias del caso. Sobre el tema, magistralmente, señala Genaro R. Carrió [3].

Sólo falta señalar que el acto anulable mantiene su validez hasta la sentencia que lo anula (art. 1046 C.C.). Y que esta sentencia es constitutiva, a diferencia de la que reconoce la nulidad, que es declarativa. Así, Eduardo A. Zannoni [4] sostiene que la anulación cuenta con efecto retroactivo.

III. Clasificación de las nulidades. La clasificación en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1937)

Tanto la nulidad como la anulabilidad, pueden ser:

1º) *Absolutas o relativas*

a) Son absolutas cuando el interés público está involucrado, en cuyo caso, el acto no puede ser confirmado y la acción o excepción para alegarlas son imprescriptibles. Resta apuntar que cualquiera con interés legítimo puede alegarlas.

b) Y son relativas cuando el interés público no está en juego, en cuyo caso, el acto es confirmable y la acción o excepción respectivas son prescriptibles. ¿Quién puede alegar la invalidez? Sólo el titular del interés protegido.

2º) *Manifiestas u ocultas.* Esta distinción tiene singular importancia para calificar la buena fe del tercer adquirente a título oneroso, tanto como para determinar la inhabilidad del título en el proceso ejecutivo.

a) Son manifiestas cuando son ostensibles, como las provocadas por el defecto de forma. Si la nulidad es absoluta y manifiesta, el juez puede declararla de oficio.

b) Y son ocultas cuando la voluntad, la conciencia o la intención están viciadas.

3º) *Totales o parciales*

a) Son totales cuando el defecto o vicio afectan a todo el acto.

b) Parciales cuando lo afectan en parte, y toda vez que resulte razonable decidir que sin la parte defectuosa o viciada el acto hubiera sido igualmente celebrado.

4º) *Directas o reflejas*

a) Son directas las que sólo afectan al acto que las sufre.

b) Reflejas, las que vienen provocadas por la invalidez de otro, como en el caso del mutuo nulo que invalida la hipoteca que lo cubría.

No sin emoción recordamos ahora a los grandes civilistas que en Córdoba, en noviembre de 1937, pusieron su ciencia y su entusiasmo al servicio del tema: Lafaille, Orgaz, Moyano, Busso, Cordeiro Alvarez, Barcia López, Galli, Díaz de Guijarro, Alsina Atienza, Tissone, Ottolenghi, Rayces, Depetris, Aguiar, Berrotarán... Ellos integraban la Comisión del Tema 3º del Segundo Congreso Nacional de Derecho y entonces resolvieron:

"Que corresponde consagrar un sistema que estatuya clara y netamente dos categorías de nulidades: una grave, *actos nulos* o *afectados de nulidad absoluta*; y otra menos grave, *actos anulable*s o *afectados de nulidad relativa*, cuyos caracteres diferenciales deben ser los siguientes:

Para los actos nulos o de nulidad absoluta: La facultad del juez de declararla de oficio en cualquier estado del juicio, cuando le sea conocida, aunque no haya sido alegada; la posibilidad de ser invocada por todo interesado y por el Ministerio Fiscal en defensa de la sociedad; la no confirmabilidad; la imprescriptibilidad.

Para los actos anulables o de nulidad relativa: Limitación en su oponibilidad; confirmabilidad; prescriptibilidad".

Como puede advertirse, el carácter absoluto calificaba a la nulidad y el carácter relativo a la anulabilidad, sin excepciones.

Agreguemos que hubo una observación, no incluida luego en la ponencia, de la que fueron autores Tissone, Ottolenghi, Moyano y Barcia López, conforme a la cual:

" (...) La Comisión estima que la clasificación mencionada debe ser la siguiente, que se expone a título de antecedente ilustrativo:

1º) Son actos nulos o de nulidad absoluta:

a) Los prohibidos o carentes de objeto, o carentes de causa lícita y los sujetos a una condición ilícita.

b) Los carentes de formas esenciales.

2ª) Son actos anulables de nulidad relativa.

1. Los ejecutados sin la capacidad de obrar estatuida por la ley.
2. Los afectados por vicio de la voluntad.
3. Los realizados con falta accidental del discernimiento.

Quedan asimilados a los actos de esta categoría, los ejecutados contra la prohibición general o especial de disponer, dictada por juez competente".

IV. Confirmación, anulación, rectificación

La confirmación es el acto mediante el cual la parte que puede alegar la nulidad o la anulabilidad relativas del negocio hace desaparecer los efectos de éstas, vale decir, el derecho de impugnarlo (art. 1059 C.C.) [5]; advierte que la confirmación no hace desaparecer el defecto o vicio que aqueja al negocio, sino los efectos que ellos le provocan).

Para que el titular del interés comprometido pueda confirmar el negocio es necesario que haya cesado el defecto o vicio que lo afectaban (así, por llegar a la mayoría de edad el menor que lo celebró) (art. 1060 C.C.).

La confirmación es unilateral cuando la celebra una de las partes, o la única parte del negocio, como en el caso del que es relativamente nulo por haber sido celebrado por el incapaz legal de obrar. Y es bilateral cuando el defecto o vicio que lo afectan involucra a las dos partes, como en el caso del error compartido que da pie a la anulabilidad relativa.

La confirmación puede ser expresa o tácita. La expresa debe celebrarse en la misma forma del negocio que se confirma, determinándolo junto al defecto o vicio que lo aquejan y haciendo constar que se pretende subsanarlo (arts. 1061 y 1062 C.C.). La tácita resulta del cumplimiento de la obligación o el ejercicio del derecho surgidos del negocio inválido, ya que la doctrina de los *"actos propios"* impide anularlos luego de haberlos ejecutado (arts. 1061 y 1063 C.C.).

Los efectos de la confirmación se retrotraen al día en que fue celebrado el negocio que se confirma, sin que ello perjudique los derechos de terceros (art. 1065 C.C.).

Para darle fin a este inciso pongamos a la confirmación en contacto con la figura que se le opone, que es la anulación, y con la que está entre ambas, que es la rectificación del negocio, valiéndonos del caso en que éste se celebra por error, a saber: Juan promete vender a Pedro la cochera Nº 1, boleto mediante, y por error que ni las partes ni el escribano advierten le escritura la Nº 2. Las variantes, comenzando por la confirmación, son:

a) Confirmación del negocio erróneo (aquí las partes, advertido el error piensan: "Y bueno, al fin de cuentas son parecidas... Mantengamos a la Nº 2 como objeto del contrato"). Y como no pueden dejar todo como está, porque limitándose a hacerlo cabe siempre la posibilidad de que cualquiera de ellas alegue haberse equivocado, confirman el negocio escriturado mediante una nueva escritura a otorgar la cual comparecen ambas.

b) Anulación del negocio erróneo (aquí el comprador dice: "Ah no..., qué disgusto... Quiero que me devuelvan mi dinero...". A lo que el vendedor responde: "No se preocupe. Dejemos todo sin efecto, que enseguida me la van a sacar de las manos porque la estoy vendiendo regalada"). En esta variante procede que ambas partes escrituren la anulación del negocio, conforme con lo dispuesto en el art. 1200 del C.C..

c) Rectificación del negocio erróneo ("¿La de al lado? ¿Qué son iguales? Ah no, yo quiero la mía..."). Y aquí no cabe sino optar por la escritura rectificatoria (evitando la antigua y mala práctica de recurrir a la permuta).

V. Ineficacia en sentido estricto

El hecho de que el acto inválido sea necesariamente ineficaz (en tanto no produce todos sus efectos) induce a creer que invalidez e ineficacia son sinónimos.

Pero basta pensar que a la inversa no ocurre lo mismo porque el acto válido no siempre es eficaz, para que aparezca en escena la figura de la ineficacia en sentido estricto, que se da cuando el que carece de defectos o vicios no produce sus efectos por impedirlo una circunstancia ajena al acto en sí considerado. Así:

a) en la resolución por incumplimiento, donde dicha circunstancia ajena es la falta de pago (art. 1204);

b) en la resolución por onerosidad imprevista y sobreviviente, donde ésta se constituye en la circunstancia que da pie a la extinción de los efectos (art. 1198);

c) en la revocación por fraude, donde la insolvencia es el factor que desencadena la ineficacia (art. 961 y ss.);

d) en la reducción de la donación por inoficiosidad, que se da cuando la donación vulnera la legítima del heredero (arts. 1830 a 1832, 3601 y 3955), y

e) en la inoponibilidad por falta de inscripción (art. 2505, ley 17801, art. 2º).

VI. La pretensión de que el lector se "familiarice" con las nulidades

Yo podría dar por terminado aquí este trabajo, pero tengo la pretensión, que acabo de enunciar, de que el lector se "familiarice" con las nulidades. Me gustaría que advierta a qué se parecen, tomando un ejemplo de la vida cotidiana. Aspiro, en definitiva, a que ellas dejen de ser la página arrugada y vieja del libro o el apunte aquél, para transformarse en algo pleno de sentido, fácil de recordar y reconocer cuando de pronto se nos aparecen a la vuelta de la esquina...

Y para lograrlo comienzo por intentar situarlas en el lugar que les corresponde dentro del sistema de nuestros conocimientos jurídicos. Que no es lo mismo que ubicarlas en el inciso X de la Unidad XX de Civil, Parte General.

Lamentablemente, entre nosotros esto no es fácil de conseguir porque solemos carecer de este sistema, es decir, de uno donde los conocimientos estén ordenados ocupando cada cual su lugar en función del todo, sistema que equivale a la formación que la Universidad debiera brindarnos y no siempre nos brinda.

¿Cómo que no siempre nos brinda? No, no lo hace porque las materias suelen estudiarse como si ocuparan compartimentos estancos, con una enseñanza inspirada en un *mix* de especialismo (mi materia es autónoma y la más importante de todas) y positivismo (recordemos que el positivismo, desde Augusto Comte en el 2º tercio del siglo XIX, se ha venido caracterizando por: 1º) su hostilidad a toda deducción y construcción, y 2º) su hostilidad, precisamente, al sistema).

Este tipo de enseñanza, que a la falta de sistema agrega la desmesura de los contenidos de las materias, está siendo denunciado por mí en un pequeño libro que próximamente se publicará en Buenos Aires bajo el sugerente título de *"¿Por qué 20 días después de haber aprobado la última no nos acordábamos de nada?"* (la responsabilidad del título la comparto con mi editor, porque cuando le dije que había pensado en *La enseñanza del derecho*, respondió: *"No lo va a comprar nadie"*).

Sea como fuere, intentemos situar a las nulidades donde les corresponde, comenzando por medir los obstáculos a superar. Y para medirlos respondamos al siguiente interrogante: ¿Qué diferencia hay entre el joven médico y el joven abogado que egresan de la Facultad?

La diferencia consiste en que el médico egresa con una base de conocimientos adquirida en anatomía. Y el profesional del derecho no. Y por eso es que, si bien es cierto que a veces el médico egresa sin saber aplicar una inyección, también lo es que él no confunde la aguja con la jeringa. Y nosotros no sólo las confundimos sino que además confundimos a las dos con el antibiótico, a los tres con la mano del enfermero que la aplica y a los cuatro con la cola de la señora que la sufre. Y esto, si me permiten, es mucho confundir.

¿Dudan de que sea así? ¿Por qué no le preguntan a quien prefieran, magistrados y profesores incluidos, qué diferencia hay entre forma y prueba, qué es un documento, o qué son las nulidades?

Hay otro indicio de nuestra falta de formación jurídica, si el que acabo de proponer no los satisface, y es el de que carecemos de una jerga técnica para expresarnos, como lo prueba el hecho de que en nuestros alegatos, sentencias, escrituras y publicaciones recurrimos a los sinónimos para dotar de musicalidad a la expresión, como si se tratara de redactar una composición escolar.

Y así, si en un renglón hemos escrito "derecho", en el siguiente no lo repetimos porque *suena mal*. Y entonces, como en un poema:

Derecho, potestad, facultad;
obligación, sujeción, carga;
    contrato, pacto, acuerdo;
consentimiento, asentimiento;
condición, cláusula,
    poder, mandato;
    resolución, rescisión.

Y así evitamos ser reiterativos como los médicos, que le dicen hueso al hueso y le siguen diciendo hueso cada vez que lo nombran

Pregunta que no hay más remedio que formular: ¿Y cómo queremos que le digan si en la ciencia no hay sinónimos porque éstos son patrimonio de la literatura? Y por eso Aldous Huxley [6], en un libro maravilloso nos habla de la *"simplificada pureza de las jergas científicas"*, explicando que las reglas del juego científico prohíben decir más de una cosa a la vez.

VII. ¿Qué materia es la que en derecho debiera jugar el rol de anatomía en medicina?

Para responder a este interrogante confirmemos que el joven médico adquiere su formación en anatomía, materia donde aprende cómo es, en qué consiste y para qué sirve cada una de las partes del cuerpo humano, que es estudiada en forma sistemática, es decir, con relación al todo. Es más, en el resto de las materias se le enseña, también, vinculándolas a ese todo, el cuerpo humano, que comenzó estudiando en anatomía.

Y bien: ¿Qué materia es la que en derecho debiera jugar el rol de anatomía en medicina? Esta materia es Teoría general del derecho, que debe brindar a quienes comienzan a estudiarlo

un sistema de conocimientos donde éstos se muestren integrados, cumpliendo la función que a cada uno corresponde. Un sistema que les permita hacer pie, los acompañe en la carrera y se vaya colmando de contenido con cada una de las materias que la integran.

¿Cuál es el sistema de conocimientos al que estoy aludiendo? ¿De qué conocimientos se trata? Respuesta: Se trata de los que están referidos a nuestros comportamientos y conductas. ¿A todos? No, sólo a los que son jurídicamente relevantes.

¿Cómo extraer de esa masa de acciones y omisiones la síntesis que pueda ser aplicada cualquiera sea el acto con que nos topemos en el ejercicio de la profesión o la magistratura? Y necesitamos dar con ella, porque esta síntesis está destinada a desempeñar el rol que el cuerpo humano desempeña en anatomía.

VIII. El esquema de Betti y Carnelutti

La síntesis que intentamos descubrir no parece ser otra que la del esquema que emplea Emilio Betti cuando en la página 6 de su citada *Teoría general del negocio jurídico*, lo concibe como comportamiento que a partir de una situación jurídica conduce a otra, o lo que es igual, como un proceso de situación, acto y situación. Este esquema, además, es el mismo que emplea Francesco Carnelutti al desarrollar su *Teoría general del derecho* [7].

"Este esquemita varía con los casos, a diferencia del cuerpo humano, que sigue siendo el mismo", me dijo hace mucho una contradictora que tengo en Rosario.

Malas noticias para quien así se manifiesta: Desde la primera operación de trueque y el primer hecho criminal de la historia el esquema no ha variado.

Pero veamos en qué consiste. En la situación previa encuentran siempre su lugar los tres presupuestos de todo acto (capacidad de las partes, legitimación de las partes y objeto idóneo). En el acto en sí nos encontramos invariablemente con sus tres elementos (forma, contenido y causa), que incluyen el componente subjetivo de cada uno (voluntad de dar forma, conciencia del contenido e intención compatible con la causa). Y en la situación final, donde moran los efectos del acto, se ubican la validez y la invalidez, según que los presupuestos y elementos, componente subjetivo incluido, se encuentren o no libres de defectos y vicios.

Junto a la validez y la invalidez, finalmente, se instalan la eficacia y la ineficacia en sentido estricto, según como operen las circunstancias ajenas al acto en sí considerado de las que ambas dependen.

Y este proceso de situación inicial, acto y situación final, que es movimiento y en tanto movimiento transformación y vida, se da y repite todos los días, a toda hora, en todos los países, en todas las legislaciones, en la teoría y en la práctica, en todos los casos, cualquiera sea la rama del derecho de que se trate, porque todas se han formado a la luz de los estudios sobre un determinado comportamiento.

Así, el derecho comercial tiene por objeto el acto de comercio; el derecho laboral, el contrato de trabajo y las convenciones colectivas; el derecho administrativo, el acto administrativo; el derecho procesal, la serie de actos que se suceden el uno al otro durante el proceso, etc..

¿Y el derecho penal? El derecho penal tiene por objeto el delito. Y aunque nos cueste creerlo, el esquema es el mismo, pese a contar con diferentes nombres. Y así:

1) La capacidad se llama imputabilidad, la legitimación responde al nombre de condiciones objetivas y el objeto es conocido como bien jurídico tutelado.

2) La forma se llama exteriorización, el contenido se denomina tipicidad y la causa responde al nombre de antijuridicidad. ¿Y los componentes subjetivos? Son los eximentes de culpabilidad.

3) Por su parte, los efectos (derechos y obligaciones del negocio) se llaman potestad punitiva del Estado y sujeción del delincuente a ésta.

¿Y la invalidez? La invalidez se llama impunidad y los casos de ineficacia responden al nombre de causas de justificación.

Es así, créanme. Es todo lo mismo. Pero entonces hay que aprenderlo …

¿Cómo es posible que no advirtamos que estudiar el derecho y ganarnos luego la vida a través de la profesión o la magistratura sin contar con un esquema de este tipo equivale a que los estudiantes de medicina y los médicos pretendan incursionar en ella sin saber anatomía?

¿Por qué encerrar a nuestros conocimientos en compartimentos estancos, como a cada una de las materias de la carrera, pese a que esto resulta tan absurdo como que los médicos estudien uña separándola del dedo, dedo separándolo de la mano, mano aislándola del brazo y brazo sin considerarlo con relación al cuerpo al que todos, uña, dedo, mano y brazo, pertenecen?

IX. ¿A qué se parecen la validez y la invalidez, la eficacia y la ineficacia?

¿Cuál es el símil de cada una en la vida cotidiana, si es que lo tienen, que nos permita comprender qué son y qué papel juegan en el esquema del comportamiento?

¿Cómo lograr que las nulidades, como decía, dejen de ser una palabra, un concepto entre otros, una abstracción, la página del libro o el apunte hace años consultado?

El mismo Betti [8] nos da la pista al ocuparse de la confirmación bajo el título de *"Subsanación y convalecencia*" del negocio inválido... porque de esto se sigue que un acto válido es un acto saludable... Y si lo es, la invalidez es la enfermedad que lo aqueja.

En otras palabras. La salud es al hombre y la mujer como la validez es al acto. Y así como un hombre o una mujer pueden padecer una enfermedad que les impide desarrollar sus actividades, el acto puede verse afectado por un defecto o vicio que le impide producir sus efectos.

Aplicando nuestro esquema: Así como un hombre o una mujer pueden estar afectados en alguna parte de su organismo, de la misma manera el acto puede estar afectado en la capacidad, la legitimación o el objeto; la forma, el contenido o la causa; la voluntad, la conciencia o la intención. Y la enfermedad que afecta al hombre o la mujer puede ser, tanto como la invalidez que sufre el acto, absoluta o relativa, total o parcial, oculta o manifiesta, directa o refleja.

Qué poco nos cuesta, ahora, advertir que así como hay personas saludables que llegan tarde al trabajo por no poner el despertador en la mesa de luz, o pierden el avión por olvidar el pasaporte en el hotel; así, también, hay actos que son válidos pero no producen efecto porque lo impide una circunstancia ajena al acto en sí considerado. Y esto de no poder obtener lo que se tenía programado porque el despertador no se oye, o el pasaporte se olvida, en derecho se llama ineficacia.

Ante esto un espíritu contradictor dirá: *"Me gustaría que me nombre una enfermedad que sea el símil de la nulidad absoluta, y que, por serlo, comprometa al orden público..."*. *"...* Respuesta: *El símil de la nulidad absoluta es la enfermedad infecto contagiosa"*.

Y como no se entregan nunca, volverá a preguntar: *"¿Y el símil de la confirmación del acto relativamente nulo o anulable?"*. Respuesta que provoca el abandono: El antibiótico que te cura.

X. Aplicación del esquema a la clasificación de las nulidades

Veamos ahora un ejemplo del defecto o vicio que pueden afectar a cada uno de los tres presupuestos, los tres elementos y los tres componentes subjetivos del negocio. Y en cada caso determinemos el tipo de nulidad o anulabilidad que ese defecto o vicio originan.

1. Defecto en los presupuestos

a) *Incapacidad legal de obrar.* La incapacidad legal de obrar provoca la nulidad relativa del acto celebrado por el incapaz (arts. 1040, 1041 y 1042 C.C.). Y le provoca la nulidad y no la anulabilidad aunque la menor edad, la interdicción por demencia o sordomudez, o la inhabilitación del art. 152 bis requieran ser verificadas por el juez. Porque una vez verificadas, el juez no tiene nada que evaluar ni medir.

b) *Falta de legitimación.* La falta de legitimación origina la nulidad, en este caso, absoluta, del negocio que se concluye transgrediendo la prohibición de celebrarlo (art. 1043 C.C.).

Así, en los casos del albacea no legitimado para adquirir los bienes de las testamentarias que estuviesen a su cargo (art. 1361 inc. 3 C.C.), el mandatario no legitimado para adquirir los bienes que está encargado de vender por cuenta del mandante (art. 1361 inc. 4) o el empleado público sin legitimación para adquirir los bienes del Estado de cuya administración estuviese encargado (art. 1361 inc. 5 C.C.), etc.; así, también, en el caso de la falta de legitimación de los cónyuges para celebrar la compraventa entre ellos, y en el de los padres no legitimados para celebrarla con los hijos bajo la patria potestad (arts. 1358, 1359 y 1361 inc. 1 C.C.).

c) *Objeto no idóneo.* Absoluta es asimismo la nulidad que viene provocada por la falta de idoneidad del objeto (arts. 953 y 1044 C.C.).

Como ocurre en los casos de la cosa fuera del comercio (art. 953, 1ª parte, C.C.), de la cosa fungible que es objeto del comodato (art. 2255) , o de la cosa mueble que es objeto de la constitución de hipoteca (art. 3108 C.C.), con la salvedad de los muebles registrables que pueden ser hipotecados, como los buques de 10 o más toneladas, o los buques en construcción del mismo tonelaje (art. 499 ley 20.094/1973).

2. Defecto en los elementos constitutivos

1) Defecto en la forma. *Pasando a los elementos del negocio, el defecto de forma le provoca la nulidad absoluta (art. 1044 C.C.); y la anulabilidad relativa en el caso del negocio ininteligible.*

Y al respecto recordemos que la forma del negocio puede ser libre (art. 974 C.C.) o impuesta como carga de validez (arts. 976, 977, 988, 1044, 1183 C.C., y artículos que la imponen al regular cada uno de los contratos). Y que ésta, a su vez, se subdivide en:

a) *Formas cuya omisión y consiguiente nulidad dejan en pie u originan algún tipo de efecto sustantivo.* Como en los casos que al principio hemos considerado (conversión del negocio definitivo en promesa, transformación de la obligación civil en natural, corrección del negocio parcialmente inválido y conversión de un testamento en otro).

b) *Formas cuya omisión y consiguiente nulidad no dejan en pie efecto sustantivo alguno* (así, las impuestas para el matrimonio y la transacción de derechos litigiosos -arts. 172 y 838- cuya ausencia sólo origina los efectos del art. 1056).

2) *Defecto en el contenido.* En lo que se refiere al contenido, uno defectuoso se da en los casos del negocio con contenido insuficiente (así, con laguna que no puede ser cubierta por la interpretación) o prohibido (art. 953, 2ª parte, C.C.). Y aquí agreguemos que en el primer caso el negocio es anulable y en el segundo nulo o anulable, en ambos de manera absoluta.

3) *Defecto en la causa.* La causa del negocio puede faltar o ser ilícita. Y ambos defectos originan su nulidad absoluta (arts. 499, 500, 501, 502 y 953 C.C.).

La ausencia de causa viene dada, no sólo cuando el negocio carece de una típica o atípica merecedora de tutela, sino cuando cuenta con una que se ve afectada por el fin insustancial o fútil a que el negocio se destina. Como ejemplo brinda Betti el del testador que destina sus bienes al cuidado de animales [9]. Entre nosotros considera Fassi [10], que el legado hecho a un perro vale como carga de cuidarlo mientras viva.

Por su parte, la ilicitud causal del negocio viene provocada por el motivo ilícito con que las partes lo celebran, como en el caso del fraude a la ley (arts. 1044 y 3741 C.C.).

3. Defecto en el componente subjetivo de los elementos

En cuanto a este componente (respectivamente, voluntad, conciencia e intención) puede faltar o estar viciado, lo que da pie a la anulabilidad relativa (arts. 954 y 1045 C.C.). Así, cuando:

a) Faltan la voluntad, la conciencia y la intención, como en los casos de incapacidad natural por demencia sin interdicción, ebriedad sin inhabilitación, hipnosis o estado febril.

b) Sólo está ausente la voluntad, como en el lapsus *o error* "obstativo" *(escribo* "vendo el lote uno" *queriendo escribir* "vendo el lote dos"*); la violencia física (me fuerzan a asentir levantándome la mano) o la representación didáctica o dramática (negocio* "celebrado" *en el aula o en el escenario).*

c) Se encuentra viciada la conciencia, como en el error *"vicio"* (escribo *"vendo el lote uno"* creyendo que se trata del lote dos); el disenso (me ofrecen en venta el lote uno y acepto por creer que se trata del lote dos); la lesión provocada por la ligereza o inexperiencia (art. 954) y el ánimo *jocandi* (broma);

d) Está viciada la intención, como cuando el negocio se celebra porque una parte ha sido intimidada, incurre en error *"vicio"* recaído en el motivo (dono a Juan creyendo que es quien me salvó la vida) o actúa acuciada por la necesidad que da pie a la lesión (art. 954) y no ya por ligereza o inexperiencia, como en el inciso anterior; y cuando, por último, ambas partes se comportan con esa divergencia entre intención y causa que se concreta en la figura de la simulación (arts. 954 y 1045 C.C.).

NOTAS:

[1] Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico,* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, págs. 351 a 353; en idéntico sentido, con relación al art. 172 de nuestro Código Civil, que considera inexistente al matrimonio no consentido entre hombre y mujer ante la autoridad competente; María Josefa Méndez Costa - Daniel Hugo D´Antonio, Derecho de familia, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I, pág. 318 y ss..

[2] Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de derecho civil*, Parte General, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. II, pág. 167 y ss. En idéntico sentido, Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 167 y ss..

[3] Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pág. 28 y ss..

[4] Eduardo A. Zannoni, ob. cit., pág. 177 y ss..

[5] Santos Cifuentes, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 671.

[6] Aldous Huxley, *Literatura y ciencia*, Buenos Aires, Sudamericana, 1964, págs. 47, 48 y 60.

[7] Francesco Carnelutti, *Teoría general del derecho*, en Revista de Derecho Privado, 2ª ed., Madrid, 1955, págs. 21, 142 a 144, 243 y 244, 255.

[8] Betti, ob. cit., pág. 365.

[9] Betti, ob. cit., pág. 291.

[10] Santiago Carlos Fassi, en *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1971, t. 2, pág. 119.

LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ Y LA INTERPRETACIÓN DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1051 DEL CÓDIGO CIVIL [*]

por José Carlos Carminio Castagno

SUMARIO: 1. Acerca de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos. 1.1. Teorías asimilativas. 1.2. Teoría distintiva. 1.3. Mi tesis. 1.4. Conclusiones. 2. La reforma del art. 1051 del Código Civil. 2.1. La buena fe. 2.2. Mi tesis. 2.3. Conclusiones.

1. Acerca de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos

Considero necesario efectuar un breve y esquemático repaso de las distintas posturas -algunas todavía vigentes- que han sido adoptadas por los autores nacionales, como instancia previa a la de su confrontación con la que sostengo.

1.1. Teorías asimilativas

Se trata de aquellas que proponen la equiparación de dos o más de las categorías implicadas en el tema, reduciéndolas a una sola especie.

a) Acto nulo o anulable=Nulidad expresa o nulidad virtual [1].

Acogida en algún fallo [2], ha sido rápidamente abandonada.

b) Acto nulo o anulable = falla total o parcial de un elemento del acto

Sustentada por Juan A. Moyano [3].

c) Acto nulo o anulable=vicio manifiesto u oculto

Expuesta por Rivera [4].

d) Acto nulo o anulable=vicio de tipo rígido o flexible

Pertenece a Llambías [5].

e) Acto nulo o anulable=nulidad absoluta o relativa

Hoy totalmente abandonada, contó con la adhesión de Moyano, Llerena y Etcheverry Boneo -según mencionan Rivera [6] y Borda [7]- y de Spota [8].

Por mi parte, agrego que en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba del 1º al 7 de noviembre de 1937, esta tesis -que contó con el favor de la mayoría y fue acogida en el despacho del Tema III (*Nulidad de los actos jurídicos*), sin que consten disidencias- dio lugar a que se enfrentaran dos posiciones en cuanto la única categoría que debía permanecer como resultado de la unificación [9], a saber:

a) Actos nulos o anulables. Sostenida allí por los miembros de la Comisión designada (doctores Tissone, Ottolenghi, Barcia López, Moyano y Galli), había sido también la adoptada por el Proyecto de Código Civil de 1936.

b) Actos de nulidad absoluta o relativa. Introducida en el debate por el Dr. Busso, recibió la adhesión de los Dres. Barcia López, Cordeiro Alvarez y Alsina Atienza.

Además, que en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil [10] -entre los *Antecedentes de los temas no considerados por el Congreso*, referidos al titulado *Revisión de la clasificación de las nulidades en el Código Civil*- constan las ponencias presentadas por los Dres. Buteler Cáceres, Beascoechea, Aparicio y Fraga (del Instituto de Derecho Civil de Córdoba) y Abelenda (de la Universidad Nacional del Nordeste), adoptando esta posición [11].

f) Acto nulo o anulable=vicio manifiesto o rígido y vicio oculto o flexible

Esta triple equiparación es sostenida por Borda [12] y Rivera [13].

1.2. Teoría distintiva

Expuesta por Llambías [14], goza de la adhesión de la mayoría de nuestros tratadistas [15].

La distinción fundamental [16] se da entre las categorías de ***actos nulos o anulables*** y ***actos de nulidad absoluta o relativa***, a las que se considera autónomas y totalmente combinables [17].

1.3. Mi tesis

Paso ahora a exponer mis ideas acerca de esta temática, cuya elucidación impone inicialmente la tarea de establecer distinciones rigurosas y adecuadas correspondencias.

1.3.1. Tres diferentes cuestiones

La primera comprobación es la de que el panorama que se ofrece al observador no es idéntico en toda su extensión sino con variaciones, que se constituyen en tres distintos *protagonistas*, cada uno de los cuales -por poseer identidad, funciones y características propias- debe ser objeto de un análisis específico, a saber:

a) *El vicio*

b) *La invalidez*

c) *El acto*

1.3.1.1. El vicio

Se trata del *defecto* que padece el acto y que afecta -o podría afectar- su validez.

Dicha anomalía es pasible de un doble análisis:

a) Según la *consistencia* de su tipificación legal.

b) Según su *perceptibilidad* en el acto.

1.3.1.1.1. Su consistencia

Cuando la ley tipifica las causales de invalidez, puede hacerlo de dos diversos modos:

a) *Cerrado*: el tipo se encuentra establecido de una manera *rígida*, diseñando un supuesto concreto que no admite variaciones en más o en menos [18].

b) *Abierto*: la tipificación es *flexible*, ya que contiene sólo pautas dentro de las cuales deben encuadrarse los distintos casos [19].

Se infiere fácilmente que, en la primera especie, la *ley* determina *a priori* las hipótesis, mientras que en la otra es el *juez* quien -evaluando sus peculiaridades- decidirá si se da o no el encuadre en el tipo legal.

1.3.1.1.2. Su perceptibilidad

También desde este punto de vista existen dos clases:

a) Vicios *manifiestos*: los que están patentes en el acto mismo [20].

b) *Ocultos*: aquellos invisibles en él [21].

Como se observa, considero que -si se establecen adecuadamente las correspondencias- lo *manifiesto* u *oculto* no es la *invalidez* sino el *vicio*, por lo que el uso de tales adjetivos para calificar la *nulidad* sólo puede ser interpretado -y aceptarse- con esa inteligencia [22].

Aclaro que considero que la definición de la *"nulidad... manifiesta"* contenida en el art. 1038 del C.C., corresponde al *vicio de tipificación legal rígida* (que nada tiene que ver con su *perceptibilidad* en el acto).

Finalmente, es obvio que para poner al descubierto los vicios ocultos, se hace imprescindible la intervención del juzgador.

1.3.1.2. La invalidez

Este segundo protagonista también es pasible de un doble enfoque:

a) *Cuantitativo*: según su *extensión* en el acto.

b) *Cualitativo*: acorde a la *intensidad* de su incidencia en él.

1.3.1.2.1. Su extensión

De acuerdo al *quantum* de su extensión, la invalidez puede ser:

a) *Total:* afecta el acto *in integrum*

b) *Parcial:* lo daña sólo en parte.

Cabe recordar que, según lo establece el art. 1039, la nulidad de una disposición *"no perjudica a las otras..., siempre que sean separables"* -lo que determinará el magistrado-, de lo cual se deduce que, en principio, la invalidez es *total*.

1.3.1.2.2. Su intensidad

Acorde a su *potencia cualitativa*, la invalidez -según la *índole del interés tutelado*- puede ser:

a) *Absoluta*: Si se protege un interés *genera*l (o sea: referido a *toda la comunidad*).

b) *Relativa*: Si el interés tutelado es sólo *particular*.

Tres aclaraciones se imponen a este respecto:

a) *Interés general* no es sinónimo de *orden público* -como suele sostenerse [23]-, ya que éste comprende las normas que son *inmodificables por la autonomía privada*, entre las cuales se incluyen muchas que protegen intereses particulares [24].

b) *Interés particular* no equivale a *interés individual*, ya que existen intereses *grupales* que -no obstante comprender a más de un individuo- carecen de índole *general* [25].

c) En cuanto a los distintos regímenes de cada una de estas especies -opuestos en punto a posibilidad de declaración de oficio por el juez de la invalidez, legitimación del Ministerio Público o de cualquier interesado para solicitarla, confirmabilidad del acto y renunciabilidad de la acción- comparto la unánime interpretación vigente, ajustada a la normativa legal [26].

Pero disiento acerca del carácter *imprescriptible* de la acción impugnativa cuando se trata de invalidez *absoluta* [27], por las siguientes razones [28]:

a. *La clara disposición del art. 4019 del C.C.* [29].

b. *La consideración de que la tutela del interés general no siempre conlleva el carácter imprescriptible de la respectiva acción* [30].

Excepcionalmente admito que ella no prescribe cuando la situación jurídica final -considerada en sí, con prescindencia del hecho, acto o negocio que la motivó- resulta incompatible con el orden jurídico vigente [31].

1.3.1.3. El acto

El núcleo del tema lo constituye el *acto jurídico* [32].

Este principal protagonista -en función del cual juegan sus roles los otros dos- puede ser *nulo* o *anulable*, lo que, en mi opinión, depende de la *operativiad* de la invalidez, asunto del que paso a ocuparme.

1.3.1.3.1. El acto nulo

Considero que es aquel cuya invalidez opera *ex lege* y *a priori*, para lo cual es menester que se den los siguientes requisitos:

- Que el vicio sea de tipificación legal *rígida*.

- Que, además, esté *manifiesto* en el acto.

- Que la invalidez sea *absoluta* [33].

Al respecto, pienso que sólo así cobra efectividad la segunda parte del art. 1038: *"Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada"*.

Y ello, porque tal acto carecerá de virtualidad en el campo del derecho, ya que ninguno de sus operadores -magistrados, abogados, escribanos, demás funcionarios judiciales o administrativos, etc.- consentirá que participe en el tráfico jurídico.

Por ende, considero que en los arts. 1041 a 1044, el vocablo *nulos* significa *afectados por un vicio de tipificación legal rígida*.

Cabe, además, una breve referencia adicional: como ya expliqué, la invalidez del acto es *in totum*, sin perjuicio de que posteriormente -en acción incoada por un interesado- puedan *rehabilitarse* las cláusulas que el juez declare *separables*.

1.3.1.3.2. El acto anulable

Correlativamente con lo precedentemente expuesto, considero que en el acto *anulable* la operatividad de la invalidez es *ope sentencia* y *a posteriori* de ella, para lo cual basta que no se dé siquiera uno de los tres requisitos mencionados.

Destaco que estos actos no son *semiválidos* ni *seminulos* -idea que creo subyace en ciertas posiciones- sino simplemente *válidos*, acorde al art. 1046.

1.3.1.3.3. Consideraciones complementarias

Creo oportuno efectuar algunas precisiones que -amén de posibilitar una más plena comprensión de mi pensamiento- servirán asimismo para despejar eventuales equívocos.

1.3.1.3.3.1. Actos nulos y anulables: un refuerzo argumental

Si bien el art. 1044 establece que "Son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto", el siguiente advierte que "cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho" los actos son *anulables*.

Frente a ello, surge esta pregunta: ¿quiénes deben efectuar la necesaria indagación? Y esta respuesta: los jueces.

De tal premisa, deduzco que *toda vez que sea menester la intervención judicial*, el acto es *anulable* [34].

Por ende, paso a establecer los casos en que aquélla resulta imprescindible:

a) Si el vicio está *oculto* (para descubrirlo).

b) Cuando el vicio es de tipo *flexible* (para determinar si el del caso encuadra en la hipótesis prevista).

c) Si la invalidez es *relativa* (previa acción *"por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes"* [35]).

d) Cuando se pretenda una invalidez sólo *parcial* (para la pertinente declaración de *separabilidad*).

Por ciento que la inteligencia que propongo debe mantenerse respecto de toda otra expresión equivalente empleada en el código [36].

1.3.1.3.3.2. Otra comprobación coadyuvante

En general, se sostiene que el acto cumplido por un demente interdicto es *nulo*, criterio contra el cual aduzco:

a) Por tratarse de un caso de invalidez *relativa*, el acto surte efectos mientras no sea declarada su nulidad a pedido de parte interesada.

b) Ergo, hasta tanto ello ocurra, el acto es *válido-anulable* [37].

c) Si el ex demente -al que se le ha levantado la interdicción- formaliza una simple *"renuncia a la acción de nulidad"* [38], se sostiene por muchos que su acto resulta *convalidado*.

d) Por mi parte, pienso que aquél permanece en el *statu quo ante* -o sea que *continúa siendo válido*- y el único efecto que la renuncia produce [39] se da en otro aspecto: el acto *válido-anulable* muta a *válido-no anulable*, al desaparecer la eventualidad de su anulación.

e) Concluyendo: el acto *anulable* no es un acto *nulo* sometido a la condición *suspensiva* de su *confirmación*, sino un acto *válido* sujeto a la eventual condición *resolutoria* de su *anulación*.

1.3.2. Comparación crítica con los demás criterios

Procedo a confrontar mi tesis con las demás propuestas, a fin de describir sus diferencias y formular las pertinentes observaciones.

1.3.2.1. Con las posturas asimilativas

Como puede colegirse de lo antes expuesto, no coincido con ninguna de las formulaciones que asimilan a la de *"acto nulo o anulable"* otra categoría, a saber:

a) Nulidad expresa o virtual

Como ya he explicado, ambos términos de la alternativa constituyen casos de *tipificación legal de defectos invalidantes* (y no de *nulidades*) y que esta presunta especie resulta contenida *in totum* en la de *vicios manifiestos*.

b) Falla total o parcial de un elemento del acto

Partiendo de que *"los elementos esenciales de los actos jurídicos pueden fallar al celebrarse algún acto aparentemente jurídico* [40], *y la falla puede ser parcial o total",* esta tesis considera que *"la voluntad jurídica* [41] *puede fallar parcialmente, en los casos de voluntad de incapaces relativos y en los supuestos de vicios de la voluntad jurídica; puede fallar por completo en los casos de demencia, etc."* [42].

Amén de compartir la crítica efectuada por Llambías [43], encuentro otra falla básica, que los ejemplos denotan: la de priorizar los *efectos*, lo que conduce a distinciones erróneas [44].

c) Vicio manifiesto u oculto

Esta pretendida equiparación falla doblemente, por cuanto:

a) la *perceptibilidad* de la deficiencia, es requisito *necesario* pero no *suficiente* del acto nulo;

b) hay actos *anulables* cuyo vicio es también *manifiesto*.

d) Vicio de tipo rígido o flexible

Ocurre en este caso -ahora con relación a la *consistencia rígida* del vicio- exactamente lo mismo que he señalado en el anterior, lo que obsta a la viabilidad de unificar ambas categorías.

e) Nulidad absoluta o relativa

Las dos objeciones antes formuladas también resultan procedentes aquí, con respecto al carácter *absoluto* de la *invalidez*.

f) Vicio manifiesto o rígido y vicio oculto o flexible

Como es obvio, esta doble equiparación también duplica los reparos en su contra, al sumarse los aspectos negativos antes puntualizados (ahora referidos a cada una de las dos categorías que se consideran *asimilables* [45]).

1.3.2.2. Con la teoría distintiva

Ante esta postura, mi actitud cambia, ya que -en principio- comparto el criterio de que las categorías *actos nulos o anulables* son *autónomas* y *combinables* con las de *invalidez absoluta o relativa.*

Mi disidencia se da en lo referido a *cuántas combinaciones* pueden efectuarse: mientras Llambías -proponiendo ejemplos- considera que *todas*, sostengo que sólo *algunas* son viables, según paso a especificar:

a) Acto nulo de nulidad absoluta

Dado que el carácter *absoluto* de la invalidez es requisito de todo acto *nulo*, esta hipótesis es posible.

b) Acto nulo de nulidad relativa

Como surge de la precedente afirmación, no puede darse este supuesto, ya que el carácter *relativo* de la invalidez -amén de permitirle al interesado abstenerse de ejercer la acción de nulidad, caso en el que el acto jamás será *nulo*- torna imprescindible la intervención del juez para declararla (en el eventual juicio impugnativo).

c) Acto anulable de nulidad relativa

Habida cuenta de que -tratándose de invalidez *relativa*, sólo el titular del interés tutelado puede ejercer la pertinente acción (lo que evidencia el carácter *anulable* del acto)- esta combinación es factible.

d) Acto anulable de nulidad absoluta

La viabilidad de este supuesto se funda en la ya señalada circunstancia de que el carácter *absoluto* de la invalidez es un requisito *necesario* pero no *suficiente* de todo acto *nulo*, lo que implica que -de no darse cualquiera de los otros dos (carácter *manifiesto* o *rígido* del vicio)- aquél es *anulable*.

1.3.2.3. Comparación adicional

Por la importancia de ambas categorías, creo conveniente volver al tratamiento de la posición asimilativa *acto nulo=nulidad absoluta* (y viceversa) y *acto anulable=nulidad relativa* (e inversamente), a fin de efectuar un cotejo integral con la que propongo.

a) Todo acto nulo es de invalidez absoluta

Considero correcta esta afirmación, puesto que -como ya he dicho- la invalidez *absoluta* es uno de los requisitos del acto nulo.

b) Todo acto de invalidez absoluta es nulo

No comparto esta idea, considerando que el carácter *absoluto* de la invalidez no basta para que el acto sea *nulo*, debido a que deben darse además los otros dos requisitos (vicio *rígido* y *manifiesto*).

c) Todo acto anulable es de invalidez relativa

Tampoco adhiero a esta aseveración, porque -como quedó antes demostrado- hay actos *anulables* de invalidez *absoluta*.

d) Todo acto de invalidez relativa es anulable

Coincido, ya que siempre que se da un supuesto de invalidez *relativa*, la eventual nulidad deberá ser declarada judicialmente, lo que demuestra que el acto es *anulable* (*ex post*) y no *nulo* (*ipso iure*).

1.4. Conclusiones

1. Las clasificaciones implicadas en la *patología* del acto jurídico -se refieran a éste (*nulo* o *anulable*), al *vicio* (*rígido* o *flexible* y *manifiesto* u *oculto*) o a la *invalidez* (*absoluta* o *relativa* y *total* o *parcial*)- conforman categorías absolutamente *autónomas*, pero sólo *limitadamente combinables* (y cuyos adjetivos utilizo según el estricto significado de cada vocablo, superando -cuando es necesario, mediante una interpretación correctora- su equívoco empleo en el articulado del código [46]).

2. Los actos *nulos* y *anulables* constituyen las dos especies de la más importante de esas categorías, en torno a la cual giran las restantes,

3. Ambos tipos de actos difieren en la *operatividad* de la invalidez: *de pleno derecho* (*ex lege* [47]) en los *nulos* y *por declaración judicial* (*ex sentencia*) [48] en los *anulables*.

3. Por ende, el carácter *nulo* o *anulable* del acto devendrá, respectivamente, de que sea viable su descalificación *a priori* (sin intervención judicial ninguna) o -siendo ésta necesaria- que se produzca *a posteriori*, como consecuencia y resultado de ella [49].

4. En consecuencia, el acto *nulo* requiere -concurrentemente- que el vicio sea *manifiesto* y *rígido* y la invalidez *absoluta* (o -con otras palabras- que la *falla* sea *perceptible en el propio acto*, que esté *tipificada rígidamente por la ley* y que el fundamento cualitativo de la invalidez sea la tutela del *interés general*).

5. Por el contrario, toda vez que -por no darse siquiera *uno* de tales requisitos (ser *oculto* o *flexible* el vicio o *relativo* el carácter de la invalidez)- la intervención judicial resulte imprescindible -para, en ese orden, *descubrir* el vicio, *considerarlo encuadrado en el tipo legal abierto* o *resolver la impugnación planteada por el titular del interés particular tutelado*- el acto es *anulable* [50].

6. Como se advierte, si bien en el *acto* repercutirán las calificaciones del vicio -determinando, juntamente con las de la invalidez, su carácter *nulo* o *anulable*-, aquéllas no se refieren *directamente* a aquél ni a ella, ya que no hay invalidez ni acto *manifiesto*, *oculto*, *rígido* o *flexible* (por ser todos adjetivos propios del *defecto* padecido).

7. Recíprocamente -y hecha la misma salvedad, acerca de su real incidencia en el acto- tampoco el carácter ni la extensión de la invalidez (*absoluta* o *relativa*, *total* o *parcial*) son adjetivos aplicables a aquél ni al vicio.

8. En síntesis: el *acto* -por ser la principal figura de esta temática- constituye el núcleo en el que convergen las otras dos categorías, dependiendo su calificación como *nulo* o *anulable* de cuáles de las especies de éstas concurren en cada caso.

2. La reforma del art. 1051 del Código Civil

2.1. La buena fe

Por ser este importante punto otro de aquellos en los que me aparto de la postura mayoritaria, corresponde tratarlo -aunque breve- sistemática y detalladamente.

2.1.1. Generalidades

2.1.1.1. Su noción

Según el diccionario de la lengua, *buena fe*, en sentido general, significa *"Rectitud, honradez"* y jurídicamente *"Criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho"* y *"En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte"*.

Aunque tales definiciones resultan claras, señalo que nuestro código provee, en los arts. 2356, 4006 y 4008, de algunos principios rectores, que han sido aplicados en varios temas por la jurisprudencia [51]:

1. La buena fe *se presume al momento de la adquisición.*

2. Ella implica *convencimiento, certidumbre, seguridad, certeza* (vocablos de significado equivalente a *persuasión*: *aprehensión o juicio que se forma en virtud de un fundamento*).

3. Tal convicción debe fundarse en *ignorancia o error de hecho excusable*.

2.1.1.2. La excusabilidad

Mientras el art. 4007 -a propósito de la *ignorancia* del poseedor- advierte con redundancia que *"no lo es la fundada en un error de derecho"* [52], el 929 dispone que ella se da *"cuando ha habido razón para errar"*, agregando que *"no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable"*, lo que impone indagar esta cuestión.

2.1.1.3. La culpa

Se encuentra definida -con respecto al *"cumplimiento de la obligación"*, pero con rango de principio general- en el art. 912: *"la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"* del código.

Queda establecido así un concepto *flexible*, que habrá de adecuarse vez a vez, según *quién* sea el sujeto y *cómo*, *dónde* y *cuándo* el peculiar hecho jurídico [53].

Dicha noción *abierta* de la culpa está confirmada por lo dispuesto en el art. 902: "Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

En conclusión: no existe un patrón *fijo*, *impersonal* y *abstracto* sino *variable*, *subjetivo* y *concreto*, que se ajustará a las características de cada caso.

2.1.2. En el art. 1051

Corresponde establecer si, en este artículo, dicho concepto de buena fe sigue vigente o se modifica en función de normas o circunstancias que puedan invocarse.

Para ello, paso a efectuar un breve repaso de las distintas tesis que han sido adoptadas.

2.1.2.1. Las diversas posturas

Detallo sus pautas, en una escala de severidad ascendente y acumulativa:

a) No opera la presunción de buena fe [54].

b) El adquirente debe probar su buena fe [55].

c) Es exigible un obrar *diligente*, acorde al art. 1198 (*"obrando con cuidado y previsión"*) [56].

d) Se requiere la certificación registral de la inscripción del título a nombre del disponente [57].

e) Es necesario efectuar el *estudio de títulos* [58].

f) El adquirente debe cerciorarse de la capacidad del transmitente [59] y del estado de ocupación de inmueble [60].

2.1.2.2. Acotaciones críticas

Las expreso en el mismo orden:

a) Aducir que la presunción de buena fe no rige por el valor económico de los inmuebles [61] o *"porque las presunciones legales son siempre de interpretación restrictiva"* [62], implica olvidar -amén de que hay otros bienes de mucha mayor cuantía- que los arts. 2356 y 4008 sientan principios de los que no están excepcionados aquéllos, para los que también rige en materia de prescripción y, por ende, el art. 4008 [63].

b) Basta ello para descalificar esta otra postura extrema, menos razonable aún.

c) Además de que, como se verá, el art. 1198 no es la norma rectora y que resulta imposible diseñar estándares de *diligencia*, *cuidado*, *previsión* o *entendimiento* aplicables a todas *"las partes"* -dada la variedad de niveles intelectuales y de instrucción-; ya se señaló que la noción de su reverso negativo -la conducta *culposa* o *negligente*- es *personalizada*.

d) Aunque coincido con el enunciado, anticipo que disiento en cuanto al carácter *suficiente* que se le asigna a dicho acto registral.

e) Paso a sintetizar los principales argumentos que he expresado en su contra [64]:

a. Aun admitiendo que el estudio de títulos fuese imprescindible, se trataría de una *carga* para el adquirente, la cual es transferida al notario autorizante como *"deber funcional emanado virtualmente del ordenamiento jurídico"*, *"deber legal"* u *"obligación de fuente legal implícita"* [65].

b. No hay disposición alguna que imponga tal proceder, como lo demuestra el análisis del supuesto *"sustento o pilar normativo"*: *"artículos 19; 21, 973, 975 a 978, 979 inc. 1, 997, 1001, 1002, 1004, 1005, 1044, 1045, 1047, 1140, 1184, 1197, 1198, párr. 1º y concordantes del C.C."*, *"las normas del derecho administrativo y, coadyuvantemente, las leyes locales que coincidan con el temperamento propugnado"* [66].

c. Al contrario: existen preceptos que dan sustento a mi postura, como habré de explicar.

d. Entiendo la *obligación de resultado* como el de un *propio opus inobjetable* y no cual el deber de purificar cualquier deficiencia anterior (por la que, es obvio, debe responder su autor).

f) Capacidad transmitente y ocupación del inmueble.

a. Vuelve a producirse aquí el traslado de responsabilidades al notario de una supuesta obligación que pesaría sobre quien adquiere -verificar la capacidad del disponente-, que tampoco surge establecida por norma alguna.

b. En cuanto a la carga de verificar al estado de ocupación del inmueble, luce desprovista de base jurídica y contraria al sistema registral inmobiliario vigente [67].

2.2. Mi tesis

Expongo seguidamente las razones de mi rechazo a tales posturas, originadas en una incorrecta transposición de directrices del art. 1198 (*solicitud y atención* [68], *ver con anticipación* [69], *cuidado y actividad en ejecutar algo* [70]).

2.2.1. Su sustento legal

Comienzo mencionando cuáles normas lo constituyen, para luego discurrir acerca de lo que surge del conjunto de ellas: arts. 19 y 7º de la C.N.; 993 [71], 1003, 1006 a 1011 y 1112 del Código y 2°, 22 y 23 de la ley nacional 17.801.

a) Según garantía que la Carta Magna consagra en su art. 19, nadie *"será obligado a hacer lo que no manda la ley"*, lo que además implica la consiguiente responsabilidad en caso de incumplirse alguna obligación legal.

b) Acorde con ello, el art. 1112 del C.C., hace referencia a *"las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular* ***las obligaciones legales que les están impuestas****"*.

c) Como lo reconocen hasta autores que sostienen posiciones contrarias, tampoco rige la *costumbre* -con los requisitos que la tornan fuente formal del derecho [72]- de que el autorizante confeccione el estudio de títulos [73].

d) Se afirma que dicha exigencia surge del carácter de *funcionario público* del notario -carácter que sostengo con absoluta convicción [74]-, desconociendo que dicho *estudio* no es una labor en la que aquél ejercita la función *factidiccional* [75] sino que realiza como jurisperito, por lo que puede cumplirla fuera del distrito asignado (no siendo menester, por ende, impugnarlo de falsedad [76]).

e) Demostrado que el escribano actúa como *profesional del derecho*, la relación que se establece con el requirente es *convencional*, por lo que el encargo puede no ser aceptado [77].

f) Además, advierto una grave incoherencia en la postura contraria: si se afirma que se trata de una cometido *funcionarista*, ¿por qué no se proclama que constituye asimismo un *deber*

legal implícito para otros funcionarios? Y ello, por cuanto es notorio que -por ejemplo- los registradores no lo realizan al afectar un inmueble por acto administrativo como *bien de familia*.

g) Y eso no es todo: Bueres aclara que el estudio debe continuar hacia atrás en caso de existir una subasta judicial *"pues dicho acto, a pesar de su particularismo, no es un procedimiento preventivo* (sic) *de los vicios del título"* [78], pero se abstiene de dedicar siquiera un breve párrafo a la conclusión que con coherencia debe extraerse: que el magistrado que ordenó la subasta y demás funcionarios que intervinieron, deben responder por los vicios que se detectasen en esas actuaciones y en sus antecedentes [79].

h) Otra severa objeción es que el temperamento que se propugna significa, lisa y llanamente, la quiebra de la *fe pública*, entendida -acorde al art. 993, su piedra basal- como *verdad impuesta erga omnes* -con similar autoridad a la de la *cosa juzgada formal*- en cuanto a los hechos que el oficial público declara por él sensorialmente percibidos [80].

i) Ello también significa -como surge de los incs. 1 y 2 del art. 979 [81]- que dicho contenido de los documentos notariales sólo puede impugnarse y ser desconocido mediante *acción civil o criminal de falsedad*.

j) Y que, por ser instrumentos públicos, las *copias* de escrituras hacen *"plena fe como la matriz"* (arts. 993 y 1010) sin requerir -salvo en la acción impugnativa- cotejo alguno, por poseer fe pública *originaria* [82] (tesis de mi autoría, que fue recogida en el *"Anteproyecto de ley de los documentos notariales"* [83]).

k) Agrego una verificación práctica, demostrativa de su validez: cuando un juez recibe un exhorto con la transcripción del auto que ordena lo que su par le requiere, ¿dispone que su secretario se constituya en el juzgado de origen a fin de compulsarlo con el original y verificar si se han observado los recaudos procesales y de fondo en el expediente? Además: en caso de existir deficiencias en la tramitación o discordancia entre ambos documentos, ¿quién responderá por los daños que se ocasionaren: el juez exhortante -como corresponde- o, aquí también, el exhortado por no haber cumplido -cual funcionario público que es- la *"obligación legal implícita"* de efectuar el *estudio de títulos*?

l) Para el caso de instrumentos públicos de otras provincias, me permito recordar el art. 7º de la C.N.: "Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás..." [84].

m) Asimismo, extraigo otro argumento del art. 1003, en el que quedan taxativamente establecidas *"las obligaciones legales que les están impuestas"* [85] a los notarios para acreditar la legitimación de quienes actúan en nombre y representación de otra persona:

1) Solicitar que se le presente la documentación habilitante.

2) a. Anexarla al protocolo; o

b. (si debe devolverse): agregar copia autenticada, dejando constancia; o

c. (si obra en protocolos anteriores): así expresarlo, indicando año y folio.

Como se ve, nada se dice allí de la obligación de cotejar las primeras copias presentadas con sus matrices. Siendo así, resultaría una absurda paradoja que el *estudio de títulos* fuese exigible a los autorizantes de las escrituras posteriores, en las que no se hace vale dicha documental.

n) Asimismo, dos normas de la ley 17801 -a cuyos textos remito- juegan en favor de la tesis que propongo:

Art. 2º: Dispone que la inscripción en los registros tendrá por efecto la publicidad y la oponibilidad a terceros.

Art. 22: Establece -con significativa contundencia- un principio fundamental, en el que adquiere singular importancia el adverbio *sólo* (que, como es sabido, significa *únicamente*): el de que -fuera de comprobado conocimiento por el tercero- no existe otra manera de hacerle oponible una situación registral que mediante las certificaciones expedidas (regla que también es válida, en caso de divergencia entre *lo registrado* y *lo certificado*, ya que esto último prevalecerá [86]).

o) Se pretende contraponerle a tal principio lo que establece el art. 4º de la ley: "La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes", precepto que consagraría el carácter *declarativo* de ese registro.

p) Comenzando por esto último, señalo que los registros *constitutivos* [87] también carecen de efectos saneatorios, ya que son *causales* (y no *abstractos*) [88].

q) Tampoco considero que exista incompatibilidad, acorde con una correcta exégesis, cuya síntesis es: la inscripción no *convalida*, pero lo registrado es *lo oponible*.

r) Y lo demuestro así: mientras la inscripción de un título en los registros municipales no es convalidante ni lo torna oponible, la efectuada en los registros de la propiedad inmueble le agrega el plus de la *oponibilidad*. La cuestión radica en advertir que si bien el hecho de estar inscripto no sanea el título -lo que significa que continúan existiendo *"los defectos de que adoleciere"* [89]- lo que consta en la certificación posee absoluta eficacia respecto de quien lo solicitó (y los demás terceros).

s) ¿Implica ello la existencia de una *fe pública registral*? Pienso que la función que imprime la fe pública es una sola e idéntica en cualquier sector en que se la sitúe, por lo que no corresponde subdividirla ni calificarla acorde a presuntas parcelas (notarial, administrativa, judicial). Además, no cabe duda de que cuando en el registro se expide una certificación, se formaliza la afectación de un inmueble como bien de familia o se expide copia autenticada de su propia documentación [90], se la está ejerciendo. Ahora bien: si por tal se entiende que el contenido de la certificación refleja necesariamente la *realidad jurídica extrarregistral*, mi respuesta es negativa, ya que diversas causas pueden provocar discordancias [91]. Pero, ¿quiere esto decir que el certificado es un simple papel sin importancia, carente de todo relieve jurídico, y que es lo mismo contar con él o no? Esto no es así, ya que -de serlo- ¿qué sentido tendría, por ejemplo, lo que el art. 23 dispone? Por ende, es preciso atribuirle el valor de la *oponibilidad* [92], que -además de operar *en contra* del tercero (que no puede desconocer su contenido)- también lo hace *a su favor*, mediante una *presunción* de exactitud [93].

Por todo lo expuesto, considero que cabe cerrar este punto concluyendo en que -además de no existir norma legal alguna que lo imponga (como ha sido dicho por la propia Corte Suprema en sentencias que acogen la tesis contraria [94])- numerosos preceptos obstan a que se considere la confección del *estudio de títulos* como un deber inexcusable del notario autorizante.

2.2.2. La noción legal de buena fe aplicable

En la búsqueda de conexiones normativas determinantes del tipo de *buena fe* a que alude el precepto examinado, opto por un artículo que -a diferencia del 1198- la define con total precisión en un caso similar, por lo que resulta de absoluta pertinencia: el 3430.

Para demostrar la semejanza entre los casos reglados por ambos preceptos, presento el siguiente esquema comparativo:

a) El art. 1051 refiere a *"terceros adquirentes de buena fe"*; el 3430 a *"tercero... de buena fe"* (que debe ser *adquirente* en alguno de los *"actos de disposición... efectuados por el poseedor de la herencia"*).

b) El art. 1051 menciona derechos sobre *"un inmueble"*; el 3430, *"bienes inmuebles"*.

El art. 1051 expresa *"a titulo oneroso"*; el 3430, también.

c) Como puede apreciarse, ambas coinciden, difiriendo sólo en dos puntos:

a. El art. 1051 tiene carácter genérico, mientras que el 3430 es específico (actos del *heredero aparente*)

b. El art. 3430 incluye dos precisiones, ausentes en el otro precepto, las que -por revestir decisiva importancia en el tema- resultan aplicables con carácter general. Se trata de:

1) Lo referido a la responsabilidad del disponente, según sea su buena o mala fe;

2) La tipificación de la *buena fe del tercer adquirente*.

Y si bien ambos aspectos iluminan la hipótesis aprehendida por el art. 1051, el segundo resulta fundamental para elucidar el asunto en estudio.

La noción surge nítida del texto legal: *"Será considerado tercero de buena fe quien* ***ignorase*** *la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos".*

Se trata, pues, de la buena fe *creencia* -propiamente dicha [95]- de que el heredero aparente es el de mejor derecho y de que tal calidad no le ha sido cuestionada en juicio.

A efectos de ahondar el análisis, pregunto: esa *creencia*, ¿debe estar complementada con un obrar *cuidadoso y previsor,* acorde con las calificaciones contenidas en el art. 1198? ¿Significa ello que debe efectuarse un *estudio de títulos* de los derechos del poseedor de la herencia, que comprenda una exhaustiva investigación genealógica y búsquedas en registros civiles nacionales y extranjeros que descarte totalmente la existencia de otros herederos de mejor o igual derecho?

El mismo precepto lo niega, al legitimar cual *poseedor* a quien simplemente *"ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento".*

2.2.2.1. Algo que la norma expresa sin palabras

De necesitarse otro argumento, agrego uno irrebatible (partiendo de la base de que las normas jurídicas diseñan siempre hipótesis *de posible acaecimiento*, y no que jamás pueden suceder).

Pregunto: ¿en qué actuaciones fue legitimado como *heredero* quien resultaría serlo sólo en apariencia [96]? En el juicio sucesorio de quien él es *heredero aparente* (en el cual obra la declaratoria o la aprobación del testamento).

Si el estudio de títulos es obligatorio, ¿qué es lo primero que habrá que estudiar? El mismo expediente.

¿Dónde debe tramitarse la impugnación de la calidad de heredero del poseedor de la herencia? En dicho sucesorio.

Finalmente, ¿puede existir tercer adquirente que ignore *"que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos"*? Jamás, ya que el sucesorio en el cual se lo inviste del título de heredero y en el que obra la impugnación de ese carácter *es el mismo que tiene que compulsarse en primer término si se debe efectuar un estudio de títulos.*

¿Cuál es la consecuencia? Que dicha *ignorancia* puede darse *sólo si el estudio de títulos no es obligatorio*.

2.2.3. Conclusión

Por ende, el art. 1051, reformado por la ley 17.711, debe interpretarse en función de lo normado en el 3430 -*norma que fue asimismo modificada por aquélla*, que también le agregó una segunda parte- de lo que resulta:

a) Basta que el tercer adquirente de inmuebles a título oneroso sea de buena fe (*aun cuando el enajenante tenga mala fe*);

b) La buena fe del tercer adquirente es *buena fe creencia*.

Sostengo que, además, dicho tercero debe haber cumplimentado las *cargas* [97] impuestas por el art. 23 de la ley 17.801: a) *"tener a la vista el título inscripto"* [98] (primera o ulterior copia de la escritura, que debe ser analizada por el notario formal y substancialmente; b) *"certificación expedida a tal efecto"*.

2.2.4. Actos a los que se aplica

A pesar de que el art. 1051 *in fine* se refiere a *"acto nulo o anulable"*, considero -en coherencia con lo ya antes expuesto- que su aplicación se limita sólo a *algunos* de los actos *anulables*.

Explico: dado que uno de los principios cardinales en la materia es que el *conocimiento* del defecto obsta a la buena fe, si el acto padece de un vicio *manifiesto* -requisito de todo acto *nulo*- es lógico que la inoponibilidad no se produzca.

En cuanto a los *anulables*, estimo que -cualesquiera sean las demás variantes [99]- la *imperceptibilidad* del vicio en el título inmediatamente anterior [100] constituye el dato decisivo para que el tercer adquirente sea considerado de *buena fe*.

2.2.5. La inoponibilidad

Previo a esta cuestión, conviene considerar otra íntimamente ligada y que constituye su género: la *ineficacia*.

Por no compartir la difundida noción amplísima -comprensiva de la *invalidez* [101] y hasta de la *inexistencia* [102]- llego a su concepto estricto tras comprobar que puede haber *tres grados decrecientes de defectibilidad* en un acto [103]: a) que le falte la índole de tal (*inesencia*); b) que carezca de valor (*invalidez*); c) que no despliegue sus efectos propios (*ineficacia*) [104].

Dicha *ineficacia* puede ser: a. 1) por causal *intrínseca* [105], o 2) *extrínseca* (sea por incumplimiento de cargas [106] o por causas sobrevinientes [107]); y b) 1) *erga omnes* -incluyendo a las propias partes del negocio [108]-, o 2) únicamente respecto de terceros [109].

Importa señalar que si bien lo normal es que los actos *válidos* sean *eficaces* -y, en paralelo, los inválidos no- suele ocurrir que un negocio perfecto esté privado de eficacia y que actos *inválidos* y hasta *inexistentes* (o *inesentes*) la posean [110]- cual un concreto reflejo de la teoría de la *apariencia jurídica* [111].

Y bien: si la *inoponibilidad* es una clase de *ineficacia restringida* [112], también constituye una subcategoría de la última de sus precitadas especies [113]. Y esto, por cuanto se proyecta *hacia los terceros*, con la peculiaridad de que ahora se trata sólo de *un sector de ellos*.

Frente al problema de establecer *cuáles son* ellos -lo que incide en el *quid* diferencial entre ambas nociones, tornando a veces polémico el encuadre de un mismo caso [114]- pienso que la respuesta debe darse *en cada caso concreto*, acorde con lo que disponga la norma pertinente (así: en el presente tema, es indudable que se trata de *inoponibilidad*, ya que sólo alcanza a *"los terceros* -o tercero- *adquirentes de buena fe a título oneroso"*).

Pero, ¿qué es lo *inoponible*? La *nulidad* o *anulabilidad* del negocio precedente (por parte del anterior propietario al tercer adquirente).

Y hay algo más, que constituye su reverso: el negocio adquisitivo del tercero -asimismo *"nulo o anulable"*, según los principios generales- resulta *oponible* a quien enajenó el inmueble en dicho título previo.

2.2.6. Las llamadas transmisiones a non domino

Uno de los casos en que se repite irreflexivamente alguna frase, sin detenerse a analizar su significado, lo constituye esta expresión -utilizada por juristas de nombradía [115] y tribunales prestigiosos [116]- que he criticado desde hace años [117] (lo que aquí, como introducción, vuelvo a reiterar).

Si bien se observa: ¿qué hay de extraño en *transmitir* la propiedad de una cosa *a alguien que no es su dueño*? En cambio, lo patológico consiste en *adquirirla de quien no es el propietario*, acto que -por lógica- debe denominarse ***adquisición*** *a non domino* [118].

En cuanto al fondo de la cuestión, parecería ocioso considerarlo ya que la gran mayoría de la doctrina [119] y la jurisprudencia unánime han respondido negativamente a esta pregunta: ¿se hallan incluidos en la excepción que el art. 1051 establece *in fine* los que adquieren un inmueble a título oneroso y de buena fe *de quien no es su dueño*? [120]

Sin embargo, creo que en los últimos años -argumentando, por ejemplo, que hoy *"la seguridad dinámica es un ingrediente reconocido del valor justicia, fin último del ordenamiento jurídico"* [121]- se ha producido un resurgir de la postura minoritaria, lo que basta para justificar su consideración.

De las diversas tesis que se han esgrimido para repudiar la protección del tercer adquirente en tales casos [122], me limitaré a aquella a la que adhiero: la de la *inexistencia* del acto como tal, reiterando sintéticamente la réplica que he efectuado a las objeciones dirigidas a esta teoría [123]:

a) Dado que el derecho se ubica en un plano *ideal* -distinto al de la realidad *corporal-sensible* [124]- puede hablarse, con propiedad, de existencia e inexistencia *jurídicas*.

b) Amén de negar que -partiendo de los conceptos de *invalidez* e *inexistencia*- se logran siempre soluciones idénticas [125], la distinción entre ambas es esencialmente *conceptual*, en pos de una correcta sistematización [126].

c) A pesar de tratarse de una cuestión de lógica formal -y no *normativa*-, opongo al argumento de su falta de recepción legal el texto del art. 1012: "La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada..." [127].

Paso ahora a exponer, con igual brevedad, mi reformulación de esa doctrina, a la que denomino *de la inesencia*.

Existen cualidades que, concurrentemente, hacen que *algo sea lo que es*, lo que implica que la falta de tan siquiera una de ellas obsta a la concreción de *ese ser* [128] (pudiendo resultar la *nada* -inexistencia- o un *algo* distinto).

Aunque, por consistir en una cuestión de acertado entendimiento, estas proposiciones resultan aplicables a la totalidad de los conceptos, agrego -para satisfacción de los criterios *normativistas*- que el art. 1326 las consagra, en tanto dispone [129]: "El contrato no será juzgado como de compra y venta, aunque las partes así lo estipulen, si para ser tal le faltase algún requisito esencial".

En conclusión: se trata de establecer la *esencia* de cada paradigma lógico que el derecho acuña y calificar de *inesente* -como tal- la figura que no reúne la totalidad de los requisitos que hacen a ella.

Resta considerar otros argumentos de la contraria.

En cuanto al énfasis con que se prioriza el momento *dinámico* del dominio, no sólo contradice lo que sucede habitualmente en la realidad sino hasta la propia naturaleza de ese derecho real [130].

Además, una cosa es que alguien haya enajenado por error, simulada o involuntariamente, y otra -ciertamente distinta - que no haya celebrado ningún acto.

De invocarse la viabilidad de la venta de cosa ajena, cabe recordar que lo es *como ajena* y no *como propia.*

Y, finalmente, deducir del art. 1161 que si el contrato *"celebrado **a nombre de otro**, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo"* -excepto como hecho dañoso-, ningún efecto positivo puede originar el acto en el que alguien actúa ***como si fuese otro*** (el dueño del inmueble).

2.3. Conclusiones

Con la esperanza de haber podido contribuir -siquiera en mínima medida- al *"renovado instrumental jurídico, cuya elaboración es permanente tarea de la doctrina y de la jurisprudencia"* [131], paso a exponer las principales conclusiones:

a) El concepto de *buena fe* del tercer adquirente a título oneroso -a que se refiere el art. 1151- se halla definido con precisión en el nuevo párrafo incorporado por la misma ley 17.711 a otro precepto, que diseña una situación similar más específica: el art. 3340.

b) Acorde con ello, se trata de la *buena fe creencia*, que sólo requiere el estudio *"del título inscripto"* a que alude el art. 22 de la ley 17.801 -primera o ulterior copia o testimonio del instrumento que contiene el acto jurídico que legitima al disponente como dueño del inmueble- y la observancia de la otra carga mencionada en la misma norma (*"certificación expedida a tal efecto"*).

c) La *inoponibilidad* al tercer adquirente del *"acto anulado"* a que hace mención el art. 1051, comprende sólo los actos *anulables* que padecen vicios *ocultos* (sean de tipificación legal *rígida* o *flexible* y de invalidez *relativa* o *absoluta*).

d) En cualquier caso, las *adquisiciones a non domino* se hallan excluidas de la excepción que el precepto consagra en su última parte.

Bibliografía

1.- Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1979.

2.- Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., traducción de A. Martín Pérez; Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

3.- Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil"*, Parte General, II, 11ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1996.

4.- Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984.

5.- Carminio Castagno, José Carlos, "Algo más sobre los actos nulos y anulables", Revista del Notariado" Nº 854, Buenos Aires, 1998.

6.- "Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica", Revista del Notariado, Nº 850, Buenos Aires, 1997.

7.- "Apariencia, fe pública y tráfico jurídico" (conferencia en el seminario organizado por la entonces Academia Argentina del Notariado en la ciudad de Buenos Aires, el 15 y 16 de noviembre de 1990, que fue íntegramente grabado.

8.- "El art. 1008 del Código Civil", en *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, edición del autor; Paraná, 2006, t. II, pág. 321.

9.- "El derecho y los hechos", en *Estudios jurídico-notariales en homenaje al doctor Carlos A. Pelosi*, Buenos Aires, 1981, pág. 107.

10.- "El estudio de títulos y el diseño de la buena fe en el proyecto del nuevo Código Civil", L.L., año LXIV, Nº 250, 29/12/00.

11.- "El negocio jurídico sin asentimiento, a la luz de una interpretación integral del art. 1277 del Código Civil", en *Doctrina judicial*, La Ley, año XXII, Nº 37, Buenos Aires, 13/9/06, págs. 77 a 82.

12.- "En torno a la teoría de la inexistencia", en *Libro de Oro del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, Paraná, 1995.

13.- "Estudio de títulos y responsabilidad notarial", Revista del Notariado, Nº 852.

14.- "Glosas notariales", en *Doctrina judicial*, La Ley, año XXII, Nº 23, Buenos Aires, 7/6/06, págs. 390 a 396.

15.- "Hacia una nueva concepción de los actos nulos y anulables", Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos, Nº 164, Paraná, 1988.

16.- "Inexistencia, invalidez e ineficacia de los actos jurídicos (Análisis conceptual y proyección práctica en materia instrumental y negocial e implicancias registrales)" (conferencia en el seminario organizado por la entonces Academia Argentina del Notariado en la ciudad de Buenos Aires, el 5 y 6 de octubre de 1995, que fue íntegramente grabado.

17.- *Introducción*, a la ponencia presentada por la Delegación Argentina al XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, 1977.

18.- "Las doctrinas de la penetración y de la redhibición de la personalidad societaria a la luz de la teoría general del negocio jurídico", Revista del Notariado, Nº 735, Buenos Aires, 1974.

19.- "Los registros públicos inmobiliarios, ¿son de la propiedad?", Revista del Notariado, Nº 858, 10/12/99.

20.- "Nuevamente acerca de la prescriptibilidad de la acción de nulidad en supuestos de invalidez absoluta", Revista del Notariado, Nº 872.

21.- "Quehacer notarial: aspectos funcionaristas y profesionalistas", en *Teoría general del acto notarial y...* cit., t. I, p. 451.

22.- "Reflexiones en torno al concepto de instrumento público", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. XXXV, Madrid, 1996.

23.- "Teoría general del acto notarial", en Revista del Notariado, Nº 727, Buenos Aires, 1973.

24.- Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal,* t. 1: "Proceso y derecho", Buenos Aires, 1971.

25.- Cifuentes, Santos: *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por Eduardo A. Zannoni, t. 4, arts. 896 a 947; 951 a 953; 973 a 978 y 1037 a 1065, Buenos Aires, Astrea, 1982.

26.- Cortés, Hernán, "Los efectos contra terceros de la nulidad de los actos jurídicos y la reforma de la ley 17.711", L.L. 139-906.

27.- Ghersi, Carlos A., (dir. y coautor), *Nulidades de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Universidad, 2005.

28.- Guillén, Horacio, "Nulidad y apariencia", L.L. 1984-A, pág. 772.

29.- Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, *Actas del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939.

30.- Instituto de Derecho Civil Henoch D. Aguiar, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, t. II, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1971.

31.- López de Zavalía, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1983.

32.- Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil*, Parte General, t. II, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1967.

33.- Lloveras, Antonio Rodolfo, ponencia presentada al *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, op. y t. cits., pág. 487.

34.- Lloveras de Resk, María Emilia, *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, Buenos Aires, Depalma, , 1985.

35.- Moisset de Espanes, Luis, "La nulidad absoluta y su declaración de oficio", J.A. 1980-II-164.

36.- Montiel rodríguez, José, *La invalidez del acto jurídico (Ineficacia para la dogmática)*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx-, pág. 93.

37.- Pelosi, Carlos A., *El documento notarial,* Buenos Aires, Astrea, 1980.

38.- Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, 1978.

39.- Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho civil*, Parte General, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

40.- Spinoza, Baruj, *Etica demostrada según el orden geométrico,* traducción, introducción y notas de Vidal Peña García; notas y epílogo de Gabriel Albiac, Madrid, Tecnos, 2007.

41.- Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte General*, vol. 3-6 (8), "Hechos y actos jurídicos*",* Buenos Aires, Depalma, 1957, t. I.

42.- Zannoni, Eduardo A., "Reivindicación contra subadquirentes que adquirieron de un enajenante a non domino", J.A., 1982, t. I, pág. 781.

NOTAS:

[*] En razón de que la versión original del presente estudio excede largamente el límite máximo que ha sido impuesto, me he visto obligado -en la presente- a suprimir partes del texto y diversas notas, a acortar otras, a referirme abreviadamente en ellas -citando sólo el número que corresponde a cada obra que figura en la *Bibliografía* (B1, B33, etc.)-, a efectuar referencias bibliográficas indirectas, a limitarme a mencionar únicamente los apellidos de los autores citados en el texto y a establecer que los artículos que se mencionan corresponden al Código Civil, salvo expresa aclaración en contrario.

[1] Como la tipificación legal constituye -acorde al principio establecido por el art. 1037 del C.C.- una *condicio sine qua non* de todos los supuestos de invalidez, me desentiendo de estas dos supuestas subespecies, toda vez que -dándose en ambas aquel requisito- carecen de interés.

[2] B32, pág. 593.

[3] *Idem*, págs. 593/5 (agregando que Lafaille, Alsina Atienza, y Rayces han rechazado este criterio.

[4] B39, pág. 954.

[5] B32, págs. 556 y 595/8.

[6] B39, pág. cit.

[7] B3, pág. 387.

[8] B41, pág. 711.

[9] B29, pág. 143 y ss.

[10] Celebrado en la misma ciudad, del 22 al 27 de septiembre de 1969.

[11] B30, págs. 659 y 660/9, respectivamente.

[12] Guillermo A. Borda, op. cit., págs. 382/3 y 391.

[13] Julio César Rivera, op. cit., págs. 958/60.

[14] *Idem*, págs. 958/9.

[15] B25, págs. 688/9 y B34, págs. 39/43.

[16] Ya que existen otras (B32, cuadro de la pág. 556).

[17] *Idem*, págs. 563/4. Ver síntesis en B39, pág. 955.

[18] V.gr., Permuta por un demente interdicto.

[19] V.gr., Venta bajo intimidación.

[20] A la vista de cualquiera -y no sólo *"del juzgador"* (B34, pág. 33)-, presumiéndose *iuris tantum* que existieron desde la celebración del acto.

[21] V.gr., Compraventa entre cónyuges, que figuran como solteros

[22] V.gr., en el art. 1041.

[23] *Vide:* B32, págs. 599/602; B34, pág. 464; B29, págs 160/1 (Alsina Atienza); B.30, págs. 660/1, 664, 666/7 y 669 (Abelenda) y anteproyecto de 1954, art. 210.

[24] Art. 19 y B5.

[25] B11.

[26] Arts. 19, 872, 1047, 1048, 4030 y 4031 C.C..

[27] Creación doctrinaria y jurisprudencial, casi unánimemente aceptada (B30).

[28] Confr., B15 y B20.

[29] B34, págs. 38/9.

[30] En nuestro derecho penal prescriben los delitos *de acción pública* y sus penas y también en el internacional, excepto los de lesa humanidad. Además, el decr. ley 6673/63 (art. 18) la fija en 5 años, a pesar del carácter *absoluto* de la nulidad (art. 17).Ver: CS, 6/10/92 y 24/11/37.

[31] B20.

[32] En sentido amplio o estricto.

[33] Moisset de Espanés (B35) sustenta una concepción que -al no considerar el carácter "rígido" de la tipificación legal del vicio- parece diferir de la expongo. A pesar de ello, expreso mi coincidencia en el específico tema que aborda, ya que el carácter "flexible" del defecto no impide que el magistrado -considerándolo configurado en el caso a decidir- así lo declare y pronuncie *ex oficio* la invalidez del acto (lo que, a su vez, tampoco obsta a que sea calificado de "anulable", en virtud de que resulta descalificado *a posteriori* mediante *sentencia*, como se verá en el siguiente punto).

[34] En reiterada doctrina, la Corte Suprema ha dado prevalencia a la *razonabilidad* por sobre lo que las normas parecen decir literalmente (V.gr., 10/9/1965, E.D. 15-74; 29/3/1967, E.D. 18-296; 23/9/1966, E.D. 16-397; 14/6/1967, E.D. 21-472; 13/3/1968, E.D. 26-151; 25/8/1971, E.D. 38-654; 18/10/1973, E.D. 51-350; 16/8/1972, E.D. 49-816; 4/12/1975, E.D. 66-132, y 18/4/1978, E.D. 79-330).

[35] Art. 1048 C.C..

[36] Así: *"acto nulo"* (arts. 1051 y 1060).

[37] De idéntica validez que los *válidos no anulables* (B5).

[38] Art. 1059 CC..

[39] Dentro del género de la *confirmación*, ubico la *renuncia* como ejemplo de la especie que llamo *abdicativa*, porque nada le adiciona al acto.

[40] Si el acto sólo es jurídico *en apariencia*, la cuestión escapa al campo de la *invalidez* y se sitúa en el de la *inesencia*.

[41] La voluntad jurídica se refiere esencialmente a la *capacidad*, que es un *presupuesto* del negocio y no un *elemento* del mismo (*Vide:* B18).

[42] Transcripto en B32 (págs. 593/4).

[43] *Ibidem*.

[44] En este caso, la confusión se da con los *vicios de tipificación rígida o flexible*.

[45] Una curiosa expresión: *"nulidad anulable y/o relativa"* (B27, pág. 154).

[46] Así, v.gr., *manifiesto* en el art. 1038 y la enumeración de los actos *nulos* y *anulables* de los arts. 1044 y 1045.

[47] Art. 1038 C.C..

[48] O *ex voluntate* del sujeto legitimado (cuya impugnación habilitará la intervención judicial).

[49] No se trata de una distinción *"aparente"* o *"no de carácter sustancial"* -B39, pág. 961 y B34, pág. 33- sino conceptualmente inobjetable.

[50] Repito que si se trata de invalidez *relativa*, el acto no es *nulo* sino *anulable* (aunque el vicio sea *rígido* y *manifiesto*).

[51] Así: en cuanto al concepto de "buena fe-creencia" en materia contractual (Cámara C. y C. de Mercedes, Sala II, 1/6/1979, E.D. 84-715 (voto del doctor Varela); *Idem*, 12/7/1983, E.D. 106-372 (voto del doctor Varela); *Idem*, 25/10/1984, E.D. 114-690; CNCiv., Sala A, 4/10/1979, E.D. 88-271; seguros (CNFed., Sala Civil y Comercial, 6/12/1965, E.D. 14-570; CNCom., Sala B, 30/6/1988, E.D. 130-367); capacidad de obrar del vendedor de cosa mueble (CNCiv., Sala F, 25/6/1968, E.D. 26-218; CNCiv., Sala A, 4/10/1979, E.D. 88-271); delitos dolosos (CNFed., Sala Crim. y Correc., 9/6/1965, E.D. 23-244); mejoras en inmueble (CNCiv., Sala A, 23/8/1968, E.D. 33-582); apariencia (CNCiv., Sala D, 29/7/1970, E.D. 35-712; CNCiv., Sala D, 30/8/1973, E.D. 51-374); matrimonio putativo (Juzgado Nº 2, 1ª instancia C. y C., Junín, 29/10/1980; "S. de A., N. c/ A.P., J."; CNCiv., Sala D, 30/8/1982, E.D. 102-700; CNCiv., Sala D, 11/11/1982; "A., H.D. c/ R., N.T."); derecho disciplinario: (Trib. de ética forense, 27/4/1983; E.D. 104-630); automotores (Cámara C. y C. de Santa Fe, Sala III, 28/11/1980, J.A. 1982-I-396; Cámara C. y C. de Paraná, Sala II, 18/5/1978, Zeus 1979-17-65; SC Mendoza, Sala 1, 20/9/1991, E.D. 149-681; CNCiv., Sala H, 30/3/1995, E.D. 165-244); publicidad engañosa (CNCiv., Sala B, 24/9/1986, E.D. 123-435); actos del dependiente (CNCom., Sala C, 31/3/1987; E.D. 123-474); compra con embargo: (1ª instancia, Juzgado Esp. C. y C. Nº 22, 17/3/1986 (923- SJ); E.D. 122-668).

[52] Por ello, "El vicio de forma hace suponer la mala fe en el poseedor" (art. 4009 y su nota). Acerca del tema de la forma jurídica, remito a mis estudios (B6 y B9).

[53] En sentido amplísimo.

[54] Guastavino y Trigo Represas (B34, pág. 443).

[55] Pouyssegur (*Idem*).

[56] B38 (Nº 4 de la declaración referida al art. 1051).

[57] Adrogué y Spota (B34, págs. 433/5.

[58] B4, págs. 109/30.

[59] Raffo Benegas (B34, págs. 442 y n. 287).

[60] S.C., 21/11/78, E.D. 83-296.

[61] Sanabria (B34, pág. 441, n. 285).

[62] *Idem*, pág. 441 y n. 291.

[63] Ver, además, la nota al art. 4012, *in fine*.

[64] B10 y B13.

[65] Confr., B4, págs. 118/9. Dicha transferencia ha merecido este juicio: *"¡Qué lejos se está aquí de la idea de justicia!"* (B34, pág. 451).

[66] B4, págs. 119/20.

[67] B19 (Títulos "al" derecho real, excepto la hipoteca). En contra: Lloveras, quien sostiene que se trata de títulos "de" derechos reales (B33, pág. 487).

[68] Así define *cuidado* el DRAE.

[69] Eso es *prever*.

[70] *Idem*.

[71] Art. 993 C.C.: "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal...".

[72] B19.

[73] B4, págs. 123/4.

[74] *Vide:* B23 y B37 (págs. 173/4).

[75] *Idem* (allí *fedacional*).

[76] Por ser así, puede efectuarlo un abogado. He dedicado un trabajo postulando la necesaria distinción -y consecuencias- entre los aspectos "funcionaristas" y "profesionalistas" del quehacer notarial, al que remito (B21).

[77] B4, pág. 123, nota 203, donde critica con razón a Gattari, que habla de *irrenunciabilidad*. Remito a mis trabajos B10 y B13.

[78] B4 pág. 126, nota 207. Considero que se trata de una adquisición *derivada* -ya que el adquirente sucede al ejecutado (en contra: Lloveras, B33, págs. 487 y 491)- y no creo que la intervención judicial sea *"un curalotodo que sanee los eventuales vicios del título"* (CNCiv., S. D, 20/12/83-ED 108-522), que así continuará *"aunque el juez indebidamente lo autorice"* (art. 450).

[79] Los edictos advierten que los interesados deben conformarse con el título agregado.

[80] B22 y B23.

[81] Los cuales, junto al 4º y al 10º, son los que refieren a instrumentos públicos *stricto sensu* (B22).

[82] B8.

[83] B1, pág. 79, art. 85.

[84] Y también en la misma provincia.

[85] Art. 1112.

[86] V.gr., en las llamadas *fugas registrales* (omisión de embargos, hipotecas, etc.).

[87] En los que el derecho *nace* con la inscripción, como el de automotores.

[88] *Vide:* CNFed. Crim. y Correc. Sala II, 30/4/84, E.D. 109-457.

[89] Luego de comprobados en sede judicial, podrá ordenarse su cancelación.

[90] Art. 27 de la ley.

[91] V.gr., No haberse registrado el título, inexactitud del documento inscripto o error en la toma de razón.

[92] Según también se infiere, a contrario, de la segunda parte del art. 2505.

[93] B31, págs. 360/7.

[94] Causa: "Martínez, Hugo O. c/ Provincia de Buenos Aires", del 19/10/95, que corrijo en dos puntos: tampoco hay obligación *indirectamente* impuesta y -en la escritura- las partes *otorgan* y el notario *autoriza*.

[95] A diferencia de la otra, meramente nominal.

[96] O *poseedor de la herencia*.

[97] Así, entiendo las aparentes obligaciones impuestas por la norma citada, dado que el interés que se tutela es de índole *particular*.

[98] Y *estudiarlo* (B13).

[99] A saber: carácter *rígido* o *flexible* de la *tipificación legal* y *absoluto* o *relativo* de la *invalidez* (*Idem*, B28, conclusión 18).

[100] O sea, la *primera o ulterior copia* de la escritura que contiene *"el acto nulo o anulable"*.

[101] B26, pág. 676, nota 12.

[102] B36, pág. 93 y B30, esp. pág. 662 (Abelenda).

[103] *Real* o *presunto*.

[104] V.gr., a) Una declaración *oral* ***no es*** un testamento; b) El *por acto público* con un solo testigo, es ***nulo***; c) Un *ológrafo* perfecto, es ***ineficaz*** mientras viva su autor.

[105] V.gr., negocio bajo condición *suspensiva*.

[106] Falta del *doble ejemplar* (art. 1024).

[107] Sea por *caducidad*, *revocación* o *resolución*.

[108] Vale también aquí el ejemplo del negocio bajo condición suspensiva.

[109] La notificación al deudor cedido (art. 1459).

[110] Como ocurre si el testimonio de una sentencia de usucapión falsificada es inscripta en el registro de la propiedad o con el *matrimonio putativo* (B16 y B7).

[111] B7.

[112] En cuanto a los *sujetos* respecto de los cuales opera.

[113] *Supra:* "b 2"

[114] V.gr., Art. 2505: "no serán oponibles a terceros": de tratarse de *todos ellos* constituiría *ineficacia*, siendo *inoponibilidad* si se refiere sólo a los *terceros registrales* (B20).

[115] B25, pág. 734 y B42.

[116] V.gr., Cámara C. y C. de Lomas de Zamora, S.I-24/2/81, E.D. 94-253; CNCom., Sala B, 20/12/82, E.D. 104-149; CNCiv., Sala D, 8/2/83, E.D. 105-418 y C.S., 24/287, "César y Antonio Karam SCICA".

[117] Sea en escritos -B12, esp. n. 8, y B14-, cursos y conferencias.

[118] Que es la usual en derecho comparado (B2, pág. 24). Destaco que se ha utilizado la expresión correcta en el tratamiento del Tema VII del ya citado "Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil" y por Lloveras de Resk (B35, pág. 464).

[119] Para la posición minoritaria: B34, págs. 481/2 y 499/501.

[120] Dejando de lado la viabilidad de los contratos sobre objeto ajeno (art. 1177).

[121] B34, pág. 500.

[122] a) Acto *inoponible* al propietario (v.gr., Compagnucci de Caso y Trigo Represas, B38); b) Acto de nulidad absoluta (B26); c) Despojo (B42).

[123] B16 y B12.

[124] *Vide:* B17.

[125] Como lo demuestra la propia historia y el tema *sub examen*.

[126] Remitiendo al magistral *Prefacio* de la última obra de Carnelutti (B24), señalo que la conceptualización puede también lograrse a través de procesos *inductivos*, yendo de lo *singular* a lo *general*. No parece entenderlo así Lloveras de Resk (B34, págs. 23 y 499).

[127] Además, *"Las nulidades de formas privan al acto de su existencia legal"* (nota al art. 4009).

[128] *"Lo que hace que cuando se ha dado, la cosa está necesariamente presente y, cuando se quita, la cosa necesariamente queda suprimida"* (B40).

[129] Con carácter *generalizable* e *invertible*.

[130] El lapso *estático*: *"poseer la cosa,... servirse de ella, usarla y gozarla"* (art. 2513), supera largamente el instante *dinámico*.

[131] C.S., 18/10/73, E.D. 51-349.