

ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO LIV
AÑO ACADÉMICO 2015-2016

ISSN 0325-5425

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA





Esta obra está bajo una
Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Las opiniones vertidas en los distintos artículos
son de exclusiva responsabilidad de sus autores

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2011, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

IJ International Legal Group
Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.
CP: 1010
TE: 5276-8001

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Mesa Directiva (2013 - 2016)

Presidente: JUAN CARLOS PALMERO

Vicepresidente: JULIO I. ALTAMIRA GIGENA

Secretario: JORGE DE LA RÚA

Tesorero: ARMANDO S. ANDRUET

Revisor de cuentas: EFRAÍN H. RICHARD

Director de Publicaciones: LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Secretario Técnico: CHRISTIAN G. SOMMER

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: secretaria@acaderc.org.ar

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: www.acaderc.org.ar

REPÚBLICA ARGENTINA



EXPOSICIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO



Sistema societario*Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades*

EFRAÍN HUGO RICHARD

I. Introducción

Parece importante traer a la reflexión interdisciplinaria de la Academia, ante la reciente entrada en vigencia de Código Civil y Comercial (CCC), formular un análisis de nuestra visión de la integración de la Ley General de Sociedades (LGS), por Ley N° 29.994. Se abre así una auspiciosa etapa de meditación, con una visión jurídica para cambios en paz en el país que pretendemos, con mayor inclusión, puestos de trabajo, expansión del capitalismo productivo, menos burocracia e intervenciones judiciales. Al mismo tiempo de reconocer nuevos recursos para la esforzada labor de la judicatura, para evitar la proliferación del daño, permitan la predictibilidad en las relaciones comerciales, asegurando la buena fe y bajando costes de transacción, acotando el abuso de derecho y fraudes a normas imperativas del sistema societario que aseguran su dotación patrimonial. Obviamente ello implica también revisar las proyecciones de esas normas sobre la crisis de las sociedades y la Ley de concursos N° 24522 (LCQ).

La autonomía de la voluntad para generar personas jurídicas privadas, especialmente sociedades, parece acentuada en la reforma del derecho privado argentino. Pero esas técnicas que comportan la constitución de entes capaces de adquirir derechos y obligaciones, integrando un patrimonio suficiente para cumplir sus finalidades, no puede ser un instrumento para dañar. Esta es la base de nuestra posición hoy acentuada por el sistema jurídico integrado, conforme al art. 2 CCC¹.

¹ Trataremos de generar pocas referencias, que pueden consultarse en www.acaderc.org.ar de la página electrónica de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Nos entretenemos con cuestiones dogmáticas menores, incluso cuestionando esa autonomía de la voluntad en la organización empresarial, y distraemos la atención sobre las normas imperativas de la legislación societaria que acotan la posibilidad de que puedan producir daño, que son curiosamente ignoradas en los procesos concursales, salvo significativas excepciones. Lo que puede ser aceptable en la crisis patrimonial de una persona humana, incluso con actividades empresarias, es claramente inaceptable en sociedades, constituyendo un obstáculo a la homologación en su concurso conforme la previsión del art. 52.4 Ley N° 24.522 (LCQ), que preceptúa que “en ningún caso” puede homologarse una propuesta con abuso de derecho y fraude a la ley. Pero el camello pasa por la cerradura... mientras se generan cuestiones procedimentales, tendientes - como en los juicios penales- a dilatar el trámite pautado legalmente.

Las normas y el sistema jurídico que fluyen del CCC, orientadas en la buena fe, con mayor autonomía de la voluntad, pero al mismo tiempo con previsiones para evitar la proliferación del daño, orientan este ensayo destinado a prevenir la crisis de las sociedades, como forma de conservación de la empresa y tutela del empleo, en un esquema de mínima intervención del Estado y asunción de la responsabilidad social empresarial, en una concepción del capitalismo productivo o emprendedor. Fundamentalmente, evitando responsabilidades de administradores o miembros de las mismas.

La integración ha conmocionado en orden a la persona jurídica sociedad con la eliminación de la distinción entre sociedades civiles y comerciales se concreta. La distinción sólo era necesaria para determinar el carácter de una sociedad de hecho y de las normas aplicables. Tanto las sociedades típicas comerciales como las sociedades civiles podían tener indistintamente objeto comercial y civil².

doba.

² En similar sentido el Código Civil de Filipinas dispone: 1. The Philippine Civil Code has abolished the distinction between civil and commercial partnerships. Consequently, all partnerships are now governed by the Civil Code (Articles 1767 to 1867). [For this reason, Article 1670 of the Spanish Code was not reproduced in ours]. 2. A partnership has a distinct juridical personality and may sue and be sued as such. (Articles 44 and 45 and 1768). Being a consensual contract a partnership is perfected by mere consent and, thus, its personality arises from the perfection of the contract, except in cases falling under Articles 1771 and 1773. “Art. 1771. A partnership may be constituted in any form, except where immovable property or real rights are contributed thereto, in which case a public instrument shall be necessary.

Art. 1773. A contract of partnership is void, whenever immovable property is contributed

Ello es congruente con la eliminación de los “actos de comercio”, sólo hay ahora actos jurídicos. En el viejo régimen ya sosteníamos que una sociedad comercial podía tener objeto actos civiles, y una sociedad civil actos de comercio, sólo existía necesidad de determinación de la actividad al referirse a la sociedad de hecho.

II. La personalidad jurídica. El patrimonio

El propósito impone un breve recorrido sobre las nuevas normas de organización de personas jurídicas y su congruencia con la LGS, suponiendo una mayor autonomía de la voluntad en la elección de las técnicas organizativas, pero subrayando que la desaparición del ente generado debe serlo a través de procedimientos institucionales que extingan las obligaciones asumidas a través de la persona jurídica.

Se regula la *persona jurídica* a partir del art. 141 CCC, receptando los criterios tradicionales de la doctrina, y los aportes que a la teoría de la personalidad agregó el estudio y desarrollo de la legislación y jurisprudencia sobre sociedades comerciales, sobre lo que formalizamos periféricas apostillas.

El CCC distingue entre personas jurídicas públicas y privadas en el art. 145, y sobre estas últimas centraremos atención. Es donde se ejercita la autonomía de la voluntad para elegir una organización jurídica adecuada a las necesidades de los constituyentes, como causa del negocio.

La personalidad jurídica conceptualiza un centro de imputación diferenciado de sus miembros (art. 143 CCC), con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 141 CCC); generándose un patrimonio, prenda común de los acreedores de esa nueva persona, que no pueden agredir los acreedores individuales de sus miembros.

Se refuerza la tesis que el ordenamiento jurídico es el que impone la personalidad³: sólo la tienen los patrimonios separados a los que alguna norma les

thereto, if an inventory of said property is not made, signed by the parties, and attached to the public instrument” 3. The partnership referred to in Article 1775 is, exceptionally, not granted separate juridical personality and are considered as mere co-ownerships, which have no separate juridical personality and are governed by another set of codal articles (Articles 484 – 501).

³ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel. Derecho Societario, Ed. Astrea,

atribuya la calidad de persona jurídica. No basta que el sistema impositivo les atribuya responsabilidad por deuda ajena, como acaece con los contratos asociativos -que no tienen personalidad-⁴. Es fundamental delimitar las relaciones personificadas de las simplemente asociativas. La LGR concentra todas las sociedades y los llamados contratos asociativos, tres de los cuales integraban la ley de sociedades comerciales, son derivadas al CCC, señalando el art. 1442 que *“no se le aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho”*, y conforme su primer párrafo se aplican a *“todo contrato de colaboración, de organización o participación, con comunidad de fin, que no sea sociedad”*.

1. Tema central, desde lo práctico, es determinar el momento desde el que se reconoce la imputación diferenciada erga omnes: ¿la elección del medio de constitución, el negocio de constitución suscripto por sus miembros, el tipo de persona jurídica elegida, la inscripción y/o la mera actuación?: “Artículo 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución (...)”. Esta norma define una cuestión problemática disponiendo que la existencia de esas personas jurídicas lo es desde su constitución, aspecto que no puede ser llevado al extremo de oposición a terceros cuando el tipo de organización exija recaudos especiales de publicidad. Es decisión del legislador reconocer la existencia de la persona jurídica privada desde su constitución, pero desde cuando se generan los efectos de limitar la responsabilidad de los miembros, o subordinar a los acreedores individuales de ellos o del único socio, son otros aspectos. ¿Cuándo ocurriría ello al “constituir” una sociedad anónima unipersonal (SAU)?

Bs.As., 1997, pág. 36. “La personificación jurídica es un medio técnico-jurídico de simplificación de relaciones jurídicas, que el legislador dispone conforme la política legislativa que se imponga para autorizar que los particulares conciban el nacimiento de nuevos sujetos de derecho conforme lo autorice la legislación”. En idéntico sentido SUAREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, en ZALDÍVAR Enrique y otros. “Cuadernos de Derecho Societario”, T. I, Ed. Macchi, Bs.As., 1973, pág. 130. “...la persona societaria constituye un medio jurídico-cultural que el derecho posibilita a los efectos de la mejor organización de los fines humanos que reputa lícitos”.

⁴ Ntos. “Contratos Asociativos” en Proyecto de Código Civil y Comercial Comentado, AAVV, Dirección Julio Rivera, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, y “EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y CONTRATOS ASOCIATIVOS (negocio en participación y agrupamiento de colaboración, arts. 1442 a 1462)”, en *Código Civil y Comercial de la Nación – CONTRATOS EN PARTICULAR – Suplemento Especial*. AAVV director Rubén S. Stiglitz, Ed. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires abril 2015, págs. 307 a 328.

Sobre imputación y responsabilidad norma el “*Artículo 143. Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial*”.

La situación acaece cuando el tipo elegido de persona jurídica, por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada impone su inscripción en el Registro, y recién entonces se producirán la totalidad de los efectos de la figura elegida por los constituyentes. Cuando esta inscripción acaezca no será necesaria otra prueba, pero antes de ello quien quiera promover una acción contra la persona jurídica constituida, pero sin cumplir trámites de publicidad, deberá acreditar que contrató con la misma o su existencia en caso de una obligación extracontractual. Será un problema de prueba.

La publicidad de hecho o de derecho, y las formalidades legales dan seguridad a los integrantes de la persona jurídica y, particularmente, a terceros. A éstos por cuanto sus créditos se garantizan con el patrimonio afectado (imputado). A los miembros por cuanto determinan grados de responsabilidad (tipicidad de primer y segundo grado en el tipo elegido para organizarse).

Quizá la cuestión probatoria se resuelva no con la mera constitución, sino con la actuación externa como persona jurídica, vinculando al tercero con un patrimonio -o excluyéndolo-, lo que impondrá su inscripción en la AFIP y la obtención de la CUIT.

Es el efecto de la división patrimonial, de la generación de un nuevo patrimonio. Se plasma el efecto fundamental del reconocimiento de la existencia de una persona jurídica privada: quien reclame a la misma debe intentar satisfacerse del patrimonio de la persona jurídica. Sólo excepcionalmente podrán reclamarse a los miembros que la constituyeron, que pueden tener que responder conforme al tipo de persona jurídica que han constituido, lo que se advierte fácilmente en el caso de sociedades donde la elección va desde tipos con responsabilidad de sus miembros hasta otros que relativizan y condicionan cualquier reclamo de responsabilidad si se ha “usado” legalmente la sociedad. Se generan centros diversos sobre el que los acreedores de la persona jurídica podrán pretender excluir a los acreedores individuales de los miembros. El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, ya que los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.

2. Centrando el comentario nos referimos a: “*Sección 2ª. Clasificación. Artículo 145. Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas. Artículo 148. Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles, c) las simples asociaciones, d) las fundaciones, e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal, i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.*”

Se advierte el efecto omnicomprendido del último inciso ante la continua aparición de nuevas manifestaciones de centros de imputación personificados. Al elenco del art. 33 del Código Civil actual, se agregan las simples asociaciones, las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, las mutuales, las cooperativas y toda otra contemplada en este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Nos permitimos apuntar que la calidad de persona jurídica deberá ser expresa y no presumida de su finalidad y normas de funcionamiento. A ello se incorporó por el Poder Ejecutivo Nacional -en la elevación del Proyecto- al Consorcio de Propiedad Horizontal, generando algunas dudas sobre la aplicabilidad del sistema concursal (art. 2 LCQ) que consideramos resuelta por la funcionalidad de esta persona jurídica.

“Artículo 149. Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

No hace sino reconocer lo que hoy resulta de las normas de la sociedad con participación estatal o de las sociedades resultantes de las privatizaciones del año 90 que contenían ciertas previsiones sobre el rol del Estado, que paradójicamente no fueron usadas para asegurar el normal funcionamiento de esas sociedades⁵, o el fenómeno de las participaciones de ANSES -al eliminarse la privatización de los fondos de retiro- que generó no pocos conflictos en torno a asientos en el directorio o reparto de utilidades. Esta previsión luego podría conectarse a

⁵ Sobre capitalización de deudas impositivas.

situaciones de crisis de personas jurídicas privadas y deudas con el Estado para facilitar la reorganización.

Por otra parte hacer notar la imposición a todas las personas jurídicas que se constituyan en el extranjero a cumplir las normas de publicidad que les exige la ley de sociedades⁶, poniéndolas correctamente en igualdad de condiciones con las sociedades constituidas en nuestro país, para operar, ser demandadas o actoras en juicio (art. 150 in fine CCC).

3. Un tema que nuevamente ha quedado marginado es el tratamiento integral del acto o negocio colegial colectivo, o de mayorías legitimadas. Su análisis se ha formalizado, y así continuará, a partir de la asamblea de sociedades.

Pero abre nuevos caminos el art. 158 CCC sobre medios electrónicos para la reunión de miembros y la posibilidad de auto convocatoria, terminando con una discusión nociva en el ámbito societario, abriendo la posibilidad de la reunión con la totalidad de miembros con resoluciones no unánimes si el temario es aprobado por unanimidad. A su vez la previsión del art. 161 CCC sobre el bloqueo de decisiones, con diversas medidas, exigiendo la forma de adopción de decisiones para las asociaciones y otras personas jurídicas, incluso para la funcionalidad de los contratos asociativos.

Además, el art. 177 CCC, generando un derecho de minoría respecto al tratamiento de la responsabilidad de los administradores de las asociaciones civiles, si un 10% de asociados se opone a su aprobación, “...quienes se opusieron pueden ejercer la acción social de responsabilidad prevista para las sociedades en la ley especial”. Y congruente con ello dispone que “Se aplican supletoriamente las disposiciones de las sociedades comerciales⁷ en lo pertinente” (art. 186). Estas dos remisiones a un cuerpo legislativo que es complementario del CCC, son muestra hasta de la relativa generalización de normas societarias expandidas a todas las personas jurídicas privadas.

4. En el tapete, como persona jurídica, la sociedad constituida por un único socio en LGS limitando su constitución al tipo sociedad anónima con especiales obligaciones (SAU), en forma tal que se avizora su utilización únicamente para

⁶ Nto. “NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA” en Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, A Coruña, España, Ed. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña Espala 2012, pág. 407.

⁷ Cometiendo un desliz sistémico ante la indiferenciación en la Ley General de Sociedades.

los casos de la “filial”, nacional o local de sociedades de envergadura, con una curiosa regulación de la sociedad devenida de un único socio (art. 94 bis LGS desarticulada del sistema), lo que hace suponer que se mantendrán prácticas actuales de simulación lícita de la bilateralidad.

Ello impone una pregunta ¿A favor de quién se instituye la personalidad? No siempre se tiene en cuenta que la operatoria de una sociedad, con su personalidad jurídica, no sólo beneficia al que constituye el nuevo ente, sino fundamentalmente a los terceros que se vinculan a la misma -en cuanto la generación de la personalidad se haya formalizado por las vías de adecuada publicidad para evitar la sorpresa de terceros (acreedores individuales de los socios que son subordinados)-.

Es advertible que frente a un empresario que desenvuelve varias actividades, es conveniente su separación en beneficio de los acreedores, para que cada uno pueda asumir con responsabilidad el otorgamiento del crédito y asuma las consecuencias -favorables o desfavorables- del desenvolvimiento de la actividad.

Justificando la sociedad de un único socio, Yadarola expresó: “*El concepto inspirador de esta doctrina no es ya el clásico, diría, de la sociedad-contrato, sino -me parece- el de patrimonio-empresa; el problema se desplaza así del terreno subjetivo al patrimonio, objetivo; el substrato de la sociedad no lo constituye una colectividad de sujetos humanos sino una masa de bienes organizada en empresa económica*”⁸. Siguiendo un par de páginas después “*Una vez puestos en funcionamiento... hecha la organización de la empresa, ... -la pluralidad de socios- queda reducido a la categoría de un elemento puramente formal, mientras que la personalidad jurídica se presenta como una realidad viva y actuante; esta organización ha superado el mero contrato y se ha convertido en sujeto de derecho*”.

La Exposición de Motivos al elevar la Comisión el Anteproyecto se basaba en estos fundamentos que encuentran total contradicción en la normativa final. Ya hemos ensayado sobre esta nueva figura. La limitación de responsabilidad es otro tema, al que en forma general dedicaremos gran parte de las líneas que siguen.

⁸ YADAROLA, Mauricio Sociedades Comerciales en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 354, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt Problemas jurídicos de la sociedad anónima.

III. Crisis patrimoniales de las personas jurídicas privadas

Previendo daños y acotando responsabilidad, se incorporó como causal de disolución de las personas jurídicas como “Parágrafo 3°. *Disolución. Liquidación. ARTICULO 163. Causales. La persona jurídica se disuelve por: (...) c) la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo; (...) i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*”.

Estas disposiciones específicas sobre disolución se establecen como una forma de resguardar los intereses de terceros, mediante la protección del patrimonio de la sociedad como elemento real para satisfacer los pasivos, protegiendo a los terceros intentando evitar que la actividad de la persona jurídica pueda provocar daño, manteniendo su consistencia patrimonial.

Es congruente con las disposiciones sobre disolución de sociedades de pérdida del capital social o imposibilidad patrimonial sobreviniente de cumplir el objeto. Si bien a las sociedades, y en general a las personas jurídicas privadas, se accede por una decisión voluntaria, la ley, y ahora CCC, adopta medidas para evitar el daño por el uso del instrumento técnico organizativo. Las personas jurídicas deben liquidarse antes de entrar en insolvencia.

Aparece coherente con ello el art. 167 CCC en su segundo párrafo “*La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero*”, y el último párrafo “*En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto*”. La responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en congruencia con el art. 99 LGS, aunque más acotado⁹.

1. El abuso en todos los casos, permite aplicar el sistema de la llamada “*inoponibilidad de la personalidad jurídica*”. La personalidad jurídica subsiste salvo supuestos de sociedad ficticia o confusión patrimonial absoluta que impondría liquidación y responsabilidad. El instituto sólo altera las reglas de imputación y/o de responsabilidad. Imputación cuando se trata de soslayar el cumplimiento

⁹ Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

de una obligación, y responsabilidad cuando se trate de reparar un daño¹⁰. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias.

La temática se afronta ahora genéricamente para todas las personas jurídicas en el “ARTICULO 144 CCC. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”.

La norma del CCC generaliza positivamente la de la LGS que se mantiene (art. 54 in fine), eliminando la expresión “mero” recurso, que motivó interpretaciones desviadas (hasta de la Corte en el caso “Palomeque”), la “imputación directa” al controlante torpe que podría dar a entender que se desimputa a la sociedad, y es pertinente el párrafo final del art. 144 “Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

Adviértase que la inserción de la norma en la parte general de las personas jurídicas hace aplicable el sistema a todas las personas jurídicas, tanto públicas como privadas. Por ello aparece como un desliz o travesura de los jusprivatistas ante la derivación de la responsabilidad del Estado a otro Código. Claro que en el caso se aplicaría contra los funcionarios públicos que abusaron de la persona jurídica pública.

2. Generará polémica la justa solución, siguiendo las previsiones anteriores, sobre la responsabilidad solidaria del administrador, y de todo miembro que administró de hecho, de las simples asociaciones, ante la insolvencia del ente, caracterizada por “insuficiencia de bienes”. Pero esas obligaciones son subordinadas -conforme el art. 191 in fine- a las obligaciones con sus acreedores indi-

¹⁰ Nto. “Inoponibilidad de la persona jurídica. Imputabilidad y Responsabilidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 págs. 191 a 246.

viduales. Parecería que, en tales casos, un concurso o quiebra será indispensable para asegurar los derechos de estos últimos, pues no se advierte la posibilidad de liquidar el patrimonio de una persona jurídica.

IV. Las normas imperativas de regulación de personas jurídicas

La autonomía de la voluntad para la elección del medio organizativo está acotada en la liquidación imponiendo un trámite, centrando en la satisfacción de todas las obligaciones asumidas por el patrimonio de la persona jurídica privada.

La existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas está reconocida en el art. 150 a)¹¹ CCC.

En tal sentido las que prohíben ciertas cláusulas -art. 13 LGS- o aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo -que es la función de garantía del capital social-¹².

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social¹³, de manera unánime se acepta que el capital

¹¹ Art. 150 CCC. Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se regien: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código.

¹² Nto. "La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo–" en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

¹³ Podemos citar, entre otros: LE PERA, Sergio: "Sobre la futilidad de la noción de capital social" LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. "El Capital Social" DPyC – Sociedades, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2003, Pág. 213; ARAYA, Miguel C. "Capital y patrimonio" JA-1996, t. IV. Pág. 676; FOURCADE, Antonio Daniel, en "El patrimonio neto en las sociedades comerciales" Ed. Osmar D. Buyatti, Buenos Aires 1998; RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en "Responsabilidad por infracapitalización societaria", Ed. Hammurabi Bs. As. 2004 NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada; LE PERA, Sergio en prólogo a la obra "Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas" de la autora CHINDEMI, Marcela H., Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004. VERLY, Hernán: "Apuntes para una revisión del concepto de capital social" LL-1997-A, Pág. 756; LISDERO, Alfredo R. "Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria" ED t.191, pág. 804; GALIMBERTI, María Blanca: "El capital social en una era de grandes cambios" DSEyC-repar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): "Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social" ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. "Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social" JA-1997. t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. "El Capital Social y la Realidad

social cumple al menos tres funciones: a) Función de productividad; b) Función de garantía; c) Función de determinación de los derechos del socio.

La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntalado por el art. 154 CCC, y a la determinación del capital social en LGS. No nos estamos refiriendo ahora a la apreciación sobre infra capitalización -o infra patrimonialización- material, que hace más a la función de productividad del capital social y tantas discusiones ha traído sobre si el juez puede apreciar al tiempo del registro la existencia de una dotación suficiente de ese capital social, sino a su función de garantía, específicamente en cuanto se constituye en una causal de disolución de la persona jurídica.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones.

E. Daniel Truffat¹⁴ se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del art. 2 Título Preliminar del CCC: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los ‘nuevos derechos’ (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el ‘diseño’ de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar.(...)Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos.(...) Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil.(...) En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal ‘no es una isla’.(...)Todo ello*

Económica actual”, en la obra colectiva: “CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI”, VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Capital Social”, en “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

¹⁴ En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “SOBRE LOS CONCURSOS “A MEDIDA”, A LA LUZ DE LA ACTUAL REALIDAD NORMATIVA”.

con el detalle, tantas veces remarcado, de la 'constitucionalización' de las relaciones patrimoniales". Sin duda comprende al derecho societario cuando se trate de la crisis de este tipo de persona jurídica privada.

Es necesario convenir en que las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general¹⁵. Correlativo con ello la disposición del art. 99 LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS.

1. Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado -al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS¹⁶, en un todo congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC.

En cuanto se compromete la continuidad del giro empresarial -objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados. En tal sentido los referidos arts. 154 CCC sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, 163 ap. c) e i) CCC sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y 11 inc. 4° sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida

Se verá que el art. 12 CCC distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos

¹⁵ Nto. "NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS", en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, pág. 79.

¹⁶ 2.21.- Sustituyese el artículo 100 de la Ley N° 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley

No creemos haya duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público.

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de sociedades¹⁷ reconocen esos límites “*La Ley N° 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 Civil)*”.

Estos autores sostienen que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero, como anticipan aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables. Así concuerdan en la imperatividad de: “*8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. (...) Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad*”.

Como se verá esta línea de doctrina sostiene que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles.

Es nada menos que la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización

¹⁷ VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario ... ¿estás ahí?” En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

material". Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la "one dollar corporation" o "one pound company". Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial¹⁸.

2. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LGS). Atento a que la función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas, esa norma de remoción del art. 96 LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoída?

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? ¿Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social -sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores?

Tema fundamental es si una sociedad en causal de disolución puede intentar un concurso preventivo, sin perjuicio de aceptarlo en el caso que se encuentre en liquidación (art. 5 LCQ). En las Jornadas de Sindicatura Concursal, de noviembre de 2013 organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, la respuesta fue negativa, siguiendo criterios como los de la leyes colombianas, peruanas y uruguaya, entre otras¹⁹.

¹⁸ Nto. "NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO", en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446.

¹⁹ Esto viene a cuento por la contundencia del colega el Prof. Dr. Vicente Aznar en la conferencia de apertura de esas "13° Jornadas de Sindicatura Concursal", fustigara la "tercera vía" y las quitas, al distinguir con precisión entre problemas patrimoniales que hacen a la insolvencia, y problemas entre activo corriente y pasivo corriente, con un lenguaje apoyado por los Contadores, especialmente por la tucumana Celina Mena, una de las prestigiosas asistentes a esas Jornadas, lo que impone hacer un par de preguntas: ¿Si los administradores de una sociedad solicitan la apertura del concurso preventivo aduciendo estar la sociedad en insolvencia, el Juez debería abrir ese procedimiento? En esas Jornadas el Cr. Raúl Nisman -con un coro de apoyo- señaló que no, pues lo que corres-

V. Preconcursalidad

Se plasma así para las personas jurídicas, y particularmente para las societarias, un sistema de prevención de sus crisis, acotando el daño de una insuficiencia patrimonial.

El punto ha sido subrayado por la doctrina: *“Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”*.²⁰ No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la Ley que los regula.

1. Si se atiende la crisis antes de la pérdida del capital social, cuando los administradores avizoran la crisis no habrá juicios -salvo por obligaciones extracontractuales y laborales-, y no será necesario pensar en un trámite judicial para paralizar de ejecuciones, ni respecto a la problemática de la invulnerabilidad de arreglos, extensión del acuerdo a los que no lo aceptaron, y la protección de la moneda fresca. Claro que la exteriorización de la crisis tiene un costo, no sólo de mediación sino de pérdida de confianza.

Estamos hablando de “preconcursalidad”, como lo hicimos en homenaje a Emilio Beltrán Sanchez²¹. Se ha sostenido que la legislación societaria opera en el derecho comparado *“como un instrumento preconcursal”*²², *“tiene una función*

ponde es la liquidación, la sociedad no es recuperable. ¿Y si esa misma sociedad pronunciara las palabras mágicas de “estar en cesación de pagos”, aunque la documentación contable ratificara la insolvencia? Claro que sí, sería factible la apertura del concurso preventivo de una sociedad, pues es posible que el Juez sea sorprendido y abra el concurso. Y quizá también lo hubiera abierto indebidamente en el caso anterior, pero aquí la labor del Síndico y en su informe general debería informarlo al Juez, para que éste recibiera las fundadas apreciaciones del Prof. Aznar sobre abusividad y no homologara el acuerdo.

²⁰ RIPPE, Siegbert “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del *estado de insolvencia* y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal” en ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL n° 14, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012, pág. 9 y ss.

²¹ Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal -estudio comparativo-”. en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, pág. 279.

²² URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: di-

*preconcurso o paraconcurso, considerando algún otro considerarla como anticoncurso*²³, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana²⁴, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²⁵.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho *“La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Estas comunidades de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa -que impone ahora el art. 2 CCC, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”*²⁶.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán²⁷ postulaba *“...parece ra-*

solución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013

²³ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. pág. 387.

²⁴ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

²⁵ NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

²⁶ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág. 31 y ss., esp.35.

²⁷ BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de admi-

zonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”

2. La Corte Suprema de Justicia argentina avaló esta visión sobre la imperatividad de las normas societarias. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A., expresando: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas imperativas, indisponibles, y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis si los socios no desean capitalizar. Ello es congruente con doctrina y legislación mundial, tratando de que las sociedades se recuperen rápidamente acompañados por los acreedores profesionales financieros -que luego colocarán esas acciones en el mercado- y por los proveedores vinculados al éxito de la sociedad en crisis.

Este fallo tiene cierta concordancia con el recaído en la causa “Arcángel Maggio S.A.”²⁸, con una teoría muy laxa sobre el abuso que -incluso se repite en las propuestas de acuerdo con quitas y esperas despojatorias, que ahora no se debería repetir a partir de las nuevas normas introducidas por el CCC.

nistradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000, pág. 154.

²⁸ BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

VI. La profundidad de la crisis y abuso de derecho

La ley de concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el activo corriente es insuficiente para satisfacer el pasivo corriente, a través de los medios preventivos -concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

Señaló la jurisprudencia²⁹ *“la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”*, y -eventualmente- la capitalización del pasivo. Equiparamos la pérdida del capital social a la insolvencia, correspondiendo la cesación de pagos a una situación de activo corriente insuficiente³⁰.

Esta es la base normativa de asumir la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún configurar un fraude a la ley.

Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta, o en el acuerdo logrado por mayoría, implica cuando menos un abuso de derecho, y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social, pues en tal caso la LGS impone a los socios la liquidación, salvo reintegro de ese capital o la capitalización de la sociedad, como ha quedado de resalto.

Correlativamente, ante la crisis de las sociedades, pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas.

Para ello deberán presentar, a todos estos actores en el desenvolvimiento de la empresa en crisis, la formulación de planes de factibilidad, reorganización y

²⁹ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

³⁰ VEIGA, Juan C. – RICHARD, Efraín H. “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012 POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL Tomo 1 pág. 367.

eventuales resultados. Esto está representado en la teleología de la reforma en el art. 100 LGS. Es que el centro de la cuestión del enfrentamiento de las crisis y del derecho concursal, es la empresa viable, porque la empresa no viable no es empresa. Y esto obliga a la planificación. La planificación esta ínsita en los deberes y obligaciones de los administradores para no asumir responsabilidad.

De no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación³¹, salvo capitalización.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios³². Es una cuestión de derecho privado.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios³³. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores³⁴, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”³⁵. La capitalización tiene múltiples matices³⁶, incluso para el reparto de derechos entre

³¹ NISSEN, Ricardo Augusto: “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”. Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 págs. 47 y 48.

³² Nto. “La conservación de la Empresa” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.aca.derc.org.ar. MICELLI, Maria I. “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito” en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss.

³³ MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310.

³⁴ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

³⁵ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

³⁶ Por ejemplo : emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc. LAS CLÁUSULAS O CONVENIOS DE PREFERENCIA PARA LA COMPRA DE ACCIONES O CUOTAS SOCIALES, SON DE VALIDEZ INDISCUTIDA EN EL DERECHO ARGENTINO TANTO COMO EN EL COMPARADO, SEA QUE ESTEN CONTENIDOS EN EL ESTATUTO O EN PACTOS PRIVADOS ENTRE

viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran. La emisión para los acreedores de obligaciones negociables convertibles puede ser un punto de equilibrio de intereses.

El reintegro impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería un llamado neutro, pero tanto aquel como éste abren la posibilidad de receso³⁷, sin bien sin duda con resultado neutro, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar. Quizá, como se ha sostenido³⁸, la capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión³⁹. Conforme a ello, si la recomposición del capital no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró -o debió registrar- la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas⁴⁰ y esperas en un

ACCIONISTAS (CFR. MANOVIL, R., "GRUPOS DE SOCIEDADES", PÁG. 320, BS. AS., 1998; REGGIARDO, R., "SOBRE LA TRANSMISION 'ENTRE VIVOS' DE ACCIONES", ED 205-844; VANHAECKE, M., "LES GROUPES DE SOCIETES", PÁG. 76, N° 65, LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, PARIS, 1962; CHAMPAUD, C., "LE POUVOIR DE CONCENTRATION DE LA SOCIETE PAR ACTIONS", PÁGS. 51-52, N° 49 Y 50, SIREY, PARIS, 1962; ASCARELLI, T., "SUI LIMITI STATUTARI ALLA CIRCOLAZIONE DELLE PARTICIPACION AZIONARIE", EN SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALI, PÁG. 359, ESPEC. PÁG. 391, N° 18, MILANO, A. GIUFFRÉ, 1955), Y SEA QUE COMPRENDAN A TODOS LOS ACCIONISTAS O SOLO A CIERTA CLASE DE ELLOS, EN CUALQUIER CASO, ES INCUESTIONABLE LA LICITUD DEL CONVENIO (CFR. BROSETA PONT, M., "RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES", PÁGS. 51 Y 138, MADRID, 1963). In re *RECUPERO ENERGETICO SA C/ CAMUZZI GAS PAMPEANA SA S/ ORDINARIO*.vocales HEREDIA - VASSALLO - DIEUZEIDE de CAMARA COMERCIAL: D., 2007-02-14.

³⁷ DASSO, Ariel A *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 193 y ss.

³⁸ FUSHIMI - RICHARD "La quita en concursos..." cit.

³⁹ MIOLA ob.cit. pág. 1310.

⁴⁰ La quita es una propuesta esencialmente inequitativa desde el momento que implica

proceso concursal⁴¹. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora acotada por la disposición del art. 325 CCC que dispone que “...Los libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso en el domicilio social.

1. Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que, si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad, que encubre pérdida del capital social implica la posibilidad de dañar.

Ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación– genera responsabilidad de administradores –y quizá de socios– de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La responsabilidad de socios, que surge ahora de la integración de las normas del art. 167 CCC y 99 LGS nacerá cuando aquellos soslayando la previsión del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por el art. 6 de la Ley N° 24522 (LCQ).

La judicatura no debería homologar propuestas con quita, pues configuraría abuso o fraude generado por administradores y socios, para beneficiarse éstos perjudicando a los acreedores.

2. La constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (art. 94.5 LGS) impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, pues constituye esa causal al constatarse en el balance esa situación, o antes⁴².

una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito –nto. “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en *Doctrina Societaria y Concursal* ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII Pág. 933 Setiembre 2011–, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

⁴¹ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, tomo I pág. 1449.

⁴² FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAIONES Y EFECTOS” en prensa.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁴³. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando -pero otro tema es la responsabilidad si la continuidad del giro social generará daño-. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad. La resolución asamblearia o de la reunión de socios aprobando un balance anual del que resulta un patrimonio neutro o negativo, configura la declaración del órgano de gobierno societario de la existencia de la causal de disolución de la sociedad, prevista en el art. 94 inc. 5° LGS. Se trata de una declaración de verdad, imputable al órgano de gobierno de la sociedad que, tácita pero indubitadamente, declara constatada una causal de disolución, generando los efectos previstos por la ley.

3. Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida. En tales casos, si el Juez no lo advierte y adopta las medidas del caso, el Síndico debería remarcarlo en el informe general del síndico, conforme lo previsto en el inc. 7° del art. 39 LCQ, refiriéndose no sólo a la integración del capital social, sino ante la pérdida del capital social -antes de convocarse o después y antes del informe general-, señalando tal circunstancia y si administradores y socios han adoptado las previsiones de los arts. 96 y 99 LGS.

4. Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerará inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el CCC en análisis⁴⁴.

⁴³ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II "Las sociedades mercantiles", págs. 483/5.

⁴⁴ Nto. "Insolvencia societaria en el Proyecto de Código", en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss. correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

VII. Nuevas oportunidades de actuar de la judicatura ante abusos o fraude a la ley

Ante propuestas de quita en concurso de sociedades, que hemos catalogado como contrarias al sistema societario, se abren nuevas posibilidades a la judicatura para evitar el daño y encauzar la cuestión, conservando la empresa.

El CCC, en su Título Preliminar⁴⁵ se refiere a un eje normativo, donde el mismo hace a la centralidad del derecho privado, imponiendo el derecho como sistema sobre las normas individuales, tanto por su art. 2° “coherente con todo el ordenamiento”, como por los arts. 10 y 12 en cuanto refieren a las normas imperativas y la aplicación de la teoría del abuso del derecho y fraude a la ley si se intenta evitarlas a través de la aplicación de otras normas, apareciendo por la invocación a la “buena fe” en el art. 9° como un Código para la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

La apreciación lógica es simple y la reiteramos: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera -corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios⁴⁶, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

1. ¿Esto no es impeditivo de la homologación de una propuesta en concurso de sociedad a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana

⁴⁵ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

⁴⁶ Nto. “EL ART. 99 LEY N° 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en *RDCO 2013-A*- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

-salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la del año pasado en España, particularmente refiriéndose a acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer como “tercera vía” a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordantemente con las vías de la norma imperativa del art. 96 LGS, que prevé la capitalización de pasivo⁴⁷, pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 99[1] y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado.

2. Un juez, ante un concurso de sociedad, debería prevenir el daño. En primer lugar, determinar si existe pérdida del capital social, en cuyo caso debería aplicar los dispositivos preventivos del daño, Conforme lo dispuesto en “*Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva*”, prevista en los arts. 1710 CCC y subsiguientes: “*Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) Adoptar,*

⁴⁷ La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.

de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño...c) no agravar el daño si ya se produjo”. Concordemos esta norma con las previsiones de los arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS y 167 CCC.

Si se advirtiera, conforme el criterio de Vivante, que los administradores sociales desoyen el art. 96 LGS, cabrá la previsión del nuevo art. 1711 CCC “*Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión anti-jurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”. Si se exhibe al abrir el concurso la pérdida del capital social, la vía es absolutamente procedente.

Si los administradores y socios no adoptaran las alternativas que imperativamente marca la LGS, cabría que cualquier interesado pudiera promover la acción que consagra el Art. 1712 CCC “*Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*”. Se nos ocurren varios ejemplos. Los acreedores ante un incumplimiento si del balance resultara la pérdida del capital social, inclusive si ello ocurriera abierto un concurso o quiebra; hasta el Síndico podría ejercerla y sin duda exponerlo en el informe general en la interpretación del inc. 7 art. 39 LCQ; en el caso del socio aparente los acreedores del real titular. Incluso podrían usar también la acción su rogatoria como acción de fondo, pues esta es una medida cautelar. Frente a la inactividad de la sociedad, presente y futura, no puede pensarse en la mera remoción de la causal de disolución, pero si en la responsabilidad de administradores y en su caso de socios⁴⁸.

Es importante advertir los efectos de la acción revelados en el Art. 1713: “*Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*”. Sin duda sería la de convocar a los socios a adoptar los criterios previstos en el art. 96/100 LGS, sin perjuicio de la responsabilidad que ya hubieran asumido (arts. 99 LGS).

4. Pero el tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, sea que no se haya producido la pérdida del capital social, caso en que

⁴⁸ C.Nac.Com. Sala E 17/08/2006 Inspección General de Justicia v. Compañía Norte S.A., JA 2006-IV-fascículo n. 13, pág. 63.

habría abuso de derecho pues sólo sería necesaria una espera⁴⁹, o que se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social, lo que implicaría un fraude a la ley.

Si hay abuso el juez debería aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: "... El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización". En el caso una sociedad continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, cuando no generando daño, o intentando obtener quitas en un concurso preventivo no habiendo perdido el capital social.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al "Orden público" y al "Fraude a la ley": *"Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir"*.

Obviamente la disposición del art. 52.4 LCQ le impondrá la indubitable resolución.

VIII. Resumiendo

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización que es una zona gris, se abre una línea roja, las "red flags" que funcionan incluso en la "one dollar corporation", pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese capital, que era una barrera. En muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en nuestro país la causal se genera reciente cuando la pérdida alcanza el 100%, que sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos.

El art. 52 ap. 4 LCQ que enfáticamente dispone "En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley", y en el caso de concurso

⁴⁹ Eventualmente sin intereses o con un ajuste de intereses.

de sociedades, se entenderá que la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social, y se lo ha perdido es en fraude a normas imperativas de la ley específica. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad⁵⁰ por quiénes no aceptaron las quitas -aunque si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12 CCC, particularmente por estar destinado a beneficiar a los socios que justamente han soslayado el cumplimiento de una norma imperativa de la ley -art. 96 LGS-.

El juez deberá llamar a los socios a reintegrar el capital social o capitalizar la sociedad.

Si llega a su despacho para homologar en esos supuestos una propuesta de quita, no deberá hacerlo por las normas del CCC y de la propia LCQ en su art. 52 ap. 4. Salvo que, considerando tal situación el juzgador descarte expresamente tal abuso o fraude. No declarará la quiebra por aplicación del art. 48 o podrá imponer la tercera vía que sería imponer la previsión del art. 96 LGS.⁵¹

Confiamos que las nuevas normas del CCC que se unen a las tradicionales de las legislaciones societaria y concursal -que deben integrarse en la crisis de personas jurídicas societarias- servirán para prevenir el daño, salvar sociedades de sus propios administradores de ser necesario y puestos de trabajo.

En este ensayo queremos poner de relieve la esforzada labor de la magistratura ante una comunidad al margen de la ley, frente a lo que destacamos las comentadas y particularmente el art. 9º CCC: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, a la que se suman las demás previsiones de ese Título”. Es un volver a lo que hemos llamado “el viejo corazón del derecho comercial”: “A verdad sabida y buena fe guardada”.

En conclusión, las normas sobre el capital social son de carácter imperativo y la reforma ha potenciado el carácter preventivo de las acciones para evitar daño a terceros, e incluso a la propia sociedad. El tema se perfila de otra manera si alcanza a en un concurso se formaliza propuesta de quita, sea que no se haya

⁵⁰ PALAZZO, José Luis y nosotros “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

⁵¹ Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.

producido la pérdida del capital social, caso en que habría abuso de derecho, o que se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social, lo que implicaría un fraude a la ley.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización que es una zona gris, se abre una línea roja, las “red flags” que funcionan incluso en la “one dollar corporation”, pues cuando el balance - como declaración unilateral de verdad- es aprobado por la reunión de miembros/socios indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era una barrera. En muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos. El art. 52 ap. 4 LCQ que enfáticamente dispone “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”⁵².

Confiamos que las nuevas normas del CCC que se unen a las tradicionales de las legislaciones societaria y concursal -que deben integrarse en la crisis de personas jurídicas societarias- servirán para prevenir el daño, salvar sociedades de sus propios administradores de ser necesario y puestos de trabajo. A su vez, el adecuado consejo de profesionales de las ciencias económicas y jurídicas a administradores y socios de sociedades en dificultades les prevendrá de asumir responsabilidades y con adecuadas técnicas equilibrarán las relaciones de ciertos acreedores y de la sociedad para la recuperación con menores costos de transacción de ésta.

Una última apostilla, si se advirtiera que una sociedad continúa operando pese a la pérdida del capital social, sigue contrayendo obligaciones o intenta cambiar de jurisdicción o transferir su clientela, o desaparecer, en cualquiera de esas apreciaciones ¿no se estará frente a un uso abusivo de la técnica societaria, sancionada por las previsiones de los arts. 144 CCC y 54 ter LGS? Y esa actividad contraria a la buena fe prevista por el art. 9 CCC, que intenta transferir el daño que deben asumir los socios conforme a normas imperativas de la ley (art. 96 LGS) a los acreedores, con o sin concurso, ¿no será de aplicación el art. 19 LGS, que es un recurso que puede adoptar oficiosamente el Juez? ¿No es acaso actividad ilícita continuar el giro social a sabiendas que se ha perdido el capital

⁵² Sin duda la propuesta es la abusiva o en fraude a la ley, pero al juez llega para homologar un supuesto acuerdo.

social y se soslaya aplicar las prevenciones fijadas imperativamente por la ley para no dañar?

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, estamos tratando de alertar para que no se genere daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Estos temas han sido abordados en el Congreso Nacional de Derecho Concursal e Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, y por el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal -del Instituto Iberoamericano de Derecho concursal con sede en México- que se realizaron el mes pasado en Villa Giardino, Sierras Chicas de Córdoba, bajo el lema “Crisis y Derecho”, organizados conjuntamente por el Departamento de Derecho Comercial y Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, por la Fundación de Estudios para la Empresa (FESPRESA), “Premio Academia” y por el Instituto de la Empresa de esta Academia.

Por las implicancias que hemos señalado en el curso de esta exposición, incluso en el derecho público frente al debatido tema de responsabilidad del Estado con nuestra visión sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el CCC, esperamos haber cumplido el propósito previsto cuando se fijó el contenido de esta presentación.

El encuentro de los ciudadanos con el mundo jurídico

*Perspectivas sociológicas sobre la construcción de la legitimidad**

MARÍA INÉS BERGOGLIO**

Mi objetivo en esta conferencia es analizar, desde una perspectiva sociológica, el encuentro de los ciudadanos con el mundo jurídico, encuentro que transcurre centralmente en los espacios de la administración de justicia.

Este encuentro puede ser analizado desde muchos puntos de vista, pero mi análisis apunta a una cuestión presente en el debate político latinoamericano en el último tiempo, que ha dado lugar a acaloradas controversias, así como a iniciativas apresuradas de reforma: la legitimidad de la justicia.

Abordo esta cuestión desde un enfoque sociológico, que se preocupa más de las prácticas que las prescripciones normativas. Por lo tanto, entendiendo la legitimidad como el fruto de una relación entre jueces y justiciables más que como el resultado de la adecuación a las prescripciones normativas vigentes. Se trata de reflexionar, tanto desde una perspectiva teórica como histórica, sobre el proceso de construcción de la legitimidad de la administración de justicia. Estas reflexiones pueden resultar útiles en la tarea común de reforzar la sustentabilidad de las instituciones democráticas, lo que requiere ineludiblemente la afirmación de la legitimidad e independencia de la justicia.

La cuestión de la legitimidad ha sido motivo del interés sociológico, tanto bajo la forma de reflexiones teóricas como de investigaciones empíricas. En la primera parte de esta exposición revisaré las contribuciones sobre este tema de sociólogos como Weber, Luhmann, Bourdieu y Habermas, mientras que en la segunda parte reflexionaré sobre los aportes de la investigación sobre esta cuestión en Argentina.

* Conferencia de incorporación como académica de número a la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 8 de abril de 2015. La académica fue presentada por el Sr. académico Presidente Dr. Juan Carlos Palmero.

** La académica ocupará el sillón "Alfredo Poviña".

La legitimación del Derecho en las sociedades contemporáneas en la mirada de Weber

El trabajo de Weber sigue siendo el más influyente en el análisis contemporáneo sobre la legitimidad¹. Todo poder, y en esto el de los jueces no es una excepción, se preocupa por su estabilidad, la que no puede estar garantizada únicamente por el temor al castigo o la expectativa de recompensas. Por eso cada poder intenta aumentar las creencias en su legitimidad. La teoría weberiana remarca así la función de estabilizar los sistemas de dominación cumplida por la legitimidad.

Desde su perspectiva, la legitimidad es entendida como la calidad de un orden social que conduce a la gente a sentirse obligada a seguir sus reglas o decisiones². Se trata de una circunstancia en la cual ese orden aparece ante los súbditos como obligatorio, como modelo, como algo que debe ser, como reglas para la acción. Así, en el marco de los conceptos de Weber, la legitimidad es el resultado de un proceso social a través del cual los súbditos otorgan ciertos significados a una dominación existente. La insistencia de Weber en señalar que la legitimidad está basada en un vínculo entre gobernantes y gobernados implica que sólo es posible estudiarla desde un enfoque **relacional**, atendiendo al proceso a través del cual se construye y se mantiene. Entendida como un proceso, puede verse que la legitimación puede asumir diferentes formas históricas, tal como su tipología de las formas de dominación lo subraya.

La forma característica de las sociedades contemporáneas, la dominación racional legal - que descansa en la creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad- tiene un carácter impersonal: se obedece a las reglas, no al señor. Pensando en el caso del Poder Judicial, resulta característica de los magistrados en el Estado de Derecho.

La noción de Weber se afirma en la idea de que todo orden social es contestable, en tanto supone una desigualdad en la distribución de los bienes y recursos que la sociedad puede distribuir. Entender el papel del Derecho en estos procesos requiere revisar más en detalle la noción de legitimidad de tipo racional-legal.

¹ Desarrollada en los capítulos III (vol.1) y IX (vol.2) de *Economía y Sociedad* (Weber, 1969).

² Weber definió la **legitimidad** como la característica de “...aquel orden que aparezca con el prestigio de ser obligatorio y modelo, es decir, con el prestigio de la legitimidad” (Weber, 1969, pág. 26).

Las contradicciones de la idea de legitimidad legal

La noción de legitimidad legal se ha vuelto tan familiar que nos resulta obvia: En los estados modernos, el poder político obtiene su legitimidad de la existencia de un sistema de reglas racionales, que otorgan poderes de mando que se pueden ejercer de acuerdo con las reglas. Las reglas especifican también el modo en que pueden ser cambiadas. La autoridad es reconocida como tal en la medida en que es ejercida de acuerdo con los requerimientos fijados por esas reglas.

La importancia de esta concepción de legitimidad está en lo que deliberadamente excluye. Para entender la legitimidad política en condiciones de dominación legal no es necesario evaluar el contenido del derecho. Como dice Cotterrell: *“la existencia de derecho -en condiciones particulares y en formas particulares- provee su propia base ideológica, cualquiera sea su contenido sustantivo. Y la acción del estado, de acuerdo con la ley, deriva su legitimidad del derecho. La dominación legal no depende, por lo tanto, de que el derecho refleje los valores a los que adhieren o con los que están comprometidos aquellos que aceptan su legitimidad”*² (Cotterrell, 1997, pág. 136)³.

En cierto sentido, la dominación legal es auto-sustentable. Al no depender de elecciones de valor cambiantes, se funda únicamente en el carácter formal racional de su base legal. Y Cotterrell concluye: *“En las sociedades modernas, la relación entre legitimidad y legalidad es, por lo tanto, una de virtual identidad. El Derecho no solo provee el aparato técnico para el ejercicio del poder del estado, sino también la fundamentación ideológica de la autoridad”* (Cotterrell, 1997, pág. 137)⁴.

Weber veía ya ciertas ambivalencias en esta forma de legitimación: la aceptación de las reglas porque son reglas, no por su valor moral o su idealismo político, conduce al desencanto del mundo, donde la rutina reemplaza la imaginación. La masiva expansión de reglas “neutrales”, aceptadas ampliamente sin discusión por su supuesta indispensabilidad técnica conduce al desarrollo de una red de regula-

³ En inglés en el original: *“The existence of law – in particular conditions and in a particular form- provides its own ideological basis whatever its substantive content. And the action of the state, in accordance with law, derives legitimacy from law. Legal domination does not therefore depend on the law’s reflection of values to which those who accept its legitimacy are committed”*.

⁴ En inglés en el original: *“In modern societies, the relationship between legality and legitimacy is, therefore, one of virtual identity. Law not only provides the technical apparatus for exercise of state power but also the ideological foundation of authority”*.

ción cada vez más abarcativa e intimidante. No aparecen así razones para resistirse a la dominación legal, salvo la irrupción de un líder carismático, con sus riesgos de demagogia.

Hasta cierto punto, la combinación de legitimidad legal y racionalización formal lleva a una situación donde finalmente obedecemos a la ley por la ley misma, donde no hay más que obediencia mecánica al final, y donde existen intersticios para el abuso. Hitler llegó al poder cumpliendo con las reglas democráticas, y el apartheid sudafricano funcionaba de acuerdo con la ley. La autonomía del Derecho toma así un aspecto siniestro. Esta paradoja propia de la legitimación racional ha sido motivo de reflexión en la teoría sociológica contemporánea.

Los procesos de legitimación del Derecho en la mirada de Luhmann

En un mundo crecientemente pluralista en términos de valores e intereses, donde la heterogeneidad cultural hace más compleja la gobernabilidad, el problema de la legitimación del Derecho se plantea en términos más agudos. En las secularizadas sociedades modernas, la legitimación por apelación a valores externos al derecho mismo ya no es posible. Como su maestro Weber, Luhmann subraya que las instituciones ya no se legitiman por referencia a alguna fuente exterior al derecho mismo, ya sean principios religiosos o filosóficos ni tampoco por referencia al consenso de la población, como en las teorías del consentimiento democrático.

En la perspectiva del autor, el papel de los procedimientos en la construcción de la legitimidad resulta subrayado. Para Luhmann (2001, pág. 20), la legitimidad consiste en la aceptabilidad garantizada procedimentalmente. *“Puede concebirse la legitimidad como una disposición generalizada a aceptar, dentro de ciertos márgenes de tolerancia, decisiones aún indeterminadas desde el punto de vista de su contenido”*⁵.

En este contexto, los procedimientos tienen la finalidad de ganar la aceptación de quienes deberán someterse a esas decisiones. Compara los procedimien-

⁵ En francés en el original *“Il est possible de concevoir la légitimité comme une disposition généralisée à admettre, à l'intérieur de certaines limites de tolérance, des décisions au contenu encore indéterminé”*.

tos legislativos a rituales orientados a escenificar la autoridad de los diputados, y a que los votantes se enteren de las características de las reglas que deberán obedecer. Pero Luhmann señala que las decisiones importantes no se toman en el parlamento, ni por las razones que se aducen en ellos. La legitimación legal racional se limita a justificar la arbitrariedad de las decisiones del poder.

Aplicando estos presupuestos teóricos al poder judicial, Luhmann -quien, al igual que Weber, había estudiado Derecho antes de dedicarse a la Sociología- considera que las formalidades que rodean una audiencia en tribunales son en realidad una ceremonia para recordar y reforzar ante los participantes (abogados, partes, público), la autoridad del juez, a quien en última instancia le corresponde decidir.

En el pensamiento de Luhmann, la paradoja de la legitimación racional legal, implícita en el planteo weberiano, resulta más visible. Como los procedimientos ajustados a criterios de corrección formal permiten justificar cualquier cosa, la legitimación que se designa como racional legal carece en realidad de justificación racional.

Esta concepción del proceso de legitimación resulta auto-referencial: la legitimidad es un resultado de la eficiencia del propio poder, que produce las condiciones necesarias para su aceptación. Para Luhmann, finalmente, toda legitimación es auto-legitimación, y todo poder legítimo instituye las condiciones de su propia aceptación. Esta postura, cercana a los postulados del positivismo jurídico, termina desembocando en una concepción tecnocrática del poder. El poder puede considerarse legítimo en la medida en que cumple bien sus tareas, produciendo también la aceptación del público a sus decisiones colectivamente vinculantes. La legitimación procedimental es un espejismo que hace creer que el procedimiento garantiza la racionalidad de los resultados. Los procedimientos cumplen, pues, la función de producir la ficción de la legitimación racional, allí donde ya solo queda el recurso al decisionismo más crudo (López de Lizaga, 2008, pág. 126)

La concepción de Luhmann, de que los procedimientos correctos generan la aceptabilidad de decisiones tomadas arbitrariamente, puede resultar quizás adecuada para describir la legitimidad del parlamento, en las sociedades modernas, aquejadas de apatía política, pero resulta menos adecuada para describir la legitimidad judicial. En la medida que una sentencia no se limite a ajustarse a la jurisprudencia anterior, toda resolución judicial contiene un momento irre-

ductible de decisión, y, por tanto, cierto grado de discrecionalidad. Sin embargo, Luhmann pierde de vista que los jueces no sólo deciden, sino que también deben dar razones de sus decisiones. Ignora así la dimensión argumentativa que tiene la sentencia judicial, que termina proporcionando razones para la aceptabilidad de la decisión que van más allá del procedimiento mismo.

Los procesos de legitimación del Derecho en la mirada de Bourdieu

La dimensión argumentativa de Derecho y su papel en los procesos de legitimación resulta clara en la mirada de Bourdieu. En su perspectiva, el derecho, forma por excelencia de la dominación simbólica, puede ser descrito en dos dimensiones estrechamente ligadas entre sí: el derecho como discurso del poder, parte de la construcción del estado, que contribuye a su legitimidad, y el derecho como espacio, como campo social donde se produce y se negocia ese discurso. Este doble planteamiento de la noción de Derecho ayuda a abordar la cuestión de la legitimidad en toda su complejidad.

El campo jurídico, espacio de las luchas por la legitimidad

Para Bourdieu, el derecho es un campo, “*un universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas, en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse de la fuerza física*” (Bourdieu, 2000, pág. 167).

En ese campo jurídico ocurre una lucha entre los diferentes agentes para imponer su propio principio de definición legítima: “*El campo jurídico es el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho.*” (Bourdieu, 2000, pág. 169). La lucha entre diferentes agentes sociales que intentan imponer su definición del buen orden y de la buena distribución en una sociedad estructuralmente desigual, ocurre en el campo jurídico.

Así, aunque Bourdieu reconoce al derecho una autonomía relativa, remarca igualmente que en un momento concreto, lo que conocemos como derecho será el resultado de las luchas por el poder, que ocurren dentro de un contexto delimitado por los textos legales que definen las soluciones posibles. Quienes toman

decisiones jurídicas deben elegir entre intereses y visiones del mundo antagónicos, pero sus elecciones tienen poca probabilidad de desfavorecer a los poderosos, ya que su ethos es cercano al de los grupos dominantes, lo mismo que el espíritu de los textos legales que inspiran las decisiones. La decisión judicial, convertida en veredicto, adquiere una eficacia simbólica que proviene de que se desconoce su arbitrariedad. La decisión del juez no aparece como su decisión individual, sino como la voluntad de la ley.

El discurso jurídico como retórica de la legitimación

Comprender las reflexiones de Bourdieu sobre el papel del derecho en los procesos de legitimación requiere igualmente recordar su carácter de discurso activo, que no sólo consagra una visión oficial del orden, sino también distribuye identidades, poderes y capacidades, una fuerza que el autor subraya: “*El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho hace el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo*” (Bourdieu, 2000, pág. 202).

Bourdieu se detiene a analizar las características propias del lenguaje jurídico, su tendencia universalizante, su búsqueda de la neutralidad. Esta retórica jurídica no es una simple máscara ideológica, sino que contribuye a encubrir la arbitrariedad de la decisión del poder, convirtiendo lo contingente en necesario y legitimándolo.

Para poder cumplir este papel de justificar el orden social en su conjunto, es necesario que el derecho cuente con el asentimiento de los que le están subordinados. Y es que para Bourdieu el Derecho es una forma de violencia simbólica, que sólo puede ejercerse con el consentimiento de los sometidos a ella. Esa legitimidad de las instituciones jurídicas es fruto de la producción continua de los agentes jurídicos, ya sean magistrados o juristas, que van reconstruyendo las interpretaciones de los textos fundantes del derecho y alimentando las creencias en la autonomía y la neutralidad del Derecho.

Así, la mirada de Bourdieu nos muestra a la legitimidad del Derecho como algo en permanente construcción, que no es adquirido de una vez para siempre, o que no depende simplemente de la corrección normativa, sino como un bien a conquistar en la dinámica de la vida social. Se trata de un bien preciado, por

el que compiten los agentes sociales en las disputas por el poder económico y político, y que es también objeto de competencias en el interior de la profesión jurídica, donde continuamente se disputa por el derecho a decir lo que es el derecho.

La visión de Bourdieu termina subrayando los efectos conservadores del derecho, en una perspectiva bastante próxima a la elaborada por el marxismo. Esta perspectiva se modera si recordamos que el derecho, como forma de la violencia simbólica, sólo puede ejercerse con el consentimiento de los sometidos a ella. En ese sentido, el derecho sólo logra eficacia en cuanto es reconocido.

La legitimación por el procedimiento democrático: Habermas

La mirada desencantada sobre el papel social del Derecho que aparece en Bourdieu contrasta con la que resulta al examinar la concepción de la legitimidad presente en el análisis de Habermas.

Habermas critica el modelo weberiano de la legitimidad racional legal por estar basado únicamente en el análisis de las motivaciones psicológicas para obedecer a la ley. Su análisis señala que, en las sociedades contemporáneas, en las que el Estado social ha multiplicado sus intervenciones en la vida social, es posible una crisis de legitimación, un déficit de sentido, por lo cual no alcanza con explorar las motivaciones de la legitimación. Es necesario revisar críticamente la fundamentación lógica de las pretensiones de motivar racionalmente el orden jurídico.

Habermas señala que la argumentación de Weber y su planteamiento acerca del modelo de dominación legal racional se apoya en un concepto positivista de derecho: derecho es aquello que el legislador político, venga este democráticamente legitimado o no, establece como derecho conforme a un procedimiento jurídicamente institucionalizado (Habermas, 1998, pág. 535). A sus ojos, esta explicación resulta insatisfactoria, pues supone que derecho sancionado estatalmente y poder estatal organizado jurídicamente nacen simultáneamente y se constituyen recíprocamente, cuando históricamente, en la experiencia europea, el poder estatal organizado jurídicamente surgió en el contexto del derecho tradicional.

En el Estado de Derecho, el Derecho tiene un carácter instrumental, en tanto depende de la política. Mientras las normas morales son fines en sí, las

normas jurídicas son herramientas para llevar adelante programas políticos. Así, la solución positivista termina convirtiendo al derecho en política, por lo que le parece imposible para fundar la idea de un Estado de Derecho.

La propuesta de Habermas supone replantear las relaciones entre moral y Derecho. En su construcción teórica, la moral que ya no flota sobre el derecho, como ocurría en las propuestas del derecho natural racional, sino que está entrelazada con él. Y esto es posible porque el Derecho logra su legitimidad a través de la apelación a los procedimientos, a través de una exigencia que rodea la fundamentación de las normas, que debe crear las condiciones para su justificación racional en el ámbito del diálogo entre personas libres e iguales, sometidas a la fuerza del mejor argumento.

Con esta perspectiva, moral y derecho quedan entretreídos; pero no porque el derecho incorpore contenidos morales, sino porque la moral ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Tal fuerza surge principalmente a través de los procedimientos de un poder legislativo democrático: *“La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo sin democracia realizada”* (Habermas, 1988, pág. 45).

Esta solución que Habermas encuentra a la paradoja de la legitimación legal- racional weberiana supone abandonar un concepto positivista de Derecho. La legitimación del Derecho apela, como en Luhmann, al procedimiento, aunque de un modo diferente. La racionalidad procedimental de tipo ético provee el sustento de la legitimidad del Derecho en las sociedades democráticas. Se trata de un procedimiento que permite elaborar normas susceptibles de ser aceptadas por todos. El Derecho justo, legítimo, es aquel cuyos mecanismos de producción y reproducción aseguran cierta imparcialidad, cuyas normas son hasta cierto punto expresión de la voluntad general. Se trata de una racionalidad formal, que no está basada en el contenido de las normas, sino en su mecanismo de producción, que asegura las posibilidades de participación de todos los sujetos a ese orden en la producción de sus normas.

Por eso este tipo de racionalidad discursiva solo puede darse en el contexto de sociedades democráticas, donde la vigencia de los derechos humanos asegure también las posibilidades de participación en los ámbitos discursivos donde se elaboran las reglas.

Habermas es agudamente consciente de las tensiones que enfrentan las democracias contemporáneas, derivadas de las desigualdades estructurales propias de las sociedades capitalistas. Como Bourdieu, ve a la legitimidad en movimiento, como fruto de procesos históricos, y por eso mismo, se preocupa de los efectos sobre los niveles de legitimación de las crisis económicas periódicas propias de la organización capitalista. Por cierto, la legitimidad no es la única razón de la obediencia a un poder, de acatamiento de un orden social injusto. Pero cuando esta se disuelve, la coacción estructural aparece al desnudo, y las únicas formas de superar la crisis son a través de la coacción manifiesta ejercida desde arriba (temporalmente) o a través de una ampliación de la participación (lo cual modifica no sólo la legitimidad, sino también la distribución).

Para hacer frente a esas crisis de legitimación, propone entonces profundizar la democracia, aumentando los niveles de participación. Estos ya no deben limitarse a los tradicionales espacios parlamentarios, sino que deben extenderse a diferentes esferas públicas, para construir de una democracia deliberativa. Sus ideas encierran propuestas sugestivas para quienes se preocupan por reconstruir la legitimidad de la Administración de Justicia.

El análisis empírico de la legitimidad institucional en América Latina

La contribución de la sociología contemporánea al análisis de la legitimidad del derecho no se limita al campo teórico; se han hecho además considerables esfuerzos en el terreno empírico, que resultan especialmente relevantes en el caso latinoamericano. La revisión de la literatura de investigación muestra la impronta del legado weberiano y adopta un enfoque relacional. Es posible distinguir dos tipos de perspectivas:

- Centradas en el análisis de la legitimidad como pretensión de poder del que gobierna, o de las instituciones, y dirigen la atención a sus esfuerzos para validar esa pretensión, para ser justificados. Estas perspectivas estudian el problema en una dirección desde arriba hacia abajo (top-down).

- Enfocadas en la legitimidad como la creencia en la corrección de tales pretensiones, por parte de aquellos que están sujetos a un sistema de dominación. En este caso, la atención no se dirige tanto hacia los esfuerzos del poder para validar su dominación, como a los motivos del asentimiento a las demandas del poder. Estos enfoques bottom-up analizan la legitimidad desde las convicciones subjetivas de los creyentes en ella. Es posible así hacer afirmaciones, empíricamente basadas, sobre la extensión de la aprobación que recibe un sistema de dominación, o describir dinámicamente su evolución.

En el análisis empírico de la legitimidad de las cortes se utiliza frecuentemente la noción de apoyo difuso, desarrollada inicialmente por (Easton, 1965). El apoyo difuso puede entenderse como una reserva de buena voluntad, e implica que la gente tiene confianza en la capacidad de ciertas instituciones de hacer políticas deseables en el largo plazo. Supone cierta lealtad a la autoridad, e implica que el fracaso en realizar políticas deseables en el corto plazo no deteriora el compromiso básico de la gente con la institución. Esta noción de apoyo difuso ha sido utilizada para estudiar empíricamente la legitimidad judicial entendida como confianza en el sistema judicial (Gibson, Caldeira, & Spence, 2005; Gibson, Lodge, & Woodson, 2014).

La investigación empírica sobre la legitimidad institucional en América Latina ha utilizado datos de encuestas de población provenientes de las dos fuentes de datos disponibles a nivel regional -Gallup y Latinobarómetro- que utilizan las clásicas preguntas acerca del grado de confianza en diversas instituciones⁶. La utilidad principal de estas medidas es la posibilidad de realizar análisis comparativos entre diversos países, así como de seguir la evolución en el tiempo de los niveles de legitimidad.

El estudio comparado de la legitimidad judicial ha mostrado su variabilidad histórica, confirmando las suposiciones de los teóricos de la sociología jurídica, que la entienden como un proceso en construcción. A diferencia de la clásica legitimidad de establecimiento, que obtienen los gobiernos democráticos a través del mecanismo electoral, estos modos de legitimación apuntan que la legitimación de las cortes se vincula a las cualidades de la relación que establecen

⁶ El fraseo de la pregunta es el siguiente: *Por favor dígame, para cada uno de los grupos, instituciones o personas mencionadas en la lista ¿cuánta confianza tiene usted en ellas: mucha (1), algo (2), poca (3): o ninguna (4): confianza en...? El Congreso Nacional, El Poder Judicial, Los partidos políticos, Las Fuerzas Armadas, La Iglesia, Los medios de comunicación, etc.*

con los ciudadanos. Estas cualidades nunca son definitivas, por lo que las autoridades necesitan relegitimarse continuamente (Rosanvallon, 2009).

En América Latina, en promedio algo menos de un tercio⁷ de la población confía en la justicia, proporción que resulta bastante más baja que en otras regiones. En la Unión Europea prácticamente la mitad de la población confía en la justicia⁸. Queda a la luz una cultura jurídica, marcada por las huellas de trasplantes jurídicos y la baja adhesión a la ley, como han señalado los analistas de la cultura jurídica en diferentes países latinoamericanos⁹.

La revisión de los niveles de confianza en la justicia en los diversos países latinoamericanos muestra la adecuación de las interpretaciones de Habermas (ver tabla 1, Anexo). A la cabeza de la lista, con niveles de confianza en los jueces similares al promedio europeo, se encuentran los países con mayor estabilidad de las instituciones democráticas, Uruguay y Costa Rica.

La capacidad de las instituciones para responder a las demandas sociales y económicas de los ciudadanos también influye sobre los niveles de legitimidad institucional. En América Latina, que pese al crecimiento experimentado en los últimos años sigue siendo la región más desigual del mundo (CEPAL, 2015) no es posible olvidar que, tal como señala Habermas, los niveles de legitimidad institucional se encuentran sustancialmente influidos por la equidad en la distribución de las recompensas. El estudio realizado por OXFAM, sobre la base de datos de Latinobarómetro, muestra que la inequidad en la distribución del ingreso impacta en la percepción de la calidad de la democracia, y redundando en la reducción de la legitimidad de las instituciones (OXFAM, 2015).

Las desigualdades étnicas afectan igualmente la confianza en la justicia. Así ocurre en Colombia, México y Perú, donde el sistema judicial formal compete

⁷ 29,6% en 2015. El promedio de confianza en la justicia entre 1996 y 2015 ha sido del 30%, llegando a su punto más alto en 2006 con un 36% y el más bajo en 2003 con 19% (Latinobarómetro, Informe 1995 – 2015).

⁸ 51,66% en 2015. En este siglo, su punto más bajo ha sido en 2009, con 43,15% y su valor más alto, en 2015, con 51,66%) Eurobarómetro. Datos accesibles en <http://ec.europa.eu/CO MMFrontOffice/PublicOpinion>.

⁹ La escasa valoración social de la legalidad, y la crónica distancia entre las leyes escritas y el orden social ha sido largamente descripta por los investigadores sociales latinoamericanos. Puede verse un análisis detallado para el caso brasileño en Da Matta (2002). López Ayllon (1997) sostiene que el divorcio entre norma y realidad es una característica central de la cultura jurídica en México. García Villegas (2009) ha analizado extensamente la situación colombiana. En Argentina Nino (1992) y también Hernández (2005) se han ocupado del tema.

con prácticas judiciales de los pueblos originarios, lo que termina por debilitar aún más la confianza en las instituciones estatales (Power & Cyr, 2010). Es importante notar que esto ocurre a pesar de que estos países han reconocido constitucionalmente la jurisdicción indígena en sus últimas reformas¹⁰, sugiriendo que los cambios normativos no alcanzan para reconstruir algo tan delicado como la legitimidad.

El análisis de los cambios experimentados recientemente por algunos países en particular permite poner a la luz otros factores que influyen sobre los niveles de confianza. La evolución en Argentina -país para el que se dispone de datos desde 1985- permite ilustrar la influencia de distintos procesos históricos sobre los niveles de confianza. Apenas recuperada la democracia, la legitimidad de la administración de justicia llegó al 58%, un nivel completamente desconocido para el país¹¹. En Argentina, la democracia llegó de la mano del reclamo de justicia. Fue necesario que se llegara al horror de las violaciones a los derechos humanos para que se descubriera la importancia de las reglas de derecho para poner límites a los abusos del poder y asegurar que algunas aberraciones no volverían a repetirse.

Con la transición a la democracia, el juicio a los comandantes en jefe mostró la capacidad del poder judicial de satisfacer al menos en parte la demanda social de justicia, transformando los datos de la historia en pruebas y produciendo, gracias a la lógica jurídica, información legítima sobre un pasado doloroso y escindido. En este contexto, marcado por la imagen de un poder judicial capaz de disciplinar a los poderosos e imponer la ley, no sorprenden los altos niveles de legitimidad de las cortes encontradas por las encuestas de opinión del World Values Survey (Turner y Carballo, 2010).

Las reformas constitucionales de 1994 implicaron el reconocimiento de nuevos derechos y la modificación de los requisitos necesarios para demandar, estimulando el crecimiento de la litigiosidad. La expansión de la demanda de decisiones judiciales resultó notable, especialmente considerando que la enorme mayoría de las jurisdicciones incorporó nuevos mecanismos de resolución de conflictos¹².

¹⁰ Para un análisis comparado de las reformas constitucionales de Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998), ver Yrigoyen Fajardo (2004).

¹¹ Para comprender la relevancia de esta cifra, baste observar que según el World Values Survey, para esa misma fecha el nivel de confianza en la justicia en Estados Unidos era del 51.7%.

¹² La tasa de litigiosidad prácticamente se triplicó en veinte años: mientras que en 1992 se iniciaban 3.982 nuevas causas cada 100.000 habitantes (Garavano, 2011), esa cifra se elevó a 9013 para 2012 (Jufejus, 2014).

Como en otros países de la región, el nuevo protagonismo del poder judicial, y la ampliación de las demandas sociales sobre la administración de justicia impulsaron los procesos de reformas judiciales orientadas a mejorar su eficiencia. Los recursos destinados al poder judicial se ampliaron, creció el número de magistrados y funcionarios, y se multiplicaron las reformas procesales orientadas a agilizar la maquinaria de la justicia. Estos esfuerzos no han evitado la creciente acumulación de asuntos pendientes¹³. La sobrecarga de asuntos que enfrentan los tribunales permite comprender una de las razones del deterioro de la legitimidad judicial ocurrido en el país, que desde 1995 no ha logrado elevar los niveles de confianza en la justicia por encima del 30%.

Por otra parte, la crisis institucional del 2001 afectó la legitimidad de todos los poderes del Estado, y el judicial no fue la excepción, pues llegó a su mínimo histórico en 2002, momento en el que menos de uno de cada diez ciudadanos confiaba en los jueces. Las reformas introducidas después de la crisis, como el nuevo procedimiento para la designación de los jueces de la Corte y la reactivación de las causas vinculadas a los abusos de Derechos Humanos, impulsaron la recuperación del prestigio de los jueces, y en estos últimos años la proporción de población que confía en la justicia tendió a colocarse alrededor del promedio latinoamericano.

La preocupación por la eficiencia es sin duda una de las razones de la caída de la confianza en los jueces, pero posiblemente no la única. A largo plazo, y más allá de oscilaciones coyunturales, la confianza en las instituciones depende de la capacidad de los poderes del Estado de satisfacer las expectativas de los ciudadanos, tanto económicas como de otra índole.

Los datos del Latinobarómetro 2014 son útiles para observar cuáles de las cuestiones centrales de la agenda política caen dentro de la órbita del Poder Judicial. Como en el resto de América Latina, la preocupación por la corrupción es alta en nuestro país. Es importante observar, sin embargo, que la mayoría de los argentinos (57%) cree que el Estado tiene los recursos para terminar con esa forma de delincuencia económica, pero se avanza poco en ese sentido.

La impotencia de la administración de justicia para detener una cuestión que perjudica a todos, esa visión de los jueces débiles frente al poder político y

¹³ Según la Junta Federal de Cortes, la tasa de resolución promedio en el conjunto de las provincias apenas supera el 60% en los últimos años, por lo que el volumen de asuntos pendientes resulta creciente (Jufejus 2014).

económico termina mostrando las limitaciones de la igualdad ante la ley en nuestra democracia, y es otra de las razones que explica el deterioro de la confianza en la justicia, aun cuando la administración de justicia puede exhibir nuevos resultados en las causas de derechos humanos¹⁴.

Cuando se observa la trayectoria de la administración de justicia en estos treinta años de democracia, impresiona la enorme cantidad de cambios experimentados, tanto a nivel normativo como organizacional en este periodo. Evaluando esos cambios desde la perspectiva del acceso a la justicia, tal como lo ha hecho Smulovitz (2013), resultan visibles los progresos logrados. Los juicios a los responsables de violaciones a los derechos humanos, la ampliación del repertorio de derechos judiciales, la variedad de recursos empleados para facilitar el acceso a las cortes y mejorar la eficiencia de la administración de justicia han permitido ampliar decisivamente el acceso a la justicia.

Construir una justicia como promete la Constitución es sin embargo una tarea permanente, y en este terreno, nos queda pendiente otra promesa constitucional no cumplida: la participación en las decisiones judiciales a través del juicio por jurados. Es interesante marcar aquí que, tal como señala Habermas, la ampliación de la participación contribuye a elevar los niveles de legitimidad, una hipótesis que ha logrado ya apoyo empírico en el caso de la experiencia cordobesa de juicio por jurados (Bergoglio, 2014).

El análisis sociológico, tanto teórico como empírico, ha permitido mostrar los procesos que afectan la credibilidad de los jueces, así como los que podrían contribuir a mejorarla. Es posible anticipar que una justicia más eficiente, en la que el tiempo de resolución de las causas se acorte, una justicia que realice las demandas de la igualdad ante la ley, y enfrente decididamente el combate contra la corrupción, que invite a los ciudadanos a participar en sus decisiones, contará con mayores niveles de legitimidad ciudadana. Será también una justicia que realice más acabadamente las promesas constitucionales, y por eso, construirla es tarea de todos. Espero haber podido mostrar que la sociología jurídica puede realizar una contribución positiva a esta tarea.

¹⁴ Ver *Informe sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en todo el país. Los números del 2014*, Procuraduría de Crímenes contra la humanidad, Ministerio Público Fiscal Argentino, accesible en <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2015/01/Informe-estadistico-Procuraduria-de-Crimenes-contra-la-Humanidad.pdf>.

Referencias

- Bergoglio, M. I. (2014). Participación ciudadana en la justicia y legitimidad judicial: sobre las consecuencias del juicio por jurados. En A. Cuéllar Vazquez y I. García Gárate (Eds.), *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*, (págs. 53–77). México.
- Bourdieu, P. (2000). *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Poder, Derecho y Clases Sociales.
- CEPAL, Comisión Económica para América Latina, Naciones Unidas (2015). *Panorama social 2014 de América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile.
- Cotterrell, R. (1997). *Law's Community- Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- Da Matta, R. (2002). *Carnavales, Malandros y Héroes: Hacia una sociología del dilema brasileño*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Easton, D. (1965). *A systems analysis of political life*. New York: John Wiley & Son, Inc.
- Garavano, G. (2011), *Información & Justicia III*, Konrad Adenauer Stiftung; Unidos por la Justicia Asociación Civil, Buenos Aires, págs. 15-28. Accesible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_31005-1522-4-30.pdf?120606185113
- García Villegas, M. (2009). *Normas de papel, la cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, DeJusticia.
- Gibson, J. L., Caldeira, G. a., & Spence, L. K. (2005). Why do people accept public policies they oppose? Testing legitimacy theory with a survey-based experiment. *Political Research Quarterly*, 58 (2), 187–201. <https://doi.org/10.1177/106591290505800201>.
- Gibson, James L., Lodge, M., & Woodson, B. (2014). Losing, but accepting: legitimacy, positivity theory, and the symbols of judicial authority. *Law and Society Review*, 48(4). <https://doi.org/10.1111/lasr.12104>
- Habermas, J. (1988). ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? *Doxa*, 5(2), 21–45.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Ed. Trotta.
- Hernández, A. M. (2005). Percepciones sobre la ley y las instituciones. In *Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: Una Sociedad Anómica* (págs. 81–93). Mexico: Universidad Autónoma de México.

- JUFEJUS, Junta Federal de Cortes (2008), Indicadores 2006. Accesible en <http://www.jufejus.org.ar/images/doc/ACTIVIDADES/Estadisticas/Publicaciones>.
- JUFEJUS, Junta Federal de Cortes (2014), Indicadores 2012. Accesible en <http://www.jufejus.org.ar/index.php/novedades-horizonta/191-indicadores-2012>.
- López Ayllon, S. (1997). *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*. Mexico: Universidad Autónoma de México.
- Lopez y Lopez de Lizaga, J. L. (2008). *Razón comunicativa y legitimidad democrática*. <https://doi.org/978-84-692-0060-5>.
- Luhmann, Niklas (2001). *La légitimation par la procédure*. Québec: Les Presses de l'Université Laval.
- Nino, C. (1992). *Un País al Margen de la Ley*. Buenos Aires: Emecé.
- OXFAM. (2015). *Desigualdad extrema y secuestro de la democracia: Privilegios que niegan derechos*. Accesible en https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/reporte_iguales-oxfambr.pdf.
- Power, T. J., y Cyr, J. M. (2010). Mapping political legitimacy in Latin America. *International Social Science Journal*, 60 (196), 253–272.
- Rosanvallon, P. (2009). *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial.
- Smulovitz, C. (2013). Acceso a la justicia. Ampliación de derechos y desigualdad en la protección, 7, 245–254.
- Turner, F. C., y Carballo, M. (2010). Cycles of legitimacy and delegitimation across regimes in Argentina, 1900–2008. *International Social Science Journal*, 60 (196), 273–283.
- Weber, M. (1969). *Economía y sociedad*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

ANEXO

<i>América Latina 2015</i>	Mucha-algo	Poca-ninguna	Ns-Nc
Uruguay	51.1%	45%	3.9%
Costa Rica	43.5%	53.4%	3.1%
Ecuador	39.9%	58.6%	1.5%
Paraguay	32.8%	65.6%	1.7%
Brasil	31.7%	63.9%	4.4%
<i>Promedio región</i>	<i>29.6%</i>	<i>67%</i>	<i>3.4%</i>
Panamá	28.5%	65.2%	6.3%
Bolivia	28%	65.2%	6.7%
Argentina	27.7%	71.3%	0.9%
Venezuela	25.5%	73.3%	1.2%
México	23.9%	73.8%	2.3%
Chile	23%	75.3%	1.7%
Colombia	22.8%	74.1%	3.1%
Perú	20.6%	76.9%	2.5%

<i>Europa 2015</i>	Mucha/algo	Poca/ninguna	Ns-nc
Dinamarca	87.25 %	10.29 %	2.45 %
Suecia	78.90 %	17.63 %	3.47 %
Austria	72.38 %	25.00 %	2.62 %
Alemania	67.18 %	28.89 %	3.93 %
Reino Unido	64.42 %	31.37 %	4.21 %
Francia	51.45 %	45.04 %	3.51 %
Latvia	41.09 %	44.58 %	14.33 %
España	35.23 %	61.88 %	2.89 %
Italia	30.84 %	60.51 %	8.66 %
Croacia	32.34 %	63.29 %	4.37 %
Unión Europea	51.66 %	43.50 %	4.83 %

Fuente: América Latina, Latinobarómetro, (www.latinobarometro.org). Para Europa, Eurobarómetro (<http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion>)



Vigencia actual de la Teoría General del Proceso*

ANGELINA FERREYRA DE DE LA RÚA**

I. Reconocimiento científico del Derecho Proceso Procesal

Para hablar de la vigencia de la Teoría General del proceso debo referirme a su formulación originaria, y a la forma en que evoluciona hasta dar paso al reconocimiento del derecho procesal científico.

La tarea de investigación sin duda fue ardua y se expandió por el mundo. Debe decirse en primer lugar que el desarrollo del derecho procesal como ciencia es corto. Se lo admite como tal recién en el siglo XIX a diferencia de lo que sucede con las otras ramas de las ciencias jurídicas que ostentan una larga tradición en la doctrina.

Hasta el siglo XVIII el derecho procesal era tratado como un mero trámite y se concretaba en simples comentarios del mecanismo procesal puestas al pie de disposiciones de los códigos de fondo. Puede decirse que la materia procesal era considerada un apéndice del derecho de fondo y el Derecho Procesal Civil se estudiaba conjuntamente con el derecho Civil y el Derecho Procesal Penal de acuerdo al derecho penal.

Es decir, se lo concebía como un conjunto de fórmulas accesorias de las normas del derecho sustantivo. Es la época “de los prácticos y glosadores” que se extiende hasta que comienzan los estudios sistemáticos que dan cabida a su aceptación como ciencia.

La “ciencia del proceso” nace en ámbito del proceso civil y pasa posteriormente al proceso penal, dentro del que se desarrolla como un reflejo procurando adaptar los nuevos conceptos a una sustancia diferente.

* Conferencia pronunciada en acto de incorporación como académica de número en sesión especial el día 16 de junio de 2015. La Académica fue presentada por el académico de número José I. Cafferata Nores

** La Académica incorporada ocupará el Sillón Manuel Lucero.

En consecuencia, el derecho procesal es reconocido como disciplina independiente en el siglo XIX cuando se delimitan sus instituciones y se deslindan principios teóricos propios que permiten cortar el cordón umbilical por el cual se alimentaba exclusivamente del derecho sustantivo.

Los estudios se inician en Europa por obra de la escuela alemana e italiana. Se estudian los poderes de realización, su naturaleza y funcionamiento, el proceso como institución, se analiza la relación procesal, el diverso posicionamiento de los sujetos y complementariamente se profundizan los principios que rigen el trámite.

Por otra parte, los acontecimientos políticos ocurridos en Europa influyen en las nuevas formulaciones. Así, en el Código Civil francés se incorporan postulados propuestos de la Revolución Francesa de orden constitucional- procesal. Vg. la separación de los poderes del Estado, derecho de peticionar ante los jueces, su inamovilidad, la necesidad de una justicia gratuita, la igualdad ante la ley, la obligación de fundar las sentencias, etc. Es decir, en un cuerpo de derecho privado se incorporan garantías constitucionales de carácter público y de esa misma forma se extiende a los demás países de Europa y posteriormente son tomadas en América.

La tarea de investigación comienza con el abordaje de los “poderes de realización”. (Acción, jurisdicción y excepción) que constituyen lo que se denominó como “trilogía estructural del derecho procesal”.

En un primer momento la mirada se concentra en la acción procesal y se procura establecer su naturaleza, modalidades y vinculación con el derecho sustancial. Posteriormente, se dirige al proceso como institución técnico jurídica y a la relación jurídico procesal, con el fin de determinar sus elementos e importancia. Luego se atiende a las denominadas categorías procesales propuestas por Goldschmidt¹. Por último, se consolida su carácter de disciplina científica cuando se elaboran además de las instituciones los principios propios del derecho procesal.

Debe afirmarse que los estudios iniciales dirigidos a la consolidación del derecho procesal científico suponen la previa aceptación de la Teoría del Proceso y se elaboran avanzando en forma metódica. La investigación sobre diversos aspectos continúa. El marco inicial se amplía y hoy se completa con la teoría de los actos procesales, de la actividad probatoria, decisoria, impugnativa, etc.

¹ GOLDSCHMIDT, James. Teoría General del Proceso. Editorial Labor. Barcelona, Madrid. Bs.As. Río de Janeiro. Año 1936.

II. Núcleos problemáticos

No es fácil el análisis de los temas centrales del derecho procesal en un orden cronológico estricto. Por ello apelamos en la presente exposición al señalamiento de núcleos problemáticos cuyas conclusiones son las que dan las bases definitivas a la ciencia del derecho procesal.

El primer aporte de significación lo efectúa en 1856 Windscheid cuando en su obra “La acción en el derecho romano” propone distinguir la acción procesal de la sustancial.

Afirma que la acción procesal es un poder de raíz constitucional que deriva de la garantía genérica de acceso justicia y es independiente de la acción sustancial. Además, Windscheid enfatiza en el carácter abstracto de la acción procesal esto es, la falta de referencia a una relación determinada. Aclara que posteriormente se concretiza por su contenido, la “pretensión” a la que el autor denomina en alemán como *anspruch*. La pretensión, no es otra cosa que “la afirmación de hechos con relevancia jurídica” en contra de otro sujeto (demanda, requisitoria fiscal).

La crítica a la Teoría de Windscheid aparece de inmediato y es Muther quien señala que la equivocación se concreta al mantener a la acción procesal en ámbito del derecho privado por considerar que se dirige solamente contra el demandado. Por tal motivo afirma que la acción procesal constituye “un derecho a la tutela jurídica” y no se dirige contra el adversario sino fundamentalmente frente al Estado. De esta forma completa la teoría de Windscheid y traslada el concepto de acción al ámbito del derecho público. Los amplios desarrollos que se realizan en torno al poder de acción resultan de aplicación para los otros poderes de realización (excepción y jurisdicción) que conjuntamente con la acción integran la denominada trilogía estructural del derecho procesal a la que hace pocos años aludieron Podetti primero² y posteriormente completa Clariá, quien además ordena sus elementos³.

Cada uno de estos poderes (acción, jurisdicción y excepción) derivan de una garantía constitucional. La acción se basa en el derecho de peticionar o de acceder a la Justicia; la excepción echa raíces en el derecho de defensa y por úl-

² PODETTI, Ramiro. Teoría y Técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil. Ediar S.A. Editores. Bs. As. Argentina 1963.

³ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal. Ediciones Depalma. Bs. As. 1982. Págs. 252 y ss.

timo la jurisdicción representa al departamento de Estado encargado de impartir Justicia.

Otro aporte de significación es el que realiza Oskar Von Bulow en el año 1868. Éste dirige su mirada al proceso en el marco de la relación jurídico procesal⁴.

Afirma que el proceso es un instituto técnico jurídico y que como institución madre del derecho procesal (debido proceso legal adjetivo) también se manifiesta en forma abstracta y se concretiza al diversificarse en los procedimientos. Estos últimos se muestran en vías procesales diseñadas por el legislador para la actuación del derecho (civil, penal, laboral, familiar, etc.) y se pueden distinguir tipos generales y especiales en cada una de sus manifestaciones. Además, en el proceso judicial se muestra una relación jurídico-procesal protagonizada por los sujetos titulares de los poderes de acción, jurisdicción y excepción no obstando el diferenciado posicionamiento en que se manifiestan en el trámite de lo procesal. Así en el proceso civil se muestran actor, juez y demandado y en el proceso penal acusador, juez e imputado que debatirán sobre un conflicto de intereses en el marco del Poder Judicial por procedimientos generales o especiales.

Von Bulow sostiene que la relación jurídico procesal es autónoma y diferente e independiente de la sustancial. La relación procesal sólo se concreta cuando concurren presupuestos procesales elementos condicionantes para que resulte válida.

Es así que con base en estos elementos se admite la existencia de dos relaciones independientes. Una relación jurídico procesal cierta, ineludible que se desenvuelve durante el trámite hasta el dictado de la sentencia. Por el contrario, la relación sustancial es eventual pues está condicionada al dictado de una sentencia que admita o rechace la pretensión.

Por último y antes de aludir a los principios mencionaré el aporte de James Goldschmidt en 1926. En un encomiable trabajo afirma que la esencia de la relación procesal está dada por las “expectativas jurídicas”, que tiene todo sujeto de obtener una sentencia favorable a sus intereses.

Puede decirse que Goldschmidt es el padre de las denominadas “categorías procesales” que son institutos técnico- procesales y que refieren al diverso po-

⁴ VON BULLOW, Oskar. La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Editorial Librería el Foro. Rodarnillas S.R.L. Bs. As. Argentina. 1968.

sicionamiento en que los sujetos se encuentran en la litis. Distingue cuatro situaciones que operan con diferentes alcances: la facultad o el simple derecho de acceder a la Justicia; la potestad del juez; la carga procesal y la carga pública.

El simple derecho o simple facultad se corresponde con el que tiene todo ciudadano de acudir a la Justicia cuando considera que se ha violado un derecho reconocido por una norma sustancial. Se trata de un simple derecho porque es una opción que tiene el sujeto de plantear su pretensión ante la Justicia o no hacerlo ya que podría válidamente renunciar a su ejercicio o acordar el conflicto con la contraparte sin intentar composición indirecta del conflicto.

La segunda categoría es la potestad que se corresponde y se concreta como el poder-deber de ejercicio obligatorio que tiene el juez de dirigir el trámite, proveer peticiones y en definitiva de dictar sentencia justa en un plazo razonable.

La carga procesal es propia del derecho dispositivo escrito; Goldschmidt expresa que las cargas procesales funcionan como “un imperativo del propio interés” que tienen los sujetos. Ello así porque deben actuar conforme la ley lo establezca o el juez lo ordene a fin de impedir el decaimiento de derechos o de generar una prueba indiciaria contraria a sus intereses.

Por último, la carga pública es una obligación que es impuesta a determinadas personas y si no cumplieren podrían ser compelidos a su realización por la fuerza pública. Así, un ejemplo de carga pública es la obligación que tiene el testigo de comparecer, declarar y decir la verdad.

III. Principios Procesales- concepto

Los principios procesales son directivas que provienen del derecho procesal clásico enriquecidos por las propuestas actuales y que encuentran su fundamento en normas constitucionales. Sus formulaciones son las que más movilidad han mostrado para adaptarse a nuevos requerimientos sociales.

Chiovenda, en el año 1900 publica su obra “Principios”⁵ y se pronuncia en forma enfática por la autonomía del derecho procesal; su pensamiento se completa con la publicación de “Sistemas”⁶.

⁵ CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanzas y Publicaciones S.A. Preciado 23 y 6. Puerta del Sol, 12. Madrid. Año 1902.

⁶ CHIOVENDA, José. Instituciones. Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Dere-

Chiovenda define y ordena los principios procesales clásicos en torno a los cuales se realiza el trámite judicial. Así contradicción o bilateralidad, formalismo, economía, publicidad, autoridad, etc.

Antes de tratarlos individualmente es necesario efectuar un deslinde preliminar entre los conceptos, principios y sistemas institutos que aunque se encuentran íntimamente vinculados aluden a realidades diferentes.

Los principios, se concretan como directivas u orientaciones que se dirigen al legislador o al juez para que sean utilizados a la hora de dictar o aplicar el derecho. Derivan de modo explícito o implícito de la Constitución Nacional. En consecuencia, su respeto es obligatorio porque mediatizan las garantías constitucionales.

Los “tipos o sistemas” pueden conceptualizarse como formas metódicas o estructuras orgánicas diseñadas por la ley, que son utilizadas a la hora de organizar los tribunales. La elección de un sistema tiene en cuenta especialmente al derecho sustancial sobre el que se va a resolver. Se presentan en duplas: así dispositivo- inquisitivo; oral- escrito; de única o doble instancia. Cabe señalar que ningún sistema se presenta en forma pura, sino que generalmente se presentan mixturados y exhiben algún rasgo del otro. Así el dispositivo siempre muestra un rasgo inquisitivo vg. medidas para mejor proveer o audiencias del art. 58 del CPC. El sistema oral no puede prescindir de la escritura, y el escrito no puede hacerlo con la palabra y así sucesivamente.

Puede afirmarse de los principios que inicialmente propone Chiovenda que algunos pierden actualidad o caen en desuso, otros mantienen su vigencia y en el momento actual se produce un fenómeno expansivo espectacular.

Con base en la Constitución Nacional, los Tratados incorporados y el Código Civil del año 1914 se proponen nuevas pautas generadoras de principios.

IV. Génesis

La fuente principal del reconocimiento de nuevos derechos, principios e instituciones es la Constitución Nacional de 1994. Ésta se muestra como un sistema integrado conjuntamente con los Tratados que se incorporan en lo que se denomina como Bloque de constitucionalidad.

cho Privado. Madrid. 1936.

Por ellos se reconocen nuevos y trascendentes derechos así: a un ambiente sano, a la protección a los consumidores y en lo procesal se habilita en forma directa la vía del amparo en el art. 43 C.N.

Sus ricas disposiciones dan impulso a nuevas ideas, pero los cambios no ocurren en forma inmediata, sino que se perciben en forma gradual y paulatina. Además, deben ser reconocidos y aceptados por los operadores del derecho y por los justiciables y además como no todas las normas constitucionales son directamente operativas en casos dependen de leyes reglamentarias. En este sentido acertadamente se ha expresado que tan importante como la Constitución son las leyes reglamentarias que se dictan para su funcionamiento.

Han pasado 20 años desde la sanción de la Constitución Nacional. Muchas leyes reglamentarias se propusieron; algunas fueron sancionadas y otras esperan aún de la tarea del legislador para poder cumplir sus fines.

De lo que no cabe duda hasta este momento es que la ley reglamentaria más importante es el Código Civil del año 2015 que por el estilo de sus disposiciones propone lo que se ha denominado como constitucionalización del derecho privado y comercialización del derecho civil.⁷

El nuevo código genera un nuevo orden sistémico que importa un cambio significativo respecto del Código que se deroga. Sus normas amplían el espectro de tutelas. Así protección del consumidor, del ambiente, el reconocimiento de la biodiversidad, del patrimonio cultural, la tutela de sujetos vulnerables, la protección de los derechos humanos, la eficiencia del sistema de justicia; también la protección constitucional de la vivienda art. 14 C.N. y 244 a 256 del C.C que derogan la Ley N° 14394.

Debe decirse que, aunque se trata de un Código sustancial contiene numerosas disposiciones y principios de carácter procesal.

En primer lugar, se propone un juez diferente; por tal motivo las normas que orientan su actividad les impone una nueva fisonomía y se los considera operadores relevantes en el trámite y se depositan respecto de ellos una gran cuota de confianza.

En materia de Principios se insiste en el de igualdad real, regla ya incorporada en forma expresa en la reforma de 1994; también se ensancha el derecho

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Apuntes proporcionados en Clase Conferencia el 21 de abril de 2015 en Universidad Empresarial Siglo 21. Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Procesal “Alfredo Vélez Mariconde”.

de acceso a la justicia, a la protección de sujetos en condiciones de vulnerabilidad; y la sanción de conductas reprochables como lo son el abuso del derecho y del proceso.

El título preliminar contiene directivas que son comunes a todas las cuestiones. Así dispone que el juez al resolver lo hará mediante una sentencia “razonablemente fundada” (art. 3 C.C.). En el art. 9 se insiste respecto del principio de buena fe. Esta regla clásica es ratificada en diferentes normas (961, 991 y 1061 referidos a los contratos). El art. 12 establece límites para las cuestiones vinculadas al orden público expresando que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto leyes en cuya observancia se encuentra interesado el orden público”. El art. 10 proscribe el abuso del derecho y el art. 11 restringe el abuso de posición dominante.

Además, se desalienta el conflicto, se procura desactivar el litigio y se propone el arbitraje para que las partes puedan acordar la solución de sus problemas.

Ya lo decía Morello: justicia de pequeñas causas para asuntos vecinales; el uso del arbitraje para los de trascendencia económica y una Justicia ordinaria residual⁸.

Es decir, se trasunta que el objetivo es achicar la masa litigiosa, desactivar los índices de litigiosidad y, de esta manera asignar al trámite un camino directo para el dictado de una sentencia en un plazo razonable.

V. Principios Procesales

Aludiré brevemente a principios procesales actuales que amplían los conceptos tradicionales. En algunos casos se mantienen las fórmulas clásicas, en otros se las enfatiza o se generan una suerte de subprincipios a fin de adaptarlos a las circunstancias actuales.

Un principio procesal que es rector en casos sensibles de contenido extra patrimonial es el de la tutela judicial efectiva. Esta directriz ha sido ubicada en el vértice de la escala valorativa y comprende el derecho que tiene todo ciudadano de participar con amplitud en el proceso.

⁸ LORENZETTI, Ricardo. Diario La Nación, 24/05/2015. Pág. 3.

Es decir, se garantiza el derecho de acceder a los tribunales, de ser escuchado, de defenderse y producir prueba en igualdad de oportunidades respecto a la parte contraria (art. 16 CN). Por último, que el conflicto debe culminar con una sentencia razonablemente fundada y que sea emitida en un plazo razonable. (Art. 3 C.C.)

Debe decirse que la garantía de la tutela judicial efectiva encuentra como precedente los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en las llamadas “Reglas de Brasilia”.⁹

El principio de buena fe y lealtad se apoyan en una fórmula clásica utilizada en los albores del derecho procesal, que se potencia en el momento actual y derivan en múltiples subprincipios (Art. 9 del Código Civil de 2015). Actualmente es denominada como de Principio de Moralidad y sus aplicaciones se diversifican.

Desde una concepción publicista del Derecho Procesal se manifiesta como deberes procesales de las partes. Así el deber de veracidad, el de dar al Juez información patrimonial cuando éste la requiera, el de claridad en la formulación de las pretensiones, etc.

Se amplía además en la regla de solidaridad o colaboración que se basa en obligaciones de las partes hacia el Juez y hacia el proceso. La colaboración reclama un *mínimum* y un *máximo* de actividad de las partes y del Juez en la empresa común. En el primer aspecto se señala como económico y preventivo la actividad del Juez en utilizar sin temor decisiones como: el rechazo “*in limine*” de planteos claramente improcedentes; el impulso de oficio en determinadas circunstancias; la posibilidad de ordenar pruebas de oficio y de disponer medidas conminatorias. Estas actividades se muestran como la contracara del “abuso del proceso”.

Complementariamente se requiere la colaboración de las partes en un sinnúmero de situaciones, caso contrario se considerarán elementos probatorios contrarios al renuente. Son ejemplos: 1) cuando un sujeto se resistiere a some-

⁹ La Cumbre Judicial Iberoamericana (4,5 y 6 de marzo del año 2008), dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, elaboró unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. En este punto es dable destacar que en la Exposición de Motivos se expresa que “*El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho*”.

terse a la prueba de ADN; 2) cuando desconoce una orden judicial y, por ejemplo, no se acompaña una documental que obra en poder de las partes y es indispensable para la definición justa de la causa, etc.

Por otra parte, los códigos procesales actuales autorizan a los jueces para obtener elementos probatorios de la conducta procesal de las partes. (arts. 316 CPC y 163.5 2ª parte del CPCN). Pero la jurisprudencia además extiende el alcance de estas disposiciones y con fundamento en este principio se valora ya no sólo la conducta procesal, sino la conducta desplegada por actor y demandado en sus roles personales que se vinculan con la cuestión a decidir (vg. Rol de madre o padre, de vendedor o comprador, de arrendador y arrendatario).

Otro subprincipio es el que impone el deber de hablar claro en el ámbito procesal y el mandato se dirige tanto al Juez como a las partes. Se lo ha denominado en la jerga tribunalicia con la expresión latina de “clare loqui”, “hablar claro”.

Esta pauta encuentra fundamento en la tendencia de los operadores del derecho de utilizar en forma innecesaria lenguaje demasiado técnico manteniendo fórmulas residuales que confunden. A ese efecto se reclama el uso de un lenguaje sencillo, frases breves y fácilmente entendibles por los operadores del derecho y también para los justiciables que son sus verdaderos destinatarios.

Así ha sido normatizado en Reglamentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. También la Comisión redactora del Código Civil de 2015 en el prólogo del anteproyecto señala la necesidad de usar lenguaje sencillo.

El principio de publicidad constituye una garantía indiscutida para el justiciable y favorece la transparencia de la actividad en la administración de justicia. Couture puntualiza que “el principio de publicidad es de la esencia del sistema democrático de gobierno”¹⁰ y permite un control adecuado de la función de los jueces.

Los cuerpos formales consagran la regla en términos generales, expresando que “las actuaciones del proceso y sus resoluciones serán públicas”. A su vez, como excepción, se limita la publicidad en casos concretos y por diferentes motivos: así cuando existe un interés prevalente que justifique la reserva de las actuaciones como la intimidad de las personas.

¹⁰ Couture, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Ed. Depalma. Bs.As. 1978. Pág. 2.

En este sentido debe decirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un Reglamento en el que se ordena poner a disposición del litigante la información de la rotación de expedientes entre los diversos jueces del Cuerpo. También se ha creado la oficina de información Judicial (CIJ) que puede consultar cualquier ciudadano y se ha invitado a las provincias para que lo hagan.

Otra pauta de relevancia es la “flexibilización de las formas” vinculadas al concepto de verdad jurídica objetiva. Ello ocurre con motivo de la rígida adhesión de los Códigos procesales al sistema dispositivo escrito, la sentencia se satisfacía con lo que ha sido denominado como verdad formal lo que importaba dar prevalencia a las formas y la actividad del juez durante el trámite casi se limitaba al dictado de la sentencia.

Con la clara voluntad de superar la distorsión se propone el concepto de “verdad jurídica objetiva”. La verdad jurídica objetiva, aceptada sin oposición desde hace muchos años, proclama que “el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, sino con una actividad genuina destinada al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte¹¹. Esta figura cuenta con la aceptación unánime de los sectores judiciales a partir del leading case “*Colalillo Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de la Plata*” que dio origen a largos desarrollos posteriores¹².

El concepto es en la actualidad aceptado con categoría de principio y debe recordarse que en la década del 80’ Morello¹³ reclamó esta ecuación y la denominó como “rebelión contra el formalismo”. También enfatizó al decir “los principios procesales reflejan valoraciones de las comunidades y por lo tanto deben ser interpretados en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse”¹⁴.

Otro nuevo principio es el de conciliación, incluido en todos los códigos formales desde hace muchos años, pero escasamente utilizado.

La conciliación debe ser operada por el Juez en forma personal en una audiencia en la que rige el principio de inmediatez y es esencial en orden a la pacificación del conflicto. El contacto directo e informal posibilita que el juez

¹¹ BERTOLINO, Pedro Juan. El exceso ritual manifiesto. LEP. La Plata. 2003.

¹² 18-9-57 (Fallo 238-550).

¹³ Morello, Augusto.- El proceso justo- LEP- Bs. As. 1994. Pág. 195.

¹⁴ Masciotra, Mario y Carnemolla, Fernando - El principio formalismo o finalista del proceso- La Ley Bs. As.23/04/2011.

realice diversas actividades: informar a las partes sobre el alcance de sus derechos y obligaciones, desactivar el conflicto o sugerir vías procesales más beneficiosas para su solución. En este aspecto el Juez cumple una función docente y de acompañamiento. Con ella se procura obtener soluciones consensuadas, que cuando han sido sugeridas por las mismas partes, benefician sin duda la posibilidad de cumplimiento espontáneo de lo acordado.

La pauta clásica del principio de libertad y amplitud probatoria encuentra fundamento en la fórmula del art 18 de la Constitución Nacional. En la actualidad además se extiende con nuevas formulaciones que actúan como subprincipios.

Así el “favor probationes” ha sido desarrollado bastante por el catedrático español Muñoz de Sabate para casos en que la actividad de probar se torna objetivamente difícil¹⁵.

Expresa el autor que “*cuando en la dilucidación de los hechos se genera una evidente dificultad previa su efectiva constatación*”, debe concederse el favor. En síntesis, la formulación indica al Juez que, frente a puntuales dificultades, deberá proveer al esclarecimiento de la cuestión eliminando los obstáculos que se interpongan.

La regla opera en orden a la admisión o valoración de medios probatorios; es decir, se propicia el ingreso del elemento acreditativo y se sugiere a los jueces que utilicen el favor probationes como pauta a la hora de valorar medios de prueba cuando se trata de casos de prueba difícil.

Muñoz de Sabate en su “Tratado de la probática judicial” formula un catálogo de pruebas dificultosas. La dificultad puede derivar de la propia naturaleza de los hechos o de sus circunstancias¹⁶.

Así son de difícil acreditación por el hecho mismo algunos casos como los ilícitos o la impotencia coendi. También enumera circunstancias obstativas de la producción de la prueba. Las denomina en latín y entre otras señala “locus” (lugar), “tempus” (tiempo), carácter (carácter) entre otros.

Por el lugar donde suceden son dificultosos por ejemplo los conflictos familiares. Ello así porque como expresa Kielmanovich¹⁷ suceden entre cuatro pa-

¹⁵ MUÑOZ DE SABATE, Luis. Tratado de la probática judicial. José Mo. Bosch Editor S.A. Barcelona, España. 1994.

¹⁶ MUÑOZ DE SABATE, Luis. Ob. Cit. Pág 18.

¹⁷ KIELMANOVICH, Jorge. Procesos de Familia. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. Año 1998. Págs. 202 y ss.

redes, en la intimidad del hogar, sin más presencia que la de miembros directos del grupo familiar o personal del servicio doméstico. Por el transcurso del tiempo por ejemplo cuando se trata de un documento antiguo que ha sufrido deterioro, etc.

También se propone eliminar de los códigos formales la figura de testigo excluido (art 308 CPC y 444CPN). Se trata de aquellos sujetos que por razones de parentesco, amistad o afecto se encuentren vinculados a las partes y sus declaraciones teñidas de falta de imparcialidad.

La tendencia actual es admitir esas declaraciones y que sea el juez quien utilice la vinculación como elemento de valoración. En síntesis, se eliminan los vericuetos del testigo necesario para, sin eufemismos, establecer que los parientes, amigos íntimos o vecinos pueden y deben declarar como testigos con la triple obligación de comparecer, declarar y decir la verdad y será el juzgador quien aprecie su valor según sus circunstancias.

Conclusión

La vigencia de la Teoría General del Proceso según lo expresara Clariá se manifiesta cuando se logra el tratamiento unificado de instituciones comunes y que comprende a todas sus ramas.

En la actualidad no cabe duda que entre los objetos de conocimiento del derecho procesal civil, penal, laboral, familiar, existen elementos homogéneos importantes y que son suficientes para justificar una “teoría general”. Así es posible delimitar aspectos comunes al derecho procesal civil, penal, familiar, laboral, concursal, etc. y establecer si las diferencias o contraposiciones resultan solamente de la diversa índole de los intereses puesto en juego (derecho sustancial).

Por otra parte, los aportes de la doctrina clásica determinan la existencia de instituciones y principios que se adecuan a los postulados del derecho procesal actual.

Pueden distinguirse, sin embargo, aspectos que son propios de cada rama (civil, penal, familiar, laboral). En tal sentido en la mayoría de los casos la materia común se concentra casi estrictamente en reglas que refieren a la organización judicial, la competencia y principios. Es decir, el tratamiento común no

opera en lo que refiere a las vías procesales cuya determinación corresponde a los diversos sectores teniendo en cuenta la materia que va a ser objeto de actuación.

Las categorías procesales de naturaleza estrictamente científica se mantienen, aunque son objeto de ajustes. Por ejemplo, el Código Civil de 2015 propone una visión diferente del juez, en el que deposita una alta cuota de confianza y le confía tareas de relevancia para el trámite ante la Justicia. Sus autores expresan que la actividad del juez es fundamental para el buen funcionamiento del Código. Es decir, se señala un nuevo perfil para un juez y se pretende que actúe más allá de todo ritualismo, y a esos efectos se lo autoriza a dictar medidas que adelanten el final del proceso, órdenes para mejor proveer, modificar las reglas de la carga probatoria para imponerla en cabeza de quien se encuentra en mejores condiciones para producirla (cargas dinámicas), también flexibilizar el principio de congruencia si las partes no han planteado correctamente sus pretensiones¹⁸.

Por otra parte, se acentúan las cargas y deberes de las partes. Éstas deben participar con probidad y buena fe y su conducta puede ser valorada por el juez como elemento acreditativo positivo o negativo.

Cabe afirmar que el nuevo Código Civil es generador de un nuevo orden sistémico y es el factor de integración del derecho privado con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales y ello trasciende a la materia procesal.

Se muestra como un código sustancial con numerosas reglas y pautas procesales que se consideran indispensables a fin de concretar las metas que se ha propuesto. Así se incluye en su articulado el desplazamiento de la obligación de probar quién se encuentra en mejor situación para hacerlo. Es decir, se receptan las denominadas “cargas probatorias dinámicas” en ámbito de la responsabilidad civil (art. 1735) y también en el procedimiento de familia con mayor amplitud (art. 710).

Por otra parte, la constitucionalización del derecho privado no es proclamada, sino que se hace efectiva. Así se pone énfasis en asegurar la igualdad real, la atención de personas en condiciones de vulnerabilidad, la protección de la vivienda y proscripción del abuso del derecho y del proceso (arts. 10, 11 y 14) y límites para asuntos vinculados al orden público (art 12).

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría de la decisión Judicial. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Año 2008. Pág. 158.

Se insiste en la prevención del conflicto y a esos efectos se procura que el conocimiento y aceptación por parte de los ciudadanos sobre la forma de ejercer sus derechos incida en la Justicia y que éstos a su vez valoren que la respuesta judicial es por regla la última alternativa que tienen para la defensa de sus derechos. De ahí que se incluyen disposiciones disuasivas, restrictivas.

Por último, decir que el Código Civil de 2015 exige una depurada teoría para la confección de las sentencias, las que deben ser “razonablemente fundadas”.



Responsabilidad del Funcionario Público*

JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA**

El funcionario público tiene una serie de deberes y de prohibiciones que si son quebrantados traen aparejada su responsabilidad.

Los deberes jurídicos, así como las prohibiciones, figuran en los Estatutos para el Personal de la Administración Pública.

La transgresión a un deber o a una prohibición puede traer como consecuencia una triple responsabilidad: 1) Disciplinaria por constituir una falta de disciplina y la sanción será también de carácter disciplinaria. 2) Si esa falta de disciplina además constituye delito tendrá responsabilidad penal y puede ser sancionado con una privación a la libertad y traer como pena accesoria la inhabilitación por un tiempo determinado. 3) Si además esa falta de disciplina ha provocado un daño al Estado, a otro funcionario o a un tercero tendrá responsabilidad civil y estará obligado a reparar el daño producido.

Es por esta razón que estas responsabilidades no son excluyentes, ya que un hecho irregular puede generar las tres responsabilidades y, por lo tanto, tres clases de sanciones distintas; porque se trata de tres géneros distintos de responsabilidad, cada una con su dominio propio. Son tres bienes jurídicos distintos protegidos individualmente.

El fundamento jurídico de la responsabilidad está en la violación de un deber o de una prohibición jurídica y, tanto el uno como el otro, solo existen para los sujetos capaces de conocerlo y de obrar en consecuencia; es decir, sujetos imputables, y, por ello, su responsabilidad tiene en esos principios su fundamento jurídico¹.

* *Exposición efectuada en el marco de la XXI Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho (6 y 7 de octubre de 2016).*

** *Académico de Número y Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

¹ Altamira, Pedro Guillermo: "Curso de Derecho Administrativo" Ed. Depalma Bs.As

Los máximos funcionarios, como por ejemplo, el Presidente de la República, el Vicepresidente, Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros, los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el orden federal y el Gobernador de la Provincia, el Vicegobernador, los Ministros y los miembros del Tribunal Superior de Justicia en el orden provincial tienen otro tipo de responsabilidad: la política que, como bien dice Marienhoff² surge cuando está en juego el interés general de la sociedad, lesionado en la especie por la conducta de los funcionarios mencionados en el art. 45 de la CN (hoy art. 53).

Es sumamente importante analizar la responsabilidad del funcionario público porque en numerosas oportunidades ha actuado con culpa, con negligencia y en algunas ocasiones incluso con dolo produciendo daños al Estado, a otros funcionarios o a terceros y, por lo general, el que responde es el Estado porque la víctima difícilmente inicie juicio al funcionario responsable y lo dirige directamente contra el Estado quien, excepcionalmente, regresa contra el funcionario que cometió el daño.

Estoy convencido que si las víctimas iniciaran juicio al funcionario que produjo el daño el Estado tendría muchos menos juicios y ese dinero que se ahorra en indemnizaciones podría ser utilizado para mejorar los servicios públicos, los hospitales o las escuelas.

Coincido con Gordillo³ cuando sostiene que: “... *la inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales; entendemos por ello, en suma, que el problema de la responsabilidad del Estado nunca debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos...*”.

Voy a analizar a continuación cada una de las responsabilidades que he mencionado comenzando por la responsabilidad política, que como la penal y la disciplinaria son de carácter personal y, por ello, si el funcionario muere las consecuencias no trascienden a sus herederos, lo que no sucede con la civil que la obligación de reparar los daños ocasionados puede caer en cabeza de los herederos.

1971, Pág. 636/7.

² Marienhoff Miguel S: “Tratado de Derecho Administrativo” Ed. Abeledo- Perrot Bs. As 1970, T. III- B, Pág 369.

³ Gordillo Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas” ed.Fundación de Derecho Administrativo. Bs As. 2013 T-8. Pág 537.

Responsabilidad Política

Este tipo de responsabilidad que solo la tienen los funcionarios que se mencionan en el art. 53 de la C.N. Es como consecuencia del mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes y es por esas causales que pueden ser sometidos a juicio político, cuya iniciativa solo la tiene la Cámara de Diputados (art.53) y al Senado le corresponde juzgar a los acusados por la Cámara de Diputados (art.59). El fallo que se dicte si es condenatorio tendrá como único efecto destituir al acusado y la condena accesoria será declararlo incapaz para ocupar ningún otro empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación (art.60).

O sea que además de destituirlo puede establecer la inhabilitación para ocupar cualquier otro cargo, ya sea en el orden nacional provincial o municipal, pero no puede suspenderlo ni llamarle la atención.

Curiosamente la Cámara de Senadores puede lo más: excluirlo de la función, pero no puede lo menos: amonestarlo o suspenderlo. Este es un típico caso de excepción al principio general del derecho que “quien puede lo más puede lo menos”.

Sólo podrá ser sometido a consideración de la justicia penal o el perjudicado (el mismo Estado o un tercero) iniciar un juicio de responsabilidad civil una vez que haya sido destituido o que haya cesado en el cargo.

Si bien es el juicio necesario para destituir a ciertos funcionarios y magistrados, es de naturaleza política y, por ello, es competente un cuerpo político y sus efectos son también políticos. Ello trae como consecuencia que la Cámara de Senadores goza de discrecionalidad para valorar la conducta del acusado, pero con relación a los hechos que se le imputan tienen que ser probados y el funcionario tiene derecho a ejercer su defensa, como es el de ser oído, el de ofrecer prueba que acrediten su inocencia o disminuya su responsabilidad, bajo pena de nulidad. Con mayor razón si se lo condena por hechos que no le fueron imputados y que surgieron en el desarrollo del proceso y por los cuales no pudo hacer descargo ni ofrecer prueba. (Art. 18 de la CN)).

Como es un tema propio del derecho Constitucional⁴ no me voy a extender en su consideración⁵.

⁴ Gelli, María Angélica: “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, ed. La Ley, Bs.As. 2008, t.II, págs. 32 y ss.

⁵ Quiroga Lavié, Humberto: “Constitución de la Nación Argentina comentada”, Zavallia Editor, Bs.As. 1996, págs. 271 y ss.; Sagües, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho Cons-

Responsabilidad Penal

He dicho al comenzar que el acto irregular o la omisión indebida del funcionario público pueden aparejar responsabilidad penal. Se trata de transgresiones que además de constituir faltas de disciplina son consideradas por el Código Penal como delitos.

Esos hechos o esas omisiones pueden ser productos de la culpa o del dolo y la responsabilidad existe, aunque haya dejado de ser funcionario público en virtud que finalizó el sumario administrativo y fue sancionado con cesantía.

Es digno de destacar que entre la responsabilidad penal y la disciplinaria puede mediar alguna conexión y no son excluyentes la una de la otra y, por ello, como ya lo he dicho un mismo hecho puede motivar la iniciación de un sumario administrativo que finalice con una sanción disciplinaria y la denuncia penal que finalice con una sentencia de condena, en virtud que el hecho que se imputa constituye delito. Es por esa razón que ha sido condenado a una pena privativa de la libertad y a una inhabilitación como sanción accesoria.

También es digno de destacar que la intervención de la justicia penal no suspende la instrucción de un sumario administrativo, el que debe necesariamente continuar hasta su finalización con la imposición de la sanción que corresponda, sin esperar el dictado de la sentencia del juez penal, ya que no hay prejudicialidad entre la justicia penal y la actuación sumarial administrativa.

Indudablemente que si el juez en lo penal dicta un sobreseimiento porque se ha probado que el imputado no cometió el hecho que se le atribuye, la cesantía no quedará sin efecto como consecuencia del fallo judicial hasta tanto la Administración no la revoque por contrario imperio, lo que puede suceder de oficio o a petición del interesado.

Distinta es la situación si el juez decide que el hecho no constituye delito, porque no obstante esa decisión el hecho puede constituir falta de disciplina y, por ello, la sanción de cesantía está bien aplicada.

Los delitos más comunes que puede cometer un funcionario público son el de cohecho⁶, o sea aceptar dádivas, obsequios, recompensas, o cualquier otra

titucional”, ed. Astrea, Bs.As. 1999, pág. 690 y ss.

⁶ Creus, Carlos: “Derecho Penal” Ed- Astrea. Bs.As. 1988 T-2 pág 279 y s.s.; Laje Anaya, Justo: “Estudios de Derecho Penal” Ed- Lerner. Cba 2000 T-2 pág 263 y s.s; Laje Anaya, Justo: “Comentarios al Código Penal” Ed- Depalma. Bs.As 1981 T-3 pág 99 y s.s; Nuñez, Ricardo.C: “Derecho Penal Argentino” Ed- Omeba Bs. As. 1964 T-4. pág 126 y s.s; Soler,

ventaja con motivo de la función; Violación o incumplimiento de los deberes del funcionario público⁷ como son: realizar gestiones administrativas a favor de terceros, hacer contrataciones directas invocando urgencia y, por ello, eludir la obligación de llamar a licitación pública; aumentar en un 20% los trabajos a realizar en un contrato de obra pública con el objeto que la empresa que está ejecutando la obra pueda al finalizar la misma tener una mayor calificación en materia de capacidad de obra, que se anotará en el Registro de Constructores de Obra Pública, y además realizar una obra que no lo podría haber hecho por falta de capacidad técnica por la cantidad de metros cubiertos que finalmente ejecutó; omitir realizar los ensayos y análisis de los materiales a emplear en la obra para el certificado de acopio; omitir controlar que los materiales empleados sean los acopiados. Otros delitos que suelen cometer: malversación de caudales públicos⁸; realizar hechos, actos u omisiones que hayan producido daño a la hacienda pública. Haberse enriquecido durante su gestión o con motivo de la función; haber sustraído bienes, confiado su custodia, utilización o examen; etc.

Son todos ejemplos de corrupción que atentan con la ética en la función pública,⁹ En lugar de servir a la función, se sirven de ella.

Se olvidan que la función pública es un servicio y deben trabajar para mejorarla en lugar de utilizarla para beneficio propio¹⁰.

En numerosas oportunidades el contratista es el que induce al funcionario a no cumplir con sus obligaciones, por ejemplo la actividad de control, porque cuando hay un funcionario corrupto por lo general hay también un administrado corrupto¹¹.

Sebastian: "Derecho Penal Argentino" Tipográfica Editora Argentina. Bs. As 1956 T-5 pág 176 y s.s.

⁷ Creus, Carlos ob. Cit. T-2 Pág 256 y s.s; Laje Anaya, Justo: "Comentario..." T-3 pág 75 y s.s; Soler Sebastián ob. Cit. T-5 pág 152 y s.s.

⁸ Creus, Carlos ob. Cit T-2. Pág 292 y s.s; Laje Anaya, Justo: "Comentarios..." T-3. pág 115 y s.s; Nuñez, Ricardo C. ob. Cit T-4 pág 372 y s.s ; Soler, Sebastián: ob.cit T-5 pág 188 y s.s

⁹ González Pérez, Jesús: "La ética en la Administración Pública", Madrid 2000, ed. Civitas, pág. 27 y ss.

¹⁰ Rodríguez Arana Muñoz, Jaime: "Principios de la ética pública", Madrid 1993, ed. Montecorvo, pág.23 y ss.

¹¹ Jeanneret de Pérez Cortés, María: "Ética Pública y Corrupción. La corrupción como desviación de poder" en: "Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público", Bs.As. 2005, ed. RAP, pág. 651.

En estos supuestos no hay duda alguna que se trata de un obrar antijurídico que debe ser declarado inválido por sentencia judicial por el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo. Además, se deben pasar los antecedentes a la justicia penal, quien tiene competencia para juzgar esa conducta y aplicar una pena prevista en el Código Penal.

La condena penal es la causa para transformar una cesantía en exoneración y ésta produce la inhabilitación por un término determinado de años para ser agente de la Nación, de una Provincia o de algún Municipio.

La inhabilitación no cesa en forma automática, sino que es necesario que el interesado solicite la rehabilitación.

Responsabilidad civil

El art. 1716 del Código Civil y Comercial expresamente establece que: *“la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme con las disposiciones de este código”*.

En consecuencia, existe un deber de no dañar a otro, así como el de cumplir con las obligaciones contraídas. Si como consecuencia de ello se produce un daño existe la obligación de repararlo.

Esta misma obligación estaba en el Código de Vélez Sarsfield en el art. 1109 y contenía una regla general de la responsabilidad civil de toda persona cuando dice: *“todo el que por su culpa o imprudencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio”*.

Esta regla de la responsabilidad civil rige para toda persona sea o no empleado público que con su actuación o con su omisión ha producido un daño.

El damnificado de un hecho injustamente dañoso tiene derecho a exigir la reparación con independencia que el daño haya sido causado por un particular o por el Estado.

Se han expuesto distintas opiniones para el fundamento de la responsabilidad, ya que para García Martínez¹² está dado “en el principio de no dañar a otro”; para Fiorini “en la ofensa de los derechos adquiridos y reconocidos a los parti-

¹² García Martínez, Roberto: “La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho”, L.L.1986-B-108.

culares”¹³; para Díez en la “violación de los derechos que la misma Constitución consagra en sus arts. 14 a 20... la que existe sea que los agentes actúen con o sin culpa y aunque la misma surja de un acto legítimo, porque su antijuridicidad en este supuesto arrancarí­a de su conflicto con la Constitución”¹⁴.

Cualquiera sea el fundamento que se utilice, el damnificado tiene derecho al restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el daño, y ello es así no solamente porque el Código Civil y Comercial lo establezca, sino también por principios del derecho natural que velan por la estricta justicia y por la equidad.

En esta línea de pensamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo el 23/09/1976 en los autos: “Vieytes de Fernández c/ Pcia de Bs. As.”¹⁵ que “... el principio de reparación justa e integral, admitida pacíficamente por la jurisprudencia, ha de entenderse en un sentido amplio de compensación justa e integral de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones, conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica que ha perdido su originaria medida representativa; aquél denominador común a que se hizo referencia supra, afectado por progresiva depreciación, ya no resulta apto en su signo nominal para conmensurar con adecuada equidad prestaciones cuyo cumplimiento se ha distanciado del tiempo por la mora culpable o la conducta ilegítima de quien ha permanecido deudor. En tal situación, de no actualizarse los créditos conforme a pautas que equilibren los valores tenidos en cuenta en el origen de la obligación, no se daría el necesario ajuste que exige la justicia, pues mientras el derecho del ahora deudor fue plenamente satisfecho, el del que permaneció acreedor por culpa de aquel se vería correspondido solo en ínfima parte, lo que atenta contra la justicia y la equidad”.

En algunos casos resulta imposible que el damnificado pueda ser repuesto en la misma situación que se encontraba antes del hecho dañoso y, en esos casos, ese derecho a la reposición en la misma situación anterior se transforma en un derecho de crédito.

Al analizar la responsabilidad del Estado se advertirá que es necesario distinguir cuando el Estado causa un daño obrando ilegítimamente que cuando lo produce actuando en forma legal.

¹³ Fiorini, Bartolomé A: “Manual de Derecho Administrativo”, ed. L.L., Bs.As. 1968, t.II, pág.1098.

¹⁴ Díez, Manuel María: “Derecho Administrativo”, ed. Plus Ultra, Bs.As. 1971, t.V, pág.43 y ss.

¹⁵ L.L. 1976- D-341.

Esta distinción divide a la doctrina, pues para los civilistas¹⁶ no se puede hacer esa distinción porque el problema hay que analizarlo desde la víctima, con prescindencia del dañador.

La obligación de reparar, enseña Lopez Mesa¹⁷ “...*nace cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente, pues los individuos están sometidos a un orden jurídico, con el doble alcance de observar el deber de cumplir las normas o atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento, que consiste en este caso en la indemnización de los daños y perjuicios...*”.

El problema que se presenta es la extensión del resarcimiento en la responsabilidad según se trate de una responsabilidad subjetiva u objetiva.¹⁸

En cambio los administrativistas¹⁹ sostenemos que en la responsabilidad estatal se debe distinguir si el daño ha sido ocasionado por su actuación legítima o ilegítima, ya que en el primer caso, la reparación es integral; en cambio en el segundo supuesto la reparación es parcial, porque procede el daño emergente en su totalidad y una parte del lucro cesante cuyo monto el juez deberá determinar en cada caso²⁰.

Hay otros autores del Derecho Administrativo²¹ que sostienen que el alcance a la reparación debida por el Estado a los particulares agraviados por el ejercicio lícito de la función administrativa tiene un límite, ya que no procede el lucro cesante, pues debe regir el mismo criterio que ha tenido el legislador para establecer la justa indemnización en materia de expropiación por razones de interés público.

¹⁶ Pizarro, Ramón Daniel “Responsabilidad del Estado y del Funcionario público” Ed- Astrea. Bs. As. 2016 T-2. Pág. 392 y s.s

¹⁷ Trigo Represas, Félix A., Lopez Mesa, Marcelo: “Tratado de la Responsabilidad Civil”, ed. L.L. Bs.As. 2004,T.I, pág. 16.

¹⁸ Bueres, Alberto. J: “Responsabilidad contractual objetiva” j.a 1989- II- 964 y s.s; Llam-bías Jorge J.: “El límite de la reparación en la responsabilidad objetiva” L.L 1980- b- 1119 y s.s.

¹⁹ Cassagne, Juan Carlos “Derecho Administrativo” Ed- Abeledo Perrot. Bs. As. 2008 T-1 pág 490 y s.s

²⁰ Altamira Gigena, Julio Isidro: “Lecciones de Derecho Administrativo”, 2da. Edición, ed. Advocatus, Cba. 2011, pág. 384 y ss.

²¹ Marienhoff, Miguel. S: “Tratado de Derecho Administrativo” Bs. As 1992. Ed- Abeledo Perrot T-4 pág 123 y s.s; Comadira, Julio. R: “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación.” En : “Derecho Administrativo” Ed- Abeledo Perrot. Bs. As 1996 pág 415 y s.s.

La responsabilidad que analizamos requiere que el funcionario haya obrado en el ejercicio de sus funciones y que el daño sea causado por “incumplimiento de sus obligaciones legales”. Además, se requiere que su actuación sea “irregular”.

El perjuicio puede ser producido en el ejercicio de la función como consecuencia de una falta personal, porque ha obrado con culpa o negligencia o como consecuencia de una falta de servicio, ya sea porque éste se prestó tardíamente o directamente no se prestó.

En cualquiera de estas dos situaciones hay que utilizar como plataforma jurídica el art.9 de la Ley N° 26.944²² que expresamente establece: “*La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización*”.

Es por todos conocido que el funcionario público tiene en materia patrimonial dos clases de responsabilidades: Una contractual y la otra extracontractual.

La primera es con motivo de los daños y perjuicios que ha ocasionado al Estado y en el orden nacional durante la vigencia del decreto-Ley N° 23354/56 (Ley de Contabilidad) el control de esa responsabilidad estaba a cargo del Tribunal de Cuentas del Nación, quien ejercía un control de legalidad y fiscalizaba las operaciones financieras- patrimoniales del Estado.

A este Tribunal se le otorgó potestades jurisdiccionales teniendo a su cargo la sustanciación de los juicios “de cuentas” y los administrativos “de responsabilidad”.

En el régimen del mencionado decreto-ley se distinguía la responsabilidad contable de la administrativa. En la primera no era necesario ser empleado público, ya que tenía obligación de rendir cuentas toda aquella persona que se encontraba con atribuciones para administrar, recaudar, invertir o disponer de fondos o valores públicos, aunque no sea Funcionario público.

²² Agustín Gordillo: (“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs.As.2014, t.2., pág.681), considera a esta ley de “dudosa constitucionalidad y sobre todo con graves fallas de justicia, equidad, razonabilidad, etc...”.

El Tribunal de Cuentas examinaba los aspectos formales, contables, legales, numéricos y los documentos en los que se apoyaban para esa rendición. En el supuesto en que no se hubiese acreditado debidamente el gasto efectuado, el Tribunal debía formular el cargo correspondiente. Este procedimiento se denominó: “juicio de cuentas”.

También estaba prevista la responsabilidad administrativa de carácter patrimonial mediante una instrucción sumarial que realizaba el Tribunal de Cuentas para averiguar si había habido algún perjuicio fiscal durante el ejercicio de la función pública.

Este Tribunal ha sido reemplazado por dos nuevos organismos: La Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGEN).

Este tipo de responsabilidad del funcionario público es de carácter contractual, regida por el derecho administrativo y no es a la que se refiere el art. 9 precedentemente transcripto, ya que regula la actividad extracontractual y los daños pueden ser ocasionados como consecuencia de la actividad o de la omisión, siempre y cuando fuese en el ejercicio de su función, pero, recalco, debe ser irregular, pues de lo contrario responde el Estado.

Esta es la causa de su obligación de reparar. O sea, el no acatamiento a las normas vigentes, que puede ser una ley, un reglamento, una circular o una instrucción. En razón del mal cumplimiento de sus tareas, el funcionario puede ser responsable patrimonialmente frente al Estado, a otro funcionario o a un tercero ajeno a la Administración.

La víctima puede demandar por daños y perjuicios al funcionario autor, o al funcionario y al Estado o solo al Estado, teniendo Este derecho a repetir lo pagado en concepto de indemnización. Lamentablemente esto generalmente no sucede y el desembolso solo lo hace el Estado (Nación, Provincia o Municipio) y ese monto podría haberse destinado a los hospitales públicos o a las escuelas públicas.

Considero de interés destacar que cuando el funcionario ha ocasionado daños, ya sea a otros funcionarios o a un tercero ajeno a la función, rige el régimen ordinario de la responsabilidad establecida en el Art. 1716 concordantes y correlativos del Código Civil y Comercial de la Nación y, por lo general, reitero, la víctima inicia el juicio contra el Estado, quien posteriormente puede repetir contra el funcionario causante del daño.

Distinta es la situación cuando el funcionario público ha producido un daño a un tercero al margen de la función y, en este supuesto, solo responde el agente público y no el Estado. Puedo citar como ejemplo el chofer de un Ministro que un día feriado retiró el auto para llevar a pasear a su familia y chocó con otro vehículo ocasionándole daños. En este supuesto el chofer ha obrado en contra de expresas disposiciones reglamentarias, o sea en contra de la voluntad de propietario del vehículo: el Estado, porque sólo podía retirar el automóvil para ir a buscar al Ministro y trasladarlo en su gestión pública, porque es para uso oficial exclusivo.

Lamentablemente hay jurisprudencia que ha responsabilizado al Estado por ser el propietario del vehículo; jurisprudencia con la que discrepo.

Al respecto Sarmiento García²³ dice: “...Lo cierto es que, antes y ahora, el agente responde directamente frente al tercero en caso de falta personal, salvo que hubiere concurrencia de faltas (personal y de servicio), y tal coexistencia aparece cuando la falta personal no está desprovista de toda relación con el servicio (dándose, por ejemplo, falta de relación, en principio, cuando se trata de hechos de la vida privada del agente)”.

En conclusión es necesario distinguir cuando son aplicables las normas del Código Civil y Comercial y cuando debe utilizarse como plataforma jurídica el art. 9 de la Ley N° 26.944²⁴.

²³ Sarmiento García, Jorge H.: “¿Existen reglas comunes a la responsabilidad patrimonial pública del Estado y sus agentes y a la de los particulares? En “Responsabilidad del Estado”, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe, 2015, t.I, pág.80.

²⁴ José Luis Correa (“Modificación por ley de la responsabilidad del Estado” en “Responsabilidad del Estado”, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe 2015, t.I, pág.102) dice que “Lo inaudito es la distinción entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario, como si las obligaciones fuesen concurrentes y no solidarias. Las obligaciones concurrentes o in solidum, también denominadas ‘conjuntas’, ‘conexas’, ‘convergentes’ o ‘indistintas’, se caracterizan por presentar: un solo acreedor (víctima); pluralidad de deudores y de causas o títulos respecto de cada uno de ellos (v.gr. principal y dependiente, dueño y guardián, obligado y sustituto, etc.); un mismo objeto debido (indemnización) que obliga a cada uno de ellos en forma íntegra por el todo. Las obligaciones solidarias suponen sujetos múltiples, que pueden estar ubicados en la parte acreedora (dos o más acreedores) llamada en este caso solidaridad activa, en la parte deudora (dos o más deudores) lo que le da la denominación de solidaridad pasiva, o haber más de dos acreedores o deudores (solidaridad mixta). La solidaridad implica que a pesar de haber varios sujetos obligados y/o varios acreedores la prestación es única, como único es el vínculo obligacional. O sea que todos los acreedores y todos los deudores forman respectivamente una sola parte. Por eso cualquier acreedor puede requerir a cualquiera de los deudores que cumpla la prestación por entero, y cualquier deudor se libera y libera a los demás deudores, pagando el total a cualquier acreedor, salvo

Responsabilidad Disciplinaria

La Administración pública debe necesariamente apoyarse en dos pilares: El orden y la disciplina para poder cumplir con sus cometidos en forma eficiente y eficaz. Cualquier hecho u omisión que atente contra estos principios es considerada falta, la que puede ser sancionada con las penas establecidas en el régimen disciplinario que cada estatuto tiene.

Los agentes públicos- como ya lo he dicho- son directa y personalmente responsables por los hechos y por las omisiones cuando estaban obligados a actuar y no lo hicieron y, tanto uno como otro, puede ser la causa de una sanción por haber producido un desorden que atenta contra la disciplina que debe regir en toda Administración, sea pública o privada.

El Estado federal tiene su propio estatuto y cada Provincia a su vez tiene el suyo, en los que se establecen los deberes y las prohibiciones, así como el procedimiento que se debe seguir para poder sancionar a un funcionario.

En doctrina se discute cual es el fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración²⁵, ya que para unos lo encuentran en el poder sancionador que tiene el Estado; para otros es una potestad inherente a la función de administrar una organización, la que puede ser pública o privada, y hay quienes afirman que se trata de sanciones contractuales, porque el vínculo que une al agente público con el Estado es una relación contractual.

Cualquiera sea la doctrina que se adopte, todas están de acuerdo en que el Estado tiene potestad para sancionar a sus empleados por falta de disciplina. Es decir, por provocar desorden, ya que el orden es de fundamental importancia para que una Administración, ya sea pública o privada, actúe en forma eficiente y eficaz.

Además, las sanciones están detalladas en cada reglamentación y, por ello, sólo se pueden aplicar las que están allí establecidas.

Analizaré en primer lugar cuales son los deberes que tiene el agente público, posteriormente las prohibiciones y finalmente el régimen disciplinario.

que alguno de los acreedores hubiera presentado demanda, en cuyo caso debe pagarse a ese acreedor”.

²⁵ Zambrano Pedro. L.: “Las postetades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual” En: “Organización administrativa, función pública y dominio público”, Obra colectiva, Bs.As 2005 ediciones RAP, pág. 264.

Deberes del agente público

El agente público, o sea aquel que ha ingresado a la Administración en virtud de acto administrativo expreso emanado de autoridad competente, y que percibe la remuneración prevista en la ley de presupuesto y en las leyes especiales, tiene una serie de deberes²⁶, algunos de los cuales están expresamente establecidos en el estatuto, y otros en resoluciones especiales o en instrucciones emanadas de autoridad competente, y puedo mencionar a manera de ejemplo: que todo agente tiene el deber de prestar el servicio en forma eficiente, responsable, diligente, en el lugar y condiciones de tiempo y forma que determinen las disposiciones reglamentarias correspondientes.

Debe observar en el servicio y fuera de él una conducta decorosa y digna de la consideración y confianza que su estado oficial exige²⁷. Los términos “conducta decorosa y digna” son conceptos jurídicos indeterminados, que tuvieron su origen en el derecho alemán, después pasaron al derecho francés, al derecho español y a nuestro país.

Este concepto jurídico indeterminado está íntimamente vinculado con la razonabilidad y a las condiciones de tiempo y lugar, ya que años atrás, ciertas actitudes podían constituir conducta indecorosa y hoy en día son toleradas por la sociedad, y el lector podrá poner ejemplos de estos cambios que se han presentado. Lo mismo podemos decir con respecto de aquellas normas que establecen que el agente debe conducirse con tacto y cortesía en las relaciones de servicio con el público, conducta que deberá observar asimismo respecto de sus superiores, compañeros y subordinados.²⁸

Otra obligación es la de obedecer toda orden emanada de un superior jerárquico con atribuciones y competencia para darlas, que reúna la formalidad del caso, y tenga por objeto la realización de actos y servicios compatibles con la función del agente.

Con relación al “deber de obediencia”, es necesario destacar que su cumplimiento hace al buen orden, a la disciplina, a la relación de subordinación que existe entre los empleados y funcionarios, a la potestad de control que tienen éstos sobre aquéllos.

²⁶ Marienhoff, Miguel.S: ob.cit TIII-B Pág. 417 y ss.

²⁷ Villegas Basavilbaso, Benjamín: “Derecho Administrativo”. Bs. As 1951. Ed. TEA T-III. Pág. 250 y ss.

²⁸ Fiorini Bartolomé. A: “Manual de Derecho Administrativo” Ed- La Ley. Bs.As. 1968 T-I pág. 608 y ss.

La orden, que puede ser verbal o por escrito, es una instrucción que dirige el superior al inferior y para ser válida debe estar dentro de sus atribuciones y competencias, y reunir las formalidades que en cada caso se establecen. Toda orden que cumpla con los requisitos reglamentarios debe ser obedecida bajo pena de sanción. Por lo tanto, no debe ser cumplida o queda el agente eximido de su cumplimiento si ésta es impartida por quien no tiene competencia para darla o hay una extralimitación de atribuciones, lo que significaría un exceso de poder o una desviación de poder, y en este último caso el vicio estaría en el fin, ya que no sería el exigido por la norma.

El principio general es que toda orden debe ser cumplida, y la excepción está dada en los casos precedentemente mencionados, con mayor razón cuando la orden es manifiestamente ilegal.

Otro de los deberes que tiene el agente público es el de rehusar dádivas, obsequios o recompensas o cualquier otra ventaja con motivo de sus funciones, pues de lo contrario se consideran actos de corrupción,²⁹ y puede constituir además de una falta de disciplina un ilícito penal.

Tanto el empleado público como el funcionario están obligados a guardar secreto de todo asunto del servicio que deba permanecer en reserva por razón de su naturaleza o de instrucciones especiales, obligación que subsiste aun después de haber cesado su vinculación con la Administración. Esto es de trascendental importancia porque puede ser causa de responsabilidad, ya no disciplinaria porque ha cesado su vínculo con la Administración, pero sí patrimonial y penal.

Tiene también deber de permanecer en el cargo en caso de renuncia por un número determinado de días corridos, por lo general treinta días, los que se computan a partir de la fecha de presentación de la renuncia, salvo que antes sea aceptada su dimisión o sea autorizado a dejar la función. Esa circunstancia es importante tenerla presente, pues si el agente se aleja de la Administración antes de esperar el plazo de treinta días, puede ser considerado abandono de servicio y hacerlo responsable no sólo disciplinariamente sino también penal y patrimonialmente.

Otros de los deberes que suele ser establecido por vía reglamentaria, es el de declarar sus actividades de carácter lucrativo, con el objeto de establecer si esas actividades son compatibles con las funciones que tiene a su cargo. Por estas mismas razones, tiene que declarar bajo juramento cuáles son las otras activi-

²⁹ Vigo Rodolfo.L: "La función judicial" Ed- Depalma. Bs.as 1981 pág. 59 y ss.

dades que realiza y el horario en que las cumple, pues hay algunas funciones que son de dedicación exclusiva y, por lo tanto, no puede tener ninguna otra actividad pública ni privada.

Ciertos funcionarios públicos tienen obligación de declarar bajo juramento su situación patrimonial, así como las modificaciones ulteriores que se hubiesen producido durante el desempeño de las funciones, y en caso de que esa situación hubiere mejorado, deberá hacer conocer cuál es la causa de su incremento patrimonial a fin de evitar que el ejercicio de la función sea motivo de enriquecimiento indebido.

Los estatutos establecen otros deberes, como por ejemplo la obligación de someterse a examen psicofísico con cierta periodicidad: anualmente, cada dos años, cada tres años, etcétera, así como otros que se detallan en cada uno de los estatutos de empleados públicos y que no los menciono por razones de brevedad.

Estos deberes deben ser cumplidos inexorablemente por los agentes públicos bajo pena de sanción, para cuya aplicación deberá seguirse -como ya lo dije- el procedimiento que a tal fin se disponga.

Prohibiciones

Los estatutos generalmente establecen una serie de prohibiciones a los agentes públicos, pudiendo citar a título de ejemplo: a) Patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con las actividades que ellos desarrollan; b) *Dirigir, asesorar o representar* a personas físicas o jurídicas que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración, o que sean proveedores o contratistas; c) Arrogarse la representación de la Administración para ejecutar actos o contratos que excedieran sus atribuciones o que comprometan el erario público; d) Solicitar o percibir directa o indirectamente recompensa en virtud de las funciones realizadas, o aceptar dádivas u obsequios en virtud de la actividad desempeñada; y otras que se detallan en cada uno de los respectivos estatutos y no transcribo por razones de brevedad.

Si el agente público ignora alguna de estas prohibiciones, será considerado falta de disciplina, deberá labrarse un sumario y como consecuencia de éste, podrá ser sancionado con algunas de las medidas disciplinarias fijadas en el mismo Estatuto.

La Administración pública debe apoyarse necesariamente, en dos pilares: el orden y la disciplina, para funcionar en forma eficiente y eficaz, y cualquier hecho u omisión que atente contra estos principios es considerado falta, la que puede ser sancionada con las penas establecidas en el régimen disciplinario.

He dicho³⁰ -y ahora repito- que los agentes públicos son directa y personalmente responsables de los actos ilícitos que ejecuten, y que el personal no podrá ser sancionado sino por las causas y el procedimiento fijados en el respectivo estatuto.

En cada uno de ellos se establece cuáles son las causas para aplicar las medidas disciplinarias que se detallan en cada reglamentación, a las que ya me he referido al hablar de los deberes y las prohibiciones.

Las sanciones están mencionadas en cada reglamentación, y a título de ejemplo citaré las siguientes:

a) Apercibimiento, que es un llamado de atención que puede ser verbal o por escrito, en este último caso con anotación en su legajo personal.

b) Suspensión, lo que implica la no prestación de los servicios y la pérdida de la retribución. Puede durar 30, 60, 90 días. Hay que distinguir la suspensión como sanción de la suspensión preventiva, cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos motivo de la investigación o del sumario, o cuando su permanencia sea incompatible con el estado de las actuaciones sumariales que se están labrando. Generalmente se establece un plazo máximo de suspensión preventiva: 60 o 90 días corridos, al término del cual el agente tendrá derecho a la percepción de sus haberes, y si la sanción no fuera privativa de haberes, éstos le serán íntegramente pagados. En su defecto le serán abonados en la proporción correspondiente.

En cambio, si la sanción fuere expulsiva como es la cesantía, el agente no tendrá derecho a la percepción de haberes correspondientes al lapso que duró la suspensión preventiva.

Puede suceder que no sea necesario suspender preventivamente al empleado, ya que es suficiente apartarlo de sus funciones disponiéndose su traslado a otra sección, división o departamento, en cuyo caso continuará trabajando y percibiendo su retribución.

Por ello, la suspensión preventiva sólo deberá disponerse cuando fuese necesario para el esclarecimiento de los hechos, ya que es una medida de carácter excepcional.

³⁰ Altamira Gigena ob. cit. pág. 360 y s.

c) Multa, es una sanción de carácter pecuniario con un máximo generalmente equivalente a dos meses de sueldo. No obstante haber prestado los servicios, el empleado carece del derecho a la retribución durante ese término.

d) Cesantía, es una de las formas de extinción del contrato de empleado público con motivo de haber realizado algo que estaba prohibido o por no haber cumplido con un deber.

Se trata de una sanción grave porque pone fin al contrato de empleado público y lo inhabilita por un término determinado de años, cuatro o cinco, para volver a la Administración pública a la que pertenecía.

e) Exoneración, tiene lugar cuando el hecho no sólo constituye falta de disciplina sino además un ilícito penal, por lo que será necesario que previamente se dicte una sentencia que declare al empleado como autor del ilícito, y hasta que ello no suceda el empleado deberá ser declarado cesante, sin perjuicio de transformar esta sanción en exoneración si es condenado en sede penal.

La exoneración trae generalmente como consecuencia la inhabilitación para volver a la Administración pública de la que ha sido separado, así como para ingresar en otra jurisdicción como podría ser la nacional o municipal si él ha sido empleado provincial. El tiempo por el que queda inhabilitado, cinco, seis, siete años, varía según el estatuto que se aplique.

Recalco que toda sanción debe ser razonable y proporcionada a la falta cometida para que no haya exceso de punición. Esto significa que toda pena que se aplique se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la falta cometida, los antecedentes del agente y, en su caso, el perjuicio que se haya producido.

También considero de interés destacar que, en materia disciplinaria, rige el principio de la prescripción, por lo tanto, en los estatutos se determina cuál es el plazo. Por ejemplo, se dispone que el personal no podrá ser sumariado después de haber transcurrido dos, tres o cinco años de cometida la falta, salvo que ésta lesione el patrimonio del Estado o constituya delito, casos en los cuales será de aplicación lo preceptuado sobre la prescripción por las leyes de la materia.

Sobre el poder disciplinario de la Administración pública existe un límite, que es el non bis in idem. Esto trae como consecuencia que el agente público solo podrá ser sancionado una sola vez por la misma falta, y esto generalmente está establecido en los estatutos, aunque si no lo estuviera rige igualmente porque es un principio general del derecho.

Las sanciones disciplinarias que aplique la Administración podrán ser impugnadas mediante los recursos administrativos previstos en la ley de procedimiento administrativo para agotar la vía, y de esa forma quedará habilitada la acción contencioso administrativa ante los tribunales con competencia en esta materia.

Con relación al procedimiento fijado en los estatutos, es preciso destacar que se lo debe respetar para la aplicación de la sanción, pues es una garantía constitucional que hace al “debido proceso”, incorporado al “derecho de defensa”, protegido por el art. 18 de la C.N.

El procedimiento a seguir debe reunir ciertos requisitos como son:

a) Intervenir en el sumario, lo que significa estar jurídicamente en el sumario que se labra por la Administración, con la posibilidad de ejercitar todos los derechos y atribuciones que el estatuto le otorga. Ello trae aparejado la posibilidad de tener un leal conocimiento de las actuaciones administrativas labradas, pues de lo contrario no podrá defenderse adecuadamente.

b) Tiene que tener posibilidad de declarar cuantas veces lo considere necesario, pero este derecho no puede significar actos perturbadores, dilatorios u obstaculizadores para la pronta finalización del sumario. Ello significa también que el sumariado no tiene obligación de declarar, por lo que puede abstenerse de hacerlo sin que esa negativa pueda significarle algo en su contra, y si es su voluntad hacerlo, no puede efectuarla bajo juramento, ya que éste es un requisito para el que declara como testigo.

c) Tiene derecho también a una defensa técnica, o sea a elegir su defensor, para lo que puede solicitar un plazo razonable: dos o tres días para su designación.

d) El sumariado también tiene derecho a acreditar su inocencia o a atenuar su responsabilidad, por lo que puede no sólo ofrecer prueba sino también controlarla, y, finalmente, tiene derecho a presentar un memorial alegando sobre la prueba rendida.

e) Es también importante que el instructor que labre el sumario sea una persona que actúe con independencia, y no para perjudicar o beneficiar al sumariado. Debe actuar con absoluta imparcialidad, como si se tratara de un juez letrado.

d) Para que la defensa sea un elemento efectivo y el sumariado pueda negar o explicar el hecho que se le atribuye, es necesario que se le efectúe una impu-

tación clara y precisa, a fin de ejercer adecuada y razonablemente su actividad defensiva. Esto significa que debe existir una correlación entre la imputación y la resolución, ya que de nada valdría afirmar, para hacer posible la defensa, que no hay sumario sin acusación y que ésta debe ser correctamente intimada, si posteriormente es condenado por un hecho que no se le había imputado, y sobre el cual no se pudo defender.

f) Finalmente, la resolución sancionatoria tiene que ser motivada. Esto significa que deben analizarse los argumentos esbozados por el sumariado, así como la prueba ofrecida, pero no es necesario que se analice cada uno de los argumentos ni cada una de las pruebas, sino sólo aquellos que sean pertinentes y que sirvan para la aplicación de la sanción o para sobreseerlo de culpa y cargo.



Reflexiones constitucionales sobre el Nuevo Régimen Legal de Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios*

GUILLERMO E. BARRERA BUTELER**

I. Introducción

La sanción de la Ley N° 26.944 y luego del Código Civil y Comercial que sustituyó al secular cuerpo normativo redactado originariamente por Vélez Sársfield, en especial por las disposiciones de los arts. 1764 a 1766, han generado una polémica jurídica entre quienes elogian la decisión legislativa de sustraer esa materia de la regulación del Derecho Común para confiarla al Derecho Público¹, federal o local según los casos -por un lado- y quienes la cuestionan severamente.

No se trata de un tema sencillo. Ya Arturo M. Bas decía que “es sin duda uno de los puntos más delicados en el deslinde de poderes entre la Nación y las provincias el que se refiere a las materias respecto a las que pueden chocar en su aplicación los códigos fundamentales que debe sancionar el Congreso y las leyes administrativas locales que corresponde a las provincias dictar, en ejercicio de la facultad constitucional de organizar sus propias instituciones, con absoluta prescindencia del Gobierno Federal”². Este maestro del Derecho Público Provincial, al referirse a la legislación de fondo y el Derecho Administrativo³, analiza

* *Exposición en el marco de la XXI Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires (6 y 7 de octubre de 2016). Ciudad de Córdoba.*

** *Académico de número.*

¹ Véase Altamira Gigena, Julio I., “Algunas reflexiones acerca de la ley de la Nación sobre responsabilidad del Estado y del funcionario público” en *Revista de Derecho de Daños*, ed. Rubinzal –Culzoni, 2014-3 Responsabilidad del Estado –I, pág. 145 y sgtes.

² Bas, Arturo M.; “El Derecho Federal – Nación y provincias”, ed. Valerio Abeledo, Bs.As. 1927, Tomo II, pág. 309.

³ Bas, Arturo M., *ob. cit.*, capítulo IX.

diversas hipótesis de posibles conflictos sin incluir el tema que ahora nos ocupa lo que probablemente se deba a que él no veía allí un conflicto y no pudo suponer que después de un siglo, el legislador podría tomar una decisión como la que tomó en el año 2014.

Estas reflexiones no pretenden, ni remotamente, proponer una solución acabada y terminante al punto, sino únicamente realizar algunos aportes desde la perspectiva constitucional que considero útiles para un adecuado abordaje de la cuestión.

II. La perspectiva constitucional imprescindible para abordar la cuestión

En primer lugar, creo importante señalar que el tema no debiera ser enfocado como una disputa entre el Derecho Público y el Derecho Privado por el dominio de determinadas áreas disciplinares. Un enfoque de esas características, que enfrente a “publicistas” y “privatistas” en una competencia por apropiarse de esta área del conocimiento jurídico no sólo se muestra inconducente sino, sobre todo, anacrónica.

En efecto, no es novedad que día a día se fortalece la noción de unidad del orden jurídico, que los límites entre las disciplinas se tornan cada vez más difusos y opinables, que la concepción del Estado como gestor y garante del Bien Común ha hecho que el Derecho Privado se vea invadido por regulaciones publicistas y que la creciente importancia que toma la tutela de la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales día a día pone nuevas y mayores limitaciones al poder de imperium del Estado, lo que desdibuja algunos rasgos característicos del Derecho Público. También es una verdad evidente que la complejidad cada vez mayor de las relaciones sociales exige profundizar los enfoques interdisciplinarios que complementen los aportes de las distintas áreas del saber jurídico, en lugar de buscar aislarlos y encapsularlos en aras de pretendidas autonomías científicas.

La perspectiva adecuada para abordar el tema de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios la proporciona sólo la Constitución, porque ésta es fundamento de todo del ordenamiento jurídico, tanto del Derecho Público como del Derecho Privado y procura ordenarlos a ambos al logro del Bien Común, reflejado en los fines que se enumeran en el preámbulo y sus declaraciones, derechos y garantías.

III. Una verdadera mutación constitucional

Más allá del acuerdo o desacuerdo que podamos tener con la solución que adopta la nueva legislación (Ley N° 26.944 y arts. 1764 a 1766 del C.C.C.), objetivamente no podemos desconocer que ella importará, si termina consolidándose, una verdadera mutación constitucional, es decir un cambio en el orden constitucional sin alteración del texto normativo.

En efecto, desde el proyecto constitucional de Alberdi contenido en “Bases y puntos de partida” (art. 67 inc. 5°), pasando por la Constitución histórica de 1853 (art. 64 inc. 11°) y su reforma de 1860 (art. 67 inc. 11°), hasta la ley fundamental hoy vigente (art. 75 inc. 12° C.N.), la atribución de dictar los códigos civil y comercial es un poder delegado en el Gobierno Federal y esa normativa integra lo que se denomina “derecho común”. Este rasgo característico del régimen federal argentino, que marca una clara diferencia con el modelo norteamericano, obedeció a las condiciones particulares de las provincias argentinas, que no presentaban una “diversidad de vida” ni “encontrados sentimientos” que impidieran una legislación común⁴. Por el contrario, las diversas comunidades que luego se federaron, es decir “los pueblos” (hoy las provincias) estaban ya habituadas a regirse por un sistema jurídico común, no sólo a ellas sino a toda la América española, como el Derecho Indiano que coexistía con disposiciones locales de menor rango⁵.

Ahora bien, como esa delegación de poderes no se relaciona tanto con los contenidos que arbitrariamente pueda introducir el legislador (o dejar de hacerlo) en los cuerpos normativos que llevan el nombre de “códigos”, sino que comprende todas las materias que por su naturaleza correspondan al marco jurídico de cada uno de ellos⁶, es imprescindible precisar cuáles son esas materias, para tener noción acabada de cuál es el alcance de esa delegación de poderes.

Concebida la Constitución como un fenómeno jurídico multidimensional⁷, que está integrado no sólo por la dimensión normativa, sino también por la an-

⁴ Véase Pi y Margall, F.; “Las nacionalidades”, Imp. de Enrique Rubiños, Madrid 1882, pág. 149.

⁵ Véase Sanmartino de Dromi, María Laura, “Intendencias y Provincias en la historia argentina” ed. Ciencias de la Administración, Bs.As. 1992, págs. 70 y 71.

⁶ C.S.J.N., Fallos 126:315 y 126:325. La reforma de 1994 agregó al inciso en cuestión la expresión “en cuerpos unificados o separados”, confirmando esa línea jurisprudencial.

⁷ Martínez Paz, Fernando, “El mundo jurídico multidimensional” Advocatus, Cba. 1998.

tropológica, la social y la cultural, no podemos eludir que estas dos últimas incluyen entre sus contenidos a la interpretación que en forma pacífica y por un tiempo prolongado le han dado a la norma constitucional el legislador, la jurisprudencia, los doctrinarios y los diversos operadores del mundo jurídico, es decir lo que Peter Häberle llama la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. En suma, cómo ha regido en la práctica esa norma, cómo se ha “encarnado” en la realidad social y cultural.

Desde esta perspectiva resulta trascendente advertir que, durante casi un siglo y medio, en especial desde 1871, fecha en que entra en vigencia el Código Civil, lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios fue considerado sin mayores discusiones, parte del Derecho Civil y, por ende, comprendida entre las materias que conforman los poderes delegados en el Congreso de la Nación. Por eso Vélez Sársfield incluyó en su proyecto, que luego se hizo ley, el art. 1112 que regulaba la cuestión.

Es verdad que el codificador no incluyó ninguna norma reguladora de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, pero eso no puede ser atribuido a una posición doctrinaria que excluyera el tema del Derecho Civil, sino más bien a que todavía sobrevivía el principio de irresponsabilidad del Estado, como resabio de las concepciones del absolutismo monárquico. Téngase en cuenta que sólo dos años después de la entrada en vigencia del Código Civil Argentino, es decir en 1873, la jurisprudencia francesa se pronuncia en el célebre caso “Blanco”⁸, condenando al Estado a resarcir los daños sufridos por un niño que había sido embestido por un vehículo de propiedad de una empresa tabacalera estatal, quebrando así el antiguo principio de irresponsabilidad⁹. Esa línea jurisprudencial recién tendrá recepción en nuestro país sesenta años después, en 1933, al pronunciarse la Corte Suprema en el caso “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/

⁸ Sentencia del Tribunal de Conflictos de Francia del 8 de febrero de 1873 en la demanda entablada por Juan Blanco ante el tribunal civil de Burdeos, contra el Estado, en la persona del prefecto del Gironde y de empleados de la manufactura de los tabacos, en Burdeos, porque el 3 de noviembre de 1871, su hija Agnès Blanco, de edad de cinco años y medio, que pasaba sobre la vía pública delante del almacén de los tabacos, cuando un vagón empujado por el interior por los empleados la atropelló y le pasó sobre el muslo, por lo que debió sufrir su amputación. La resolución declaró que este accidente es imputable a la culpa de dichos empleados, a quienes condena como coautores del accidente y el Estado como civilmente responsable a causa de sus empleados.

⁹ Desde 1799 hubo en Francia cierta apertura en este sentido, y se flexibilizó el rigor del principio de irresponsabilidad, en tanto comenzaron a admitirse demandas contra funcionarios públicos, previa autorización del Consejo de Estado.

Gobierno Nacional”¹⁰ donde por primera vez se responsabiliza al Estado por actos de gestión y luego en 1938 cuando es condenado a resarcir daños provocados por actos de imperio (error registral) en “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”¹¹. Todo esto mediante la aplicación de las normas del Código Civil.

En adelante, la jurisprudencia y la doctrina continuarán haciendo efectiva la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y del Estado aplicando la regulación del Código Civil para la responsabilidad extracontractual, invocando o no -según los casos- la analogía o la aplicación subsidiaria.

El hecho de que esa haya sido la inteligencia que pacíficamente se dio durante casi un siglo y medio a la delegación de poderes del art. 75 inc. 12 C.N. es circunstancia más que suficiente para reconocer que la sociedad y la cultura jurídica argentina habían asumido que la atribución para legislar sobre responsabilidad patrimonial de los funcionarios y del Estado, al menos en lo que se refiere a responsabilidad extracontractual por actos ilícitos, era un poder delegado en el Congreso de la Nación, porque -como su nombre lo indica- se trata de materia civil, aunque el autor del daño fuera el mismo Estado o uno de sus funcionarios.

Abona esa conclusión la terminología utilizada tradicionalmente y en forma pacífica por la doctrina y la jurisprudencia, que identifica los conceptos de “responsabilidad patrimonial” y “responsabilidad civil”, de manera que el principio republicano de responsabilidad de los funcionarios incluye no sólo a la responsabilidad penal, política y administrativa, sino también la civil.

Así surge claramente del art. 14 de la Constitución de Córdoba cuando dispone en su art. 14 que “todos los funcionarios públicos son responsables civil, penal, administrativa y políticamente”. En términos similares regulan la cuestión los arts. 203 de la C. de Mendoza 9 de la C. de San Luis y 47 de la C. de Catamarca.

Hablan de “responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos” las Constituciones de Mendoza (art. 99 inc. 11 y 203), de Corrientes (art. 118 inc. 10), Buenos Aires (art. 100 inc. 8) y Neuquén (arts. 71 y 189) y de “ac-

¹⁰ C.S.J.N., Fallos 169:111. En esta sentencia se condena por primera vez al Estado a resarcir al dueño de un campo de los daños producidos a consecuencia de un incendio provocado por descuido de los empleados de telégrafo en la ejecución de una obra de tendido de líneas.

¹¹ C.S.J.N., Fallos 180:253.

ción civil” el art. 57 de la Const. de Buenos Aires y de “daños civiles” las constituciones de Jujuy (art. 10) y Catamarca (art. 48).

En el mismo sentido podemos señalar las disposiciones del art. 165 inc. d) de la constitución cordobesa y 189 de la del Neuquén, que establecen normas procesales, determinando la competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia para entender “de las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados y funcionarios del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones”.

La misma terminología que identifica responsabilidad patrimonial con responsabilidad civil de los funcionarios públicos ha sido empleada incluso por el constituyente federal, en la reforma de 1994, porque en el art. 36 C.N., referido a la defensa de la democracia dispone que quienes usurpen funciones previstas para las autoridades constitucionales por actos de fuerza “responderán civil y penalmente de sus actos”.

Finalmente, la Constitución de Santa Fe en su art. 18, al igual que el art. 43 de la Constitución de San Juan, consagran el principio de responsabilidad del Estado por los ilícitos de sus funcionarios y disponen de manera clara y explícita que se regirán por las normas del derecho común.

Lo dicho lleva a pensar que, de consolidarse y adquirir efectiva y plena vigencia la reforma legislativa que nos ocupa, ella importará una alteración del modo en que hasta aquí ha venido interpretándose el sistema constitucional de reparto de atribuciones constitucionales entre los sujetos de la relación federal y, como eso se habrá producido sin una modificación del texto de la constitución escrita, ello nos aproxima a la noción de “mutación constitucional”.

Esta noción ha sido desarrollada por la doctrina constitucional que ha hallado su justificación y legitimación al margen de la dimensión normativa, en la necesidad de readecuar la inteligencia del texto constitucional a los cambios habidos en las dimensiones social y cultural. Pero en el caso que nos ocupa, no se advierte que exista un cambio social o cultural que conduzca a tal alteración. Más bien podríamos decir que los cambios sociales y culturales reclaman antes una profundización de la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos que la atenuación que podría provenir del nuevo sistema; más un afianzamiento del principio de sujeción plena del Estado al orden jurídico y a la jurisdicción que su limitación; preferentemente una ampliación de los derechos de las personas con la correlativa restricción de los privilegios del Estado que a la inversa;

mejor un incremento en la protección a la parte débil de la relación -el particular víctima del ilícito- que favorecer la posición del Estado dañador o sus funcionarios. En suma, los cambios sociales y culturales a inicios del Siglo XXI parecen exigir una profundización de la igualdad, circunscribiendo los privilegios y prerrogativas del Estado y sus funcionarios a lo que es estrictamente necesario para el cumplimiento de su función de autoridad pública, gestor y garante del bien común, antes que retrotraer el orden jurídico a etapas que parecían superadas de privilegios que rodean al poder y a sus operadores.

Sin embargo, los cambios legislativos que nos ocupan, que a contrapelo de la interpretación jurídica que tradicionalmente ha imperado en nuestro país excluyen del régimen del Código Civil y Comercial todo lo relativo a la responsabilidad del Estado y los funcionarios, lejos de acompañar los cambios sociales y culturales para adecuar el orden jurídico a las nuevas realidades, parece más bien regresarnos al siglo XIX, cuando el Tribunal de Conflictos de Francia resolvió en ese sentido el célebre caso “Blanco” (Fallo del 8 de febrero de 1873), diciendo que la responsabilidad del Estado no puede ser regida por principios del Código Civil establecidos para las relaciones de particular a particular, porque esa responsabilidad no es ni general, ni absoluta y tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio, fundándose en la ley 16 del 24 de agosto de 1790, que prohíben a los tribunales judiciales “perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos y de conocer de los actos de administración de la especie que sean”¹².

Esa resolución importó un notorio avance en el siglo XIX, en los inicios de la III República en Francia, es decir a poco tiempo de la caída del imperio de Napoleón III, pero en el siglo XXI, derogar un régimen que regula igualitariamente la responsabilidad del dañador, sin discriminar según se trate de un particular, del Estado o de un funcionario público, para establecer aquellos criterios que fueron de avanzada en 1873, importa sin lugar a dudas un notorio retroceso, una regresión a etapas que ya parecían superadas en la evolución del Derecho. Entonces, no estamos frente a una mutación constitucional que, superando algunas ataduras normativas, reinterpreta el orden jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades sociales y culturales, sino más bien ante una mutación regre-

¹² Puede consultarse sobre el tema a Islas Colín, Alfredo; “El servicio Público en el Derecho francés”, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., www.juridicas.unam.mx.

siva, que, en contra de la dirección de los cambios sociales y culturales, procura reestablecer privilegios donde ya parecía que habían desaparecido para siempre.

Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que el nuevo régimen legal sobre responsabilidad del Estado y sus funcionarios no es únicamente una cuestión legal infraconstitucional, sino que -por el contrario- involucra cuestiones constitucionales, en tanto importa dar un giro de ciento ochenta grados en lo que ha sido durante casi siglo y medio la interpretación que se ha dado y el modo en que ha sido vivido el sistema de reparto de poderes en el Estado Federal, además de afectar otros principios constitucionales de no menor trascendencia.

Por eso, el propósito de este trabajo es hacer algunas reflexiones sobre el tema desde la perspectiva constitucional que, sin pretender agotarlo ni arribar a conclusiones definitivas, permitan abordarlo desde el prisma de la Constitución, como corresponde en un Estado Constitucional de Derecho.

Desde ese punto de vista creo que no puede eludirse al examinar la nueva normativa, poner el centro de atención en, al menos, cinco cuestiones constitucionales: el federalismo (arts. 1, 121 y 122 C.N.), la forma republicana de gobierno (arts. 1 y 5 C.N.), el derecho a la igualdad (art. 16 C.N., art. 24 C.A.D.H.), el derecho a la reparación integral del daño como contenido del derecho propiedad (arts. 15, 17 y 19 C.N.; art. 21 C.A.D.H.) y los derechos de los usuarios y consumidores (art. 42 C.N.).

IV. Reflexiones desde el federalismo

Es común que se invoque la necesidad de fortalecer el federalismo y de defender las autonomías locales para justificar el nuevo régimen legal que nos ocupa, pero si bien examinamos la cuestión concluimos que ese argumento no pasa de ser un pretexto inconsistente.

Es que para fortalecer el federalismo y las autonomías de las provincias no es necesario hacer una mutación constitucional en el reparto de atribuciones legislativas que, al menos en ese aspecto, no estaban en discusión, ni hacen a la plenitud del poder político de las provincias. Sólo sería necesario cumplir con la Constitución tal como está y como cualquier persona con recto entendimiento la interpreta; o sea entre otras cosas, hacer efectivo el reconocimiento del do-

minio originario de las provincias sobre sus recursos naturales (art. 124 C.N.); restituirles los recursos tributarios de los que han sido despojadas históricamente por el Gobierno Federal aprobando el régimen de coparticipación federal que registra una mora de más de veinte años del Congreso de la Nación.

Esas medidas de cumplimiento real de la Constitución Nacional son las que requiere la defensa del federalismo y no asignarles a las provincias atribuciones para legislar a su antojo sobre su propia responsabilidad civil y la de sus funcionarios, para permitirles dictar leyes que la atenúen o limiten frente a los legítimos derechos de las víctimas de los daños. No es a costa de éstas como debe restituirse a los estados miembros de la federación su autonomía económico financiera.

El principio de subsidiariedad federal no obsta a la unificación de legislación en determinadas materias entre las diversas comunidades federadas, porque esa suele ser la consecuencia de la existencia del conjunto de principios y valores comunes que sirve de base a la solidaridad que las vincula. No ocurre así en Estados Unidos, pero sí en otras federaciones como Canadá¹³ o Alemania¹⁴. Esa unificación legislativa no contradice los principios federales en la medida en que no se logre “forzando la marcha de las cosas”, de manera que “se quiera la unidad donde no la consientan la diversa vida y tal vez los encontrados sentimientos de las provincias”¹⁵ y lo cierto es que ya en 1853 no había entre las provincias argentinas una “diversidad de vida” ni “encontrados sentimientos” que fueran obstáculo a la creación de un Derecho Común en las materias civil, comercial, penal y de minería, a las que más adelante, con la reforma de 1957 se

¹³ Douglas Price; Jorge y Rosenkrantz, Carlos, “Las cuestiones del federalismo – Análisis de la reforma constitucional desde la perspectiva del federalismo comparado”, Tomo I, pág. 131. Señalan estos autores que en Canadá el Derecho Criminal es federal según lo dispone la sección 91 de la British North American Act, tanto en lo sustancial como en lo procesal.

¹⁴ Douglas Price y Rosenkrantz, ob. Cit., págs. 174 a 176 destacan la gran preeminencia de la federación en materia legislativa en Alemania donde, por ejemplo, los art. 72.1 y 72.2 de la Ley Fundamental le asignan atribución para legislar, excluyendo la competencia de los Lander “cuando así lo requiere el mantenimiento de la unidad jurídica o económica, especialmente el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un land”. Esta área legislativa comprende, entre otras, materias tales como estado civil, derecho de asociación y reunión, defensa del patrimonio cultural alemán, legislación económica (minería, industria, energía, artesanado, pequeña industria, régimen bancario y bursátil, seguros, etc.), derecho laboral, expropiación, transacción inmobiliaria, tránsito en carreteras, etc.

¹⁵ Pi y Margall, F., ob. Cit. Pág. 149.

agregaría la de trabajo y seguridad social (actual art. 75 inc. 12 C.N.). Los pueblos que luego formarían la confederación argentina ya estaban habituados a convivir en un sistema jurídico común (el Derecho Hispano Indiano) que coexistía con disposiciones locales¹⁶.

La necesidad de preservar la diversidad, dentro del marco de la unificación legislativa ya había quedado salvada con la reforma constitucional de 1860, que la acotó añadiendo al art. 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12) la cláusula que reserva la interpretación y aplicación del Derecho Común a “los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”, que sirvió de base a su vez al párrafo del art. 15 de la Ley N° 48 que excluye de la casación federal por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia todo lo relativo a la interpretación del Derecho Común.

Finalmente, la breve reseña histórica que hemos hecho en el punto anterior nos demuestra además que, a inicios del siglo XXI, tampoco hay una diversidad de vida que no consienta la inclusión de la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en ese Derecho Común, sino más bien todo lo contrario, que esa incorporación estaba pacíficamente asumida y había buenas razones para mantenerla, que analizaremos luego.

Es que no hace falta demasiado esfuerzo para prever que, de consolidarse la mutación constitucional que propicia la nueva legislación e incorporarse la conciencia jurídica del pueblo argentino que todo lo relativo a responsabilidad de los funcionarios y del Estado es materia propia del derecho administrativo y, por ende, su regulación un poder conservado inherente a la autonomía, en poco tiempo tendremos no sólo un régimen para la responsabilidad del Estado y los funcionarios federales y uno diferente para cada provincia y sus funcionarios, como así también para la Ciudad de Buenos Aires, sino además uno diferente para cada municipio y sus funcionarios, al menos en los municipios de aquellas provincias que, como Córdoba, cumplen con el art. 123 C.N. y reconocen y reglan un régimen de autonomía amplia para sus municipios.¹⁷

¹⁶ Alberdi incluye como punto 5° en la enumeración de los “antecedentes unitarios” del gobierno argentino a la “unidad de legislación civil, comercial y penal”; “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, ed, Plus Ultra, 1980, pág. 114.

¹⁷ Véase Urrutigoity, Javier, “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado y sus agentes” en Revista de Derecho de Daños, ed. Rubinzal-Culzoni, 2014-3, Respon-

Fácil es comprender que tan extrema fragmentación del régimen jurídico de la responsabilidad estatal y de los funcionarios poco se compadece con el principio de unidad del Derecho Común que está plasmado como una de las bases fundamentales de nuestra organización constitucional histórica.

Por último, el sentido común se resiste a admitir como razonable una interpretación del art. 75 inc. 12 C.N. según la cual la “responsabilidad civil” del Estado y sus funcionarios no sería materia propia del Derecho Civil, sino del Derecho Administrativo y, por ende, no estaría comprendida en la delegación de atribuciones que contiene la referida norma constitucional para legislar en materia civil. Con igual criterio podríamos sostener que la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, por hechos cometidos en el cumplimiento de sus funciones, no es materia propia del Derecho Penal y, por ende, la atribución para legislar en esta materia estaría también reservada a las legislaturas provinciales y a los concejos deliberantes municipales.

V. Reflexiones desde la forma republicana de gobierno

La forma republicana de gobierno que claramente adopta la Constitución Nacional (arts. 1, 5, 6 y C.N.), cuya esencia radica en que es “la negación del gobierno personal”¹⁸, de manera tal que “lo público” no se identifica con una persona o grupo de la sociedad, sino que pertenece al conjunto y, por ende el gobernante no es el “dueño” de la cosa pública, sino un mero administrador de bienes e intereses ajenos (de la comunidad), se define hoy por los siguientes caracteres: 1) periodicidad de los mandatos, 2) responsabilidad de los funcionarios, 3) publicidad de los actos de gobierno, 4) división y equilibrio de poderes, 5) origen popular del poder, 6) igualdad y 7) sujeción del Estado al orden jurídico.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios, es unánime en los autores constitucionalistas el criterio que señala que ella está compuesta por la responsabilidad política, penal, civil y administrativa. Nadie pone en tela de juicio que la regulación de la primera y la última es materia propia de los poderes con-

sabilidad del Estado-I, pág. 177 y sgtes., aunque este autor expresa una opinión favorable a esta consecuencia, que no comparto, al menos sin serias reservas.

¹⁸ Pérez Guilhou, Dardo y otros, “Derecho Público Provincial”, Depalma, Bs.As., 1990, Tomo 1, pág. 314 y ss.

servados por las provincias para darse sus propias instituciones y regirse por ellas, sin intervención del Gobierno Federal (art. 122 C.N.). Incluso es claro que un régimen municipal coherente con el art. 123 C.N. debe, como regla, reconocer como ámbito de regulación local esas materias.

Pero en lo referido a la responsabilidad penal y civil, al haberse delegado en el Congreso la atribución de legislar en esas materias como Derecho Común, no se advierte cuál pudiera ser la razón por la cual los supuestos en que el responsable del daño a resarcir sea un funcionario público pudieran quedar excluidos de tal delegación.

En cuanto a la sujeción del Estado al orden jurídico, de allí se deriva que la república reemplaza el gobierno de un hombre por el gobierno del derecho y eso implica que, todos -aún los gobernantes y el mismo Estado- quedan sometidos al orden jurídico. De ahí que si es el Estado o alguno de sus funcionarios quien comete un acto antijurídico que causa daño a otro, tiene el deber de repararlo. ¿En qué condiciones y con qué alcance? El principio de igualdad, también esencial a la república conduce a concluir que lo ha de ser en las mismas condiciones que cualquier otra persona que causa un daño injusto.

Pero, como ya lo hemos señalado, no se llega a estas conclusiones de manera instantánea, con la sola adopción de la idea republicana, sino como resultado de un proceso lento de evolución desde lo que fueron los resabios del absolutismo monárquico. Es bien sabido que la monarquía absoluta, al presuponer que el poder es conferido directamente por Dios al soberano, consagra como dogma que éste no responde de sus actos sino ante el Creador. Es decir, consagra el principio de irresponsabilidad del soberano tradicionalmente expresado en la frase *Rex non potest peccare* o *the King can do no wrong*.

Los primeros pasos de la república nos muestran que la soberanía deja de pertenecer al monarca para pasar a pertenecer al pueblo, pero por un tiempo se va a mantener el principio de irresponsabilidad, ahora encarnado en la persona jurídica del Estado, que actúa a través de sus órganos (los funcionarios). Luego comenzará a atenuarse, admitiendo limitadamente su responsabilidad, para ir avanzando progresivamente hacia la responsabilidad plena en iguales condiciones que cualquier otra persona.

La revolución francesa en un primer momento reforzó el principio de irresponsabilidad estatal al suprimir dos instituciones que habían significado un avance dentro del régimen monárquico: los Intendentes y el Consejo del Rey.

De esa manera se transfirió la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa que, de esa manera, eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto generando una suerte de inmunidad¹⁹.

En 1799, bajo el gobierno de Napoleón, se crea el Consejo de Estado y se admite el sometimiento de los funcionarios a la jurisdicción²⁰, pero como ya hemos visto, fue recién en 1873 que la jurisprudencia francesa admite una condena que responsabiliza al Estado mismo por los daños ocasionados (caso “Blanco”), aunque haciendo la salvedad de que no corresponde a esos fines aplicar las disposiciones del Código Civil.

Parece claro entonces que, si partimos del principio monárquico de irresponsabilidad del Estado y los funcionarios, el desarrollo y perfeccionamiento de la república conduce necesariamente a un avance en la igualación del régimen de responsabilidad del Estado y los funcionarios con el de cualquier otra persona. Dicho en otros términos, cualquier diferenciación que disminuya la responsabilidad del Estado y los funcionarios respecto de la de cualquier persona frente a daños similares, estableciendo privilegios a su favor o limitando los factores de atribución de responsabilidad sólo a la “falta de servicio” y excluyendo el riesgo creado, constituyen resabios del absolutismo monárquico e importan un retroceso de la república.

Eso es lo que sucede con el nuevo régimen que surge de la Ley N° 26.944 y de los arts. 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial.

VI. Reflexiones desde el principio de igualdad

El principio de igualdad es no sólo uno de los caracteres esenciales de la república democrática, sino además uno de los derechos fundamentales del hombre, con explícito reconocimiento en el art. 16 C.N. y en el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras normas que integran el bloque de constitucionalidad federal y, por supuesto, en todas las constituciones provinciales.

¹⁹ Ley N° 16 del 24 de agosto de 1790.

²⁰ El tema es desarrollado por Cassagne, Juan Carlos en “El acceso a la justicia administrativa”, http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_acceso_a_la_justicia_administrativa.pdf, pág. 10.

La norma constitucional habla de igualdad entre todos los “habitantes” de la Nación y, como los funcionarios públicos tienen esa condición, al igual que cualquier otra persona que tenga su domicilio o aún se halle en tránsito en el territorio argentino, no parece posible hallar alguna razón que autorice un trato diferenciado en cuanto a la responsabilidad que les pueda caber a unos y a otros por daños injustamente causados a terceros. De ahí que no hay ninguna razón legítima que pueda justificar dar un tratamiento diferenciado, que atenúe o limite la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños ocasionados a otros particulares, respecto de la que se establece para cualquier persona.

Ahora bien ¿el principio constitucional de igualdad excluye también la diversidad de trato entre el Estado y los habitantes? No hay duda de que cuando el Estado actúa como poder público, es decir, en ejercicio de su potestad de imperium, en su rol de garante del bien común, actúa legítimamente desde una posición de superioridad jurídica, estableciendo reglas y condiciones para el ejercicio de los derechos y llevando adelante políticas para alcanzar sus fines específicos. En consecuencia, no puede pensarse en tales supuestos en una relación de iguales y, en consecuencia, es natural y legítimo que exista una regulación jurídica de las consecuencias de sus actos diferente de la que rige para las relaciones entre particulares.

Sin embargo, es bien sabido que el Estado también desarrolla actividades y ejecuta actos que son comunes a los que puede desarrollar cualquier habitante y, para esos supuestos no puede haber razón alguna, salvo aquel antiguo resabio monárquico, que justifique un trato diferenciado. Cuando un particular entra en relación con la persona jurídica Estado en este tipo de cuestiones, en las que no se trata del ejercicio legítimo del poder, no se advierte qué razón podría argüirse para negarle a aquél su derecho “a igual protección de la ley” (art. 24 C.A.D.H.).

El nuevo régimen legal que nos ocupa establece tratamientos jurídicos diferenciados en dos niveles: a) desigualdad entre el Estado dañador y los damnados privados; b) desigualdad entre víctimas del Estado y víctimas de otros sujetos. A la vez, como se ha señalado ya, abre la puerta a la posibilidad de un mosaico de regímenes diversos con tratos desiguales entre víctimas del Gobierno Federal y víctimas de cada una de las provincias argentinas y de la Ciudad de Buenos Aires e incluso de los innumerables municipios autónomos.

Por supuesto que la diversidad de trato no necesariamente importa una violación del principio constitucional de igualdad porque, como sostiene la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, sino su igualdad relativa”²¹. Es bien sabido también que el Alto Tribunal tiene dicho que “la garantía del art. 16 C.N. no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”²².

De lo dicho podemos concluir que la condición para que el trato diferenciado que de la ley sea válido constitucionalmente es que esa diferenciación se funde en criterios razonables; esto es, que reúna los siguientes requisitos: 1) la diversidad de trato debe estar justificada y ello ocurre cuando se funda en la búsqueda de un objetivo generalmente asociado al bien común y no en el mero arbitrio del legislador o en propósitos prohibidos (privilegiar u hostilizar a determinados grupos); 2) debe ser adecuada, o sea que ha de existir una relación de medio a fin son el objetivo que la justifica y 3) debe haber proporcionalidad entre el menoscabo a la igualdad que se ocasiona al admitir la disparidad de trato y el fin que se persigue con ella.

El argumento al que suele recurrirse para hallar una justificación a la diversidad de tratamiento legal entre el Estado y los particulares es que, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, el Estado tiene como fin el bien común y ello conllevaría la necesidad de preservar sus arcas para que pueda cumplir con sus fines. Pero ese argumento se torna inconsistente si lo analizamos a la luz del principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas (art. 16 C.N.). Aceptar esa justificación para convalidar un trato desigual importaría tanto como hacer pesar sobre las víctimas de los daños provocados por el Estado, una carga para contribuir al bien común superior a la que pesa sobre quienes no han sido dañados. Esa solución no tiene ningún sustento jurídico, ni se compadece con criterios de justicia, equidad y proporcionalidad que según la Constitución Nacional (Preámbulo y art. 4 C.N.) deben presidir la distribución de las cargas de las contribuciones pecuniarias entre los habitantes de la Nación.

²¹ C.S.J.N., Fallos 151:359.

²² C.S.J.N., 10/6/92 en “Fernández, Eduardo”, J.A. 1993-III-35.

Es forzoso distinguir entre los supuestos de responsabilidad por daños provocados por actos lícitos e ilícitos, porque la primera no existe para los particulares y sí para el Estado, de manera que, en esta materia, un régimen especial de responsabilidad estatal no afectaría el principio de igualdad.

Pero es distinto cuando nos referimos a la responsabilidad por el daño causado por actos ilícitos, porque aquí sí es necesario demostrar que es razonable cualquier solución que diferencie según que el dañador sea el Estado u otra persona.

La doctrina tradicional distingue entre “actos de gestión”, que son aquellos que, aún ejecutados por el Estado, pueden serlo por cualquier persona y los “actos de imperio”, que son aquellos en los que el Estado actúa como poder público.

En cuanto a los primeros, por más esfuerzo que se haga no es posible hallar un motivo que justifique dar trato diferente a situaciones idénticas. Las condiciones y circunstancias son exactamente las mismas, salvo la persona del dañador. Entonces el régimen que limite la responsabilidad por esa razón resultaría claramente inconstitucional, aunque se argumentara la necesidad de preservar las arcas del Estado, porque el equilibrio fiscal no puede buscarse a expensas de las víctimas de actos ilícitos cometidos por el Estado o sus órganos.

¿Tendría algún justificativo que quien ha sufrido lesiones incapacitantes por haber sido atropellado por un automotor se halle regido por un régimen más beneficioso si el vehículo embistente pertenece a un particular o una empresa privada (art. 1769 del C.C.C.), pero halle limitaciones y restricciones a su derecho si se trata de un vehículo policial u otro oficial (arts. 3 y cc de la Ley N° 26.944 o, en su caso a las de las leyes provinciales u ordenanzas municipales, según quién haya sido el dañador)? ¿Es razonable que exista diversidad de régimen jurídico frente a la necesidad de resarcir los daños que ha sufrido un alumno que resultó lesionado en una escuela, según que ésta sea privada (caso regido por el art. 1767 C.C.C.) o perteneciente a un ente público nacional, provincial o municipal? ¿Puede admitirse semejante discriminación entre personas que han sido víctimas de mala praxis médica, según que ésta haya ocurrido en una clínica privada (caso regido por el art. 1768 C.C.C.) o en un hospital público nacional, provincial o municipal? Parece que la respuesta negativa se impone. Al menos no consigo hallar la justificación, la adecuación y la proporcionalidad del tratamiento desigual.

Tampoco parece justificarse la desigualdad de trato en los supuestos en los que el daño ha sido consecuencia de un acto de imperio, es decir uno de los supuestos en que el Estado actúa como poder público. Si, aun obrando en ese ámbito, el Estado incurre en un acto u omisión antijurídico y con ello provoca daño, cualquier diferencia entre el derecho a ser resarcido que tiene la víctima de un particular y el que tiene la víctima de un ente estatal sería írrito al art. 16 C.N. aunque se invoque como justificación la finalidad de bien común que guía al Estado a diferencia de los particulares. Es que el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas -al que ya hemos hecho referencia- exige que ambos sean idénticos, con igual extensión y tutela, porque de lo contrario se estaría exigiendo a unos (las víctimas de daños provocados por el Estado), un sacrificio en pro del bien común, que no se les requiere a otros (quienes no han sido víctimas de daños provocados por el Estado).

VII. Reflexiones desde el derecho de propiedad (art. 17 C.N.) y la prohibición de dañar (art. 19 C.N.)

Es bien sabido que las normas constitucionales que protegen el derecho de propiedad, lo que están tutelando en definitiva es la integralidad del patrimonio de una persona, de manera que cualquier acto que lo menoscabe ilegítimamente, sea sustrayendo o afectando de alguna manera cosas o bienes que lo integran, sea desconociendo derechos que se habían incorporado válidamente a él, constituye una violación al art. 17 C.N. y al art. 21 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El primero establece que “la propiedad es inviolable” y que nadie “puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley” y el segundo, por su parte, dispone que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa ...”.

A la vez, como el principio *alterum non laedere* tiene recepción constitucional en el art. 19 C.N.²³, ello conduce a reconocer que el derecho de la víctima de un daño a ser resarcida tiene base constitucional.

Es que, cuando una persona ve menoscabado su patrimonio por un acto dañoso antijurídico, o sea cuando resulta afectada la integridad de su patrimo-

²³ C.S.J.N. 5/8/86, “Günther, Fernando c/ Gobierno Nacional”, Fallos 308:1118 y “Santa Coloma, Luis c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:1160.

nio, el orden jurídico no queda restaurado y no se ha hecho justicia si no se incorporan al patrimonio de la víctima bienes por un valor equivalente a aquel del que ha sido privada a causa de dicho acto. El derecho de la víctima a ser reparada integralmente por el daño patrimonial injustamente sufrido tiene jerarquía constitucional²⁴ porque, si eso no se logra, aquella habrá sido privada de su propiedad, aunque fuera parcialmente, por un acto o hecho distinto de una sentencia fundada en ley (art. 17 C.N.) y sin indemnización justa (art. 21 inc. 2 C.A.D.H.).

La Corte Suprema de Justicia ha profundizado esta línea de pensamiento en la causa Aquino, diciendo que la regulación sobre responsabilidad por daños extracontractuales del Código Civil “en cuanto a las personas y responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”²⁵. En el mismo sentido, en un caso en que se discutía la responsabilidad estatal por daños, el máximo tribunal de la Nación ha dicho que “es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos 324:2972 y 326:2329)”²⁶.

Lo dicho nos permite concluir que, desde la perspectiva constitucional, lo que resulta prioritario es la integralidad de la reparación, con miras a la efectiva tutela de los derechos de la víctima del daño injusto y no la condición de persona o ente estatal o privado del dañado. En consecuencia, cualquier restricción o limitación que las leyes reglamentarias pudieran establecer en el régimen de responsabilidad del Estado y sus funcionarios, respecto del régimen general, resultaría violatoria de tales principios constitucionales, ya que la prohibición de dañar está dirigida no sólo a los particulares sino también a aquéllos.

Tanto es así que la propia Constitución, en su art. 15, ha previsto un supuesto muy específico de aplicación del deber de indemnizar todo menoscabo

²⁴ Véase Juárez Ferrer, Martín; “El derecho constitucional a la reparación integral”, tesis doctoral Facultad de Derecho y C. Sociales, U.N.Cba, 2011.

²⁵ C.S.J.N., Fallos 327:3753 (2004).

²⁶ C.S.J.N., 27/11/12, “Rodríguez Pereyra, Jorge L y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, SAIJ: FA12000216.

provocado en el patrimonio de una persona, aun cuando esté fundado en indiscutibles razones de bien común y de justicia. En esa norma el constituyente previó que una ley especial debía reglamentar las indemnizaciones a que diera lugar la abolición de la esclavitud. Difícil es imaginar acto más legítimo y justo que la liberación de los esclavos, pero, aun así, el constituyente no quiso que ese objetivo de bien común se lograra a expensas del patrimonio de sólo algunos, sino que su costo fuera tomado a cargo por la comunidad toda, asumiendo que había sido la comunidad toda quien había convalidado tan abominable institución.

Ya hemos dicho hasta qué punto luce carente de toda justificación y, por ende, de razonabilidad, una legislación que frente a daños similares (los que sufre un paciente a causa de una mala praxis, los que sufre un alumno que es lesionado mientras se halla en la escuela o un peatón que es arrollado por un vehículo, etc.) establezca regímenes de responsabilidad diferenciados según que el establecimiento sanitario o educativo o el vehículo, pertenezcan al Estado o a una persona privada. El mandato constitucional de preservar la incolumidad del patrimonio es el mismo, cualquiera sea la persona del dañador y, en consecuencia, toda regulación legal que niegue a algunas víctimas, lo que concede a otras en iguales condiciones y circunstancias, será inconstitucional. De la misma manera lo será si concede a algunos dañadores (en el caso el Estado, las personas jurídicas públicas estatales y los funcionarios) ciertos privilegios que aminoran o condicionan su responsabilidad, otorgándoles preferencias sobre otros dañadores.

VIII. Reflexiones desde los derechos constitucionales de los usuarios

También es necesario reflexionar sobre el tema que nos ocupa desde la perspectiva de los derechos constitucionales de los usuarios de los servicios públicos, porque está fuera de toda duda que las normas constitucionales y legales específicas tutelan por igual a los usuarios de éstos y a los de los servicios regidos por el derecho privado. Ni el art. 42 C.N. ni las disposiciones de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, excluyen a los usuarios de servicios públicos, ni menguan su amparo normativo, por el contrario, los incluyen expresamente (véase art. 42 C.N. último párrafo, arts. 2, 19, 25 a 31 y CC. de la Ley N° 24.240).

Sin pretender entrar a profundizar sobre el concepto y naturaleza de los servicios públicos, podemos decir que se trata de actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas que, en base a una decisión estatal, fundada en el grado de intensidad y vinculación con el bien común de la necesidad a satisfacer, el Estado en cualquiera de sus niveles asume como propia, sustrayéndola total o parcialmente del régimen de libre competencia y libre contratación que predomina en el derecho privado, para someterla a un riguroso control y regulación propio del derecho público.

Pero eso no significa que forzosamente el prestador de un servicio público deba ser una persona jurídica estatal. La doctrina administrativista clásica admite pacíficamente que su prestación puede ser desarrollada por la administración en forma directa o indirectamente²⁷, recurriendo a la colaboración de particulares mediante diversas modalidades de contratación, entre las que se destaca la concesión de servicio público.

Ahora bien, en cualquier caso es posible que el usuario sufra daños en su persona o bienes a causa de alguna acción u omisión del prestador del servicio público o del riesgo o vicio propios de éste y, en esta hipótesis se nos plantea también el dilema: ¿Queda el caso regido por el art. 40 de la Ley N° 24.240 o, por el contrario, será aplicable la Ley N° 26.944 o las leyes que pudieren dictar las diversas provincias y, en su caso, las ordenanzas municipales que regulen el punto?

Si el servicio público es prestado en forma directa por el ente estatal, la discusión nos remite a los aspectos ya analizados en los puntos anteriores (federalismo, república, igualdad y propiedad), pero con un agravante y es que cualquier mengua en la tutela de la víctima del daño, en estos casos añadiría a la violación a los principios constitucionales ya analizados, un desconocimiento al mandato explícito que hace el art. 42 C.N. a las autoridades públicas, de proteger en la relación de consumo los derechos de los usuarios a “la protección de su salud, seguridad e intereses económicos ... y a condiciones de trato equitativo y digno”. Limitar de cualquier manera la responsabilidad del prestador de un servicio público por daños ocasionados al usuario que guarde relación causal

²⁷ Bielsa, Rafael; “Derecho Administrativo”, tomo 1, Bs.As., La Ley 1964, 6ª. Ed., pág. 44. Esa es además la solución que explícitamente adoptan en general las constituciones provinciales, entre ellas la de Córdoba en su art. 75 que establece que “...pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta, y por particulares”.

con ese servicio, importaría un evidente alzamiento contra el mandato constitucional que nos ocupa.

Pero la contraposición con la Constitución Nacional se torna todavía más patente si imaginamos un daño es ocasionado al usuario con motivo de la prestación de un servicio público encomendado a un particular, sea por concesión u otra figura contractual, porque el art. 6 de la Ley N° 26944 es, desde mi punto de vista, manifiestamente inconstitucional cuando dispone que “El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

Podemos coincidir con la doctrina administrativista en que el concesionario de servicio público actúa como empresario con ánimo de lucro y lleva adelante la explotación “a su propia costa y riesgo”. Pero de allí a sostener, como lo hacen destacados autores²⁸ que únicamente el concesionario -y no el ente estatal concedente- es responsable por los daños causados a terceros por hechos que importen el ejercicio de la concesión, hay una larga distancia.

Es que no puede perderse de vista en este punto que el ente estatal, titular y concedente del servicio, es quien ha tomado la decisión de someter la actividad a un régimen de monopolio (perfecto o imperfecto), quien ha elegido al concesionario teniendo en consideración, entre otras cosas, su solvencia económica y técnica (por lo que podría, incluso desde la doctrina tradicional, configurarse un supuesto de culpa in eligendo) y se ha reservado el poder de control y mecanismos jurídicos para hacerlo efectivo a través de las denominadas “cláusulas exorbitantes” (por lo que podría, desde igual perspectiva, configurarse un supuesto de culpa in vigilando).

Por eso parece más acertada y justa la postura de otro sector de la doctrina, integrado por autores de no menor valía, que antes de la Ley N° 26944, se pronunciaban claramente diciendo que existe también responsabilidad del titular del servicio por los daños causados a terceros en ejercicio de la concesión²⁹.

²⁸ Marienhoff, Miguel S, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, tomo III-B, 1970, pag. 581; Pérez Hualde, Alejandro, “El concesionario de servicios públicos privatizados - La responsabilidad del Estado por su accionar”, Lexis Nexis – Depalma, 1997; Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Fundación Derecho Administrativo, 2003, pag. XX-8 y ss., entre otros.

²⁹ Bustamante Alsina, LL 1990-C-429; Cassagne JuanCarlos, LL 2007-B-1293 y E.D. 159-

En mi opinión la responsabilidad del titular del servicio dado en concesión frente al usuario es de carácter objetivo y surge nítida del art. 40 de la Ley N° 24.240, que “se aplica a toda clase de servicios públicos”, entre ellos el transporte y “es indiferente si el servicio está a cargo del Estado o ha sido privatizado o si es prestado a domicilio o no”³⁰. No encuentro razones para que el ente estatal titular de un servicio público no sea considerado “proveedor” de ese servicio en los términos del art. 40 de la L.D.C. (texto incorporado por el art. 4° de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998) y por ende claramente situado en el polo pasivo de la relación de consumo, aunque preste el servicio valiéndose de la colaboración de un particular contratado a tal fin.

En efecto, se ha dicho que el concepto de proveedor “se construye a partir del dato sociológico que muestra situado frente al consumidor a un profesional caracterizado por su superioridad técnica, económica y jurídica, con cuya participación en la cadena de comercialización de los productos o servicios destinados al consumo persigue la obtención de beneficios”³¹.

El hecho de que el usuario no haya contratado con el ente estatal concedente sino con una empresa privada concesionaria, no excluye la condición de “proveedor” de aquél, de la misma manera que en el ámbito de las relaciones de consumo privadas tampoco queda excluida la condición de “proveedor” para el fabricante, importador, productor, constructor, distribuidor, etc. de un producto, aunque el usuario o consumidor que resultó dañado sólo haya tenido vínculo contractual con el comerciante que le vendió el producto o le prestó el servicio³².

Si no caben dudas que todos los sujetos de derecho privado que de alguna manera intervienen en la cadena de producción, distribución y comercialización de un producto o servicio integran el polo pasivo de la relación de consumo y responden en tal carácter frente al usuario o consumidor dañado, menos pueden caber aún que ocurre lo mismo con el titular de un servicio concesionado, porque la intervención e injerencia que éste tiene en la relación entre el concesio-

987; Di Stéfano, Marta y Rubín Miguel, E.D. 222-909.

³⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal –Culzoni, 2009, pág. 55.

³¹ Frustagli, Sandra; “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor” en Revista de Derecho Privado y Comunitario”- Rubinzal – Culzoni, 2009-1, pág. 232.

³² Véase Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., “Ley de Defensa del Consumidor”, Rubinal – Culzoni, 2010, págs. 231/232.

nario y el usuario es mucho más intensa (bases y condiciones, niveles de calidad, tarifas etc.).

Las razones expuestas me llevan a concluir que el art. 6 de la Ley N° 26944 no resiste al más superficial control de constitucionalidad por su manifiesta contraposición con el art. 42 C.N., ya que establece una írrita diferenciación entre la situación del Estado y la de los particulares en situaciones equivalentes, a la vez que priva de tutela a la parte débil de la relación de consumo. Por otra parte, hierde el sentido más elemental de justicia admitir que el ente estatal que por voluntad política propia asumió como servicio público a una determinada actividad, sustrayéndola de la libre competencia del mercado y sometiénola a un régimen de derecho público con una regulación y control intensos, pueda desentenderse alegremente y en forma unilateral de las responsabilidades que genera la prestación de ese servicio, delegando su prestación contractualmente en un tercero, a quien ese mismo ente estatal selecciona como prestador, le fija las condiciones de esa prestación y se reserva amplias facultades para controlarlo y sancionarlo en caso de incumplimiento, incluso con la caducidad o rescate de la concesión.

IX. Conclusiones

Los puntos analizados precedentemente nos ponen de manifiesto las serias tensiones que surgen entre la legislación del Congreso que nos ocupa y el orden constitucional.

Esas tensiones hacen que la solución que se muestra más razonable y jurídicamente correcta sea la derogación lisa y llana de la Ley N° 26944 y la reforma de los arts. 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial, para volver el texto que originariamente había propuesto la comisión redactora y que fue alterado por el Poder Ejecutivo Nacional al remitir el proyecto al Congreso. Esa solución se mostraría como un avance en el proceso republicano de profundización de las responsabilidades del Estado y sus funcionarios, en un contexto de igualdad.

Pero si esa labor legislativa no se concretara y se insistiera en que los regímenes de responsabilidad del Estado y sus funcionarios deben ser distintos del régimen de responsabilidad de las demás personas y que, en lo que hace a la responsabilidad de las provincias y los municipios autónomos, éstos tienen atribu-

ciones para regular por sí esta materia, será necesaria una ardua labor de la doctrina y la jurisprudencia que armonice la diversidad de regímenes que se generaría, de manera tal que -para no incurrir en violación a los derechos y garantías constitucionales arriba mencionados- establezca como mínimo común denominador para todos los regímenes los derechos que le reconoce a la víctima el Código Civil y Comercial. De tal manera, aun abriendo las puertas a un mosaico de regímenes, quedaría preservado el principio de igualdad, para lo cual debería declararse la inconstitucionalidad de todas las normas, del Congreso, de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires o de municipios de provincia, que pretendan restringir los derechos de la víctima por debajo de ese mínimo. Los regímenes especiales podrían reconocer, entonces, mayores derechos a la víctima, pero jamás podrían válidamente, retaceárselos.

El derecho de daños a principios del siglo XXI**

JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ***

I. La sociedad posmoderna

1. Se señalan dos hitos que marcaron el paso de la modernidad o sociedad industrial, a la posmodernidad, modernidad tardía, segunda modernidad o sociedad post-industrial: la caída del muro de Berlín (1989) y la explosión de la central nuclear de Chernobyl (1986), a los que nosotros agregaremos la apertura de los protocolos de Internet para el uso generalizado del público (entre 1986 y 1990).

La caída del muro de Berlín produjo el fin de la división de los países en dos grandes bloques, para dar paso a la unificación a través de las reglas del mercado, en lo que se dio en llamar el Fin de la historia (Fukijama)¹, como modo de patentizar la finalización de la dialéctica propia del capitalismo, para pregonar su triunfo definitivo.

La explosión de la central de Chernobyl expuso de manera dramática las consecuencias visibles de la modernidad y su modelo de utilización ilimitada de la ciencia y la tecnología para la apropiación de la naturaleza, mostrando al mundo miles de seres humanos muertos o mutilados y sus consecuencias para las generaciones futuras.

* Discurso pronunciado por el autor con motivo de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, el 18 de octubre de 2016. El académico a incorporarse fue presentado por el Sr Académico de Número Dr. Ramón Daniel Pizarro.

** El presente artículo es la continuidad de ideas presentadas con anterioridad en La sociedad del riesgo y el derecho de daños, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año IX, n° 10, octubre de 2009-I y en “Las funciones del derecho de daños en la sociedad del riesgo”, en LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, N° 10, Enero-Diciembre 2014, Lima, Perú, 2015, pág. 55.

*** El académico ocupará el sillón Lisandro Segovia.

¹ FUKUJAMA, Francis. EL FIN DE LA HISTORIA Y EL ULTIMO HOMBRE, Barcelona: Planeta, 1994.

La universalización de la Internet produjo la creación de la más extensa red de comunicaciones jamás concebida, interconectando a millones de personas, en tiempos reales, desde los lugares más remotos del planeta. La aldea global, imaginada por Marshall Mc Luhan², se hizo realidad.

2. Se presenta una realidad social, económica, cultural, moral, jurídica, diferente, la llamada sociedad postindustrial.

Los científicos sociales vislumbran un nuevo orden mundial caracterizado, entre otros síntomas, por:

- El paso de una economía industrial a una economía de servicios y de consumo.
- La renovación de las formas tradicionales del arte, la cultura, el pensamiento y la organización social.
- La ruptura con el pasado y la tradición.
- El relativismo. El hombre basa su existencia en la pluralidad de opciones. La personalidad individual pierde sustentos firmes: es siempre un continuo, pues la identidad siempre es un proyecto inacabado³.

- Los medios de masivos de comunicación se constituyen en centros de poder. Se pierde el concepto de autoridad, se desacraliza la política y desmitifican los líderes.

3. Las ciencias sociales abordan esta realidad desde diferentes enfoques; los autores valoran de manera disímil esta nueva etapa de la humanidad. Algunos, positivamente, poniendo el eje en las posibilidades casi ilimitadas que presenta, y en la apertura y democratización de los procesos sociales; otros, en términos críticos, cuando no apocalípticos, por la degradación moral, el debilitamiento de lazos sociales, la consolidación del pensamiento único⁴.

Así, por ejemplo, quienes realzan las bondades de la posibilidad infinita de comunicaciones y acceso a la información, se refieren a esta época como la sociedad de la información, realzando las posibilidades que las nuevas tecnologías abren para la humanidad⁵.

² McLUHAN, Marshall, GUERRA Y PAZ EN LA ALDEA GLOBAL, Planeta- DeAgostini, Barcelona, 1985.

³ BAUMAN, Zygmunt, MODERNIDAD LIQUIDA, Trad. de Mirta Rosenberg en colab. Con Jaime Arrambide Squirru, 1ª. Ed., 8ª. Reimp., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, pág. 34: "La completitud es siempre futura, y los logros pierden su atractivo y su poder gratificador en el mismo momento de su obtención".

⁴ V.g. BAUMAN, Zygmunt, MIEDO LIQUIDO. La sociedad contemporánea y sus temores, Trad. de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007, esp. Cap. 4, pág. 125 y ss.

⁵ Para una introducción a los problemas sociales, económicos, jurídicos, culturales, de-

Desde otra perspectiva, el filósofo italiano Gianni Vattimo⁶, al analizar la función de la información en estos tiempos, expresa que, además del final del colonialismo y del imperialismo, ha habido otro factor decisivo para el advenimiento de la posmodernidad: la irrupción de la sociedad de la comunicación. La lógica del mercado de la comunicación implica que *“todo, en cierto modo, venga a ser objeto comunicación”*, por lo que todo es materia de interpretaciones. Hemos entrado en una especie de babel informativa, donde la comunicación y los medios adquieren un carácter central. Es el paso del pensamiento fuerte, metafísico, al pensamiento débil. Las ideas de la posmodernidad y del pensamiento débil están estrechamente relacionadas con el desarrollo del escenario multimedia, con la toma de posición mediática en el nuevo esquema de valores y relaciones y con la influencia de los medios en las determinaciones sociales y políticas. Ponemos de resalto esta idea, las que nos será útil a la hora de analizar la situación del derecho de daños en la actualidad.

4. Los anteriores son sólo ejemplos de cómo la posmodernidad ha influido de manera decisiva en todos los ámbitos del pensamiento, el que se encuentra en la búsqueda de un nuevo modelo explicativo de la nueva y compleja realidad.

Si bien, contemporáneamente, asistimos a una instancia de transformaciones, impulsada por el reposicionamiento geopolítico con posterioridad al 11 – S, por los movimientos globalifóbicos y altermundistas, por el resurgimiento de populismos, por la crisis mundial del capitalismo iniciada hacia fines de 2008 con la caída de Lehman Brothers (aún con final imprevisible) la sustancia de esta nueva sociedad permanece incólume, así como su caracterización como “sociedad del riesgo”.

rivados de la sociedad de la información: NEGROPONTE, Nicholas, SER DIGITAL, Atlántida, Bs.As., 1995; BARRET, Neil, EL ESTADO DE LA CIBERNACION, Flor del Viento, España, 1998; SANCHEZ BLANCO, Angel, INTERNET, SOCIEDAD, EMPRESA Y PODERES PUBLICOS, Comares, España, 2000 (con un rico repaso acerca de los debates generados en la sociedad española en torno a esta cuestión); LESSIG, Lawrence, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE, Basic Books, EEUU, 1999 (quien plantea un oscuro futuro por la dominación de las redes por las grandes corporaciones); en nuestro país: SARRA, Andrea Viviana, COMERCIO ELECTRONICO Y DERECHO, Astrea, Bs.As., 2000, esp. Parte Primera.

⁶ VATTIMO, Gianni, Posmodernidad ¿Una sociedad transparente?, en VATTIMO, Gianni y O., EN TORNO A LA POSMODERNIDAD, Anthropos Editorial, 1994, pág. 9.

II. La sociedad del riesgo

1. Fue Ulrich Beck⁷ quien acuñó la frase “Sociedad del riesgo” para caracterizar a los tiempos post-industriales o de la segunda modernidad, poniendo énfasis en la existencia creciente de amenazas a las personas, los bienes, la naturaleza, en definitiva a la subsistencia misma del planeta y de la humanidad.

Los riesgos proceden de una sobreproducción industrial, son globales y sus causas son modernas. “Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior”, dice Beck⁸.

“La modernidad es una cultura del riesgo (expresa Giddens⁹), la evaluación de los riesgos invita a la precisión, y también a la cuantificación, pero por su propia naturaleza es imperfecta. Dado el carácter móvil de las instituciones modernas, unido a la naturaleza mutable y frecuentemente controvertida de los sistemas abstractos, un buen número de criterios fijos de riesgo, de hecho, hacen gala de numerosos imponderables”.

La modernidad reduce riesgos totales en ciertas áreas y modos de vida, sin embargo, al mismo tiempo, introduce nuevos parámetros de riesgo desconocidos totalmente, o en su mayor parte, en épocas anteriores.

2. Según Beck¹⁰: (a) Estos riesgos causan daños sistemáticos y a menudo irreversibles, suelen permanecer invisibles y se basan en interpretaciones causales, por lo que sólo se establecen en el saber (científico o anticientífico) de ellos, y en el saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición. (b) Los riesgos de la modernización afectan más tarde o más temprano también a quienes los producen o se benefician con ellos;

⁷ BECK, Ulrich, LA SOCIEDAD DEL RIESGO. Hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 2006.

⁸ Op. cit., págs. 29 y ss.

⁹ GIDDENS, Anthony, La Modernidad desmembrada y ambivalencia, en A. Giddens, Z. Baumann, N. Luhmann, U. Beck, LAS CONSECUENCIAS PERVERSAS DE LA MODERNIDAD, Josetxo Beriain Com., Anthropos Editorial, 1996. pág. 33.

¹⁰ BECK, Ulrich, Op. cit., loc. cit.

(c) La expansión de los riesgos no rompe en absoluto con la lógica del desarrollo capitalista, sino que más bien la eleva a un nuevo nivel... Se puede calmar el hambre y satisfacer las necesidades, pero los riesgos de la civilización son un barril de necesidades sin fondo, inacabable, infinito, autoinstaurable. (d) Lo que hasta el momento se había considerado apolítico se vuelve político: la supresión de las causas en el proceso de industrialización mismo.

“Ahí queda claro de una manera ejemplar de qué se trata propiamente en la disputa pública sobre la definición de los riesgos: no sólo de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino de los efectos secundarios sociales, económicos y políticos de estos efectos secundarios”.

3. Desde una perspectiva más amplia, Gonzalo Sozzo¹¹ realiza una interesante descripción de los riesgos a los que la humanidad se ve expuesta, a los fines de determinar las vías para acometer su prevención.

“Riesgos culturales consistentes en la pérdida de las identidades y la memoria... Los riesgos ambientales ... en los cuales la amenaza consiste en el deterioro del medioambiente y la ocurrencia de catástrofes... Los denominados riesgos sociales tienen su propia identidad y constituyen un ámbito de estudios específicos. Aquí la amenaza consiste en la pérdida del trabajo y la ausencia de ingresos en la ancianidad... Existen también riesgos económicos y financieros; es el caso del colapso de los mercados globales... Un grupo de riesgos que pueden ser estudiados como tales son los ‘riesgos políticos’ consistentes en el advenimiento de totalitarismos, dictaduras y redes de terrorismo... No es menos importante el sector de los riesgos personales, por ejemplo, sufrir un accidente cotidiano, no tener salud o alimentos. Finalmente pueden individualizarse los denominados ‘riesgos científico-tecnológicos’, que no son otros que los producidos por el desarrollo de la ciencia y las tecnologías y que son estudiados por los sciences studies que, a partir de la reflexión crítica acerca de la cien-

¹¹ SOZZO, Gonzalo, “Los riesgos como problemas”, en *El gobierno de los riesgos*, Gonzalo Sozzo (Coordinador), Universidad Nacional del Litoral, 2007, Santa Fe.

cia y sus derivados, procuran recorrer el camino de la humanización de la ciencia... Es el campo jurídico el destino de una regulación de este tipo de riesgo”.

4. El maquinismo del siglo 19 transformó la vida en sociedad, y los riesgos a los que se exponían las personas y sus pertenencias.

Las máquinas autopropulsadas ponían en peligro de manera dramática a la salud de las personas, ante la presencia de objetos que exorbitaban las posibilidades de control de quienes las manipulaban o ponían en funcionamiento, o la posibilidad de producir bienes en masa, situación en la que las posibilidades de control de la calidad de sus propiedades escapaban a los estándares de cuidado hasta allí conocidos.

A principios del siglo 21 podemos vislumbrar máquinas y productos cada día más seguros, por lo que su peligrosidad disminuye o puede, en gran medida, ser controlada. Mucho tuvo que ver con ello que el derecho, en su función regulatoria, impuso suficientes incentivos para que se extremaran los medios preventivos de los riesgos inherentes.

Sin embargo, la apropiación continua de los bienes de la naturaleza, necesaria para la producción y el consumo masivos, generan nuevos ámbitos de peligros, sobre bienes hasta hace un tiempo descuidados: ahora el peligro se cierne sobre el hábitat mismo en el que la humanidad vive.

Además, el comienzo de siglo nos muestra nuevas formas de dañosidad, inherentes a las nuevas tecnologías. Pensemos en las tecnologías de la información, que permiten captar, acumular, procesar y difundir la más extraordinaria cantidad de datos nunca imaginada. Cualquier dato de cada uno de nosotros, aún el menos pensado, puede estar, en este mismo momento, almacenado en algún lugar del mundo, esperando a ser usado con fines comerciales o políticos, con buenas o con malas intenciones. Los bienes más preciados del hombre, como su identidad, su honor, su intimidad, su nombre o su imagen se ven ahora amenazados ante la posibilidad irrestricta de su utilización, sin su consentimiento.

La legislación del mundo ya tomó cartas en el asunto; también, en parte, nuestro país.

Más la rapidez de los cambios tecnológicos, con ello la imposibilidad completa de su control, y la presencia de grandes corporaciones que se disputan su manejo, hacen dificultosa la tarea de las reglas del derecho.

Será éste, sin dudas, uno de los grandes problemas a resolver a corto plazo a principios de siglo y, allí, el derecho de daños tendrá una ardua tarea.

5. Si los daños son universales y la mayoría de las veces irreversibles, la mirada se pone, entonces, en la necesidad de prevenir, de atacar las causas.

Más la tarea está plagada de obstáculos. Las causas son invisibles y muchas veces desconocidas. O conocidas y ocultadas.

La ciencia, que produce el riesgo, es la encargada también de patentizarlas. ¿Puede ser la ciencia neutral en esa tarea?

Los riesgos tienen componentes científicos, pero también sociales. La definición social del riesgo cobra su importancia. No basta que los científicos dictaminen que una actividad no es riesgosa, si la comunidad la siente como tal (la oposición de la sociedad a las actividades mineras o instalación de industrias que se presumen dañinas, aunque no exista prueba sobre ello, constituyen ejemplos de esta aserción).

Beck¹², al referirse a la postura que la noción de producto riesgoso proviene exclusivamente de las ciencias, expresa: “*Aquí tenemos un error de categorías: un análisis de las sustancias nocivas basado en la naturaleza y en el producto no está en condiciones de responder a la pregunta de la falta de peligro, o al menos no lo está mientras el ‘peligro’ y la ‘ausencia de peligro’ tengan algo que ver con las personas que tragan y respiran*”, poniendo de resalto la noción subjetiva de riesgo.

III. La expansión de los intereses protegidos

Las transformaciones en la sociedad se tradujeron en cambios culturales, que atravesaron las diferentes disciplinas vinculadas a las conductas humanas.

Nuevas ideologías en pugna, montadas sobre estructuras filosóficas renovadas, no podían dejar de impactar sobre las teorías científicas.

La comprensión de las ciencias como fenómenos culturales, situados en la historia e íntimamente vinculados con el mundo sobre el cual proyectan sus pretensiones explicativas, permite dar cuenta de este proceso.

Un especial potencial transformador posee el proceso de ampliación, dispersión y (hasta cierto punto) estallido del sistema de intereses considerados relevantes por el Derecho.

¹² BECK, pág. 39.

El derecho clásico fue concebido sobre una idea fundante: la posibilidad de delimitar los intereses “dignos de tutela jurídica”, dejando fuera de la esfera de protección otros intereses, sean estos inocuos (y por ello mismo irrelevantes para el derecho) o pasibles de rechazo y cuestionamiento. El recorte sí hizo a través de la noción de “derecho subjetivo”.

Este recorte de la realidad no parecía arbitrario en la época, imperando un modelo uniforme de sociedad y de cultura. En este cuadro, el sistema normativo recogía la ideología del momento y funcionaba, simultáneamente, como herramienta de disciplinamiento social, procurando modelar la realidad a la medida de la representación que de ella tenían las clases sociales habilitadas para intervenir en la creación del derecho.

Más temprano que tarde, esta manera de circunscribir los intereses tutelables entró en crisis. En primer término, con la revelación de la cuestión social desde las más dispares ideologías se constató la aparición de un nuevo sujeto en el escenario: el trabajador asalariado.

Esto alteró la visión tradicional de los derechos subjetivos que eran, por definición, universales, individuales y abstractos: el mundo del trabajo trajo la idea de derechos sectoriales e intereses grupales que debían protegerse mediante técnicas especiales, que contemplaran la existencia de intereses plurisubjetivos.

Posteriormente, tendencias dispersas, pero convergentes en un punto, como la posmodernidad, el multiculturalismo y los movimientos ambientalistas fueron llamando la atención sobre otros intereses que no encuadraban en la concepción tradicional de derecho subjetivo individual.

La sociedad había cambiado y reclamaba doctrinas que reconozcan este cambio. Nuevas sensibilidades (por ejemplo, ambientales), reivindicaciones identitarias (de minorías étnicas, sexuales, nacionales o religiosas), autoreconocimientos de grupos aglutinados por intereses en común (por ejemplo, los consumidores o pueblos originarios), fueron erosionando la pretensión de acotar y delimitar los intereses protegidos.

El derecho estatal y, más genéricamente, el Estado, perdió el monopolio en la fijación de las conductas esperables en la sociedad, siendo reemplazado por construcciones transnacionales, rápidamente difundidas a nivel mundial por efecto de la globalización comunicacional e informativa.

En este contexto, ya no puede pensarse que exista una vara suficientemente confiable que permita discernir qué intereses sean dignos de tutela jurídica y

cuáles no lo son: con algunas notables excepciones que excluyen ciertas posiciones por ser profundamente reactivas ante un sistema democrático, pluralista y respetuoso de las identidades personales, los rasgos de identidad y los proyectos de vida han quedado equiparados, expropiándose al derecho la facultad de legitimar algunos en detrimento de otros.

Estos intereses han quedado igualados en su reconocimiento, desbordando la categoría del derecho subjetivo. A la vez, también se ha puesto en crisis la individualidad de los derechos, al reconocerse la existencia de intereses colectivos que se proyectan sobre bienes indivisibles e intereses que, aún individuales, posibilitan un tratamiento colectivo por razones de conveniencia práctica.

Por fin, hasta la propia correlación entre sujeto e interés protegido se encuentra en crisis, principalmente en lo tocante a la cuestión ambiental: desde las denominadas “futuras generaciones”, cuyos intereses deben ponderarse en el marco de un desarrollo sustentable hasta los reconocimientos de derechos de los animales y (más genéricamente) de la naturaleza, ponen en evidencia la ampliación de la noción de derecho e interés.

Estas realidades impactan de manera notable en la concepción de las normas que regulan al hombre frente a los daños a los que se ve expuesto.

IV. El derecho de daños a principios de siglo

1. La transformación del derecho de daños

En el derecho de daños los modelos teóricos se actualizan para describir la nueva realidad y diseñar las herramientas adecuadas para el fin¹³.

Ante una sociedad sujeta a riesgos globales, invisibles, indeterminables, irreversibles, el modelo de la responsabilidad civil de los códigos del siglo diecinueve es insuficiente. Y ante la necesidad de tutelar nuevos intereses, no catalogados, la teoría del derecho de daños cambia.

¹³ Las ideas esbozadas son desarrolladas con amplitud, profundidad y lucidez por ALTERINI, Atilio, en *Rumbos actuales del derecho de daños*, LA LEY 2008-E, 1295 - RCyS 2008, 301.

2. Las funciones del derecho de daños. De la reparación a la prevención y disuasión

Ante daños irreversibles, el objetivo es evitar antes de reparar.

El individuo ya no se conforma con buenas indemnizaciones; un mutilado, quien perdió a un ser querido, o fue difamado públicamente hubiese preferido no haber sido lesionado. La sociedad no soporta ya la exposición a fuentes contaminantes de su ambiente o al consumo de productos que pongan en peligro su salud.

Entonces, se actualizan también las bases teóricas sobre las funciones del derecho de daños; las tradicionales subsisten, pero actualizadas.

La función reparatoria se expande, para abarcar cada vez más intereses y con instrumentos más sofisticados de reparación. A mayores posibilidades de afrontar reparaciones, mayores son los cuidados que adoptan los posibles dañadores.

La función sancionatoria, tradicionalmente vedada al derecho de la responsabilidad civil, aparece como una herramienta útil para sus fines actualizados. La disuasión -íntimamente vinculada a la sanción y a la reparación- se muestra eficaz si los instrumentos sancionatorios o reparatorios inciden “*a tal punto sobre el patrimonio del agente que lo induce a no cumplir el acto dañino o a ejercitar actividades que envuelven una ostensible reducción del margen de riesgo*”¹⁴.

En este marco, los daños punitivos, incorporados en el año 2008 a la legislación del consumo argentina, es una herramienta eficaz en la función disuasoria atribuida a la provincia de la responsabilidad civil. En este principio de siglo se deberá ahondar en la creación de mejores técnicas de cuantificación de las sanciones, para que cumplan con la función disuasiva para las que están destinadas.

3. La función preventiva (impeditiva) del derecho de daños

En los últimos desarrollos de la responsabilidad civil se ha puesto el acento en la función preventiva del derecho de daños, con un perfil diferente a la finalidad preventiva que las herramientas reparatorias, sancionatorias o disuasorias (actualizadas a estos tiempos), pueden perseguir.

¹⁴ ALPA, Guido, RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO. Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2001, pág. 75.

Al hacerse referencia a la función preventiva se alude a la necesidad ineludible de actuar con acciones específicas de prohibición de las actividades posiblemente dañosas. Preferimos llamar a esta tarea, función impeditiva del derecho de daños.

En principio, se habló de pasar de un sistema de prevención general (*general deterrence*) a uno de intervención legislativa limitada a determinados sectores (*specific deterrence*) a fin de desarticular la ocurrencia de un número de daños tan alto que constituiría un peligro para la misma sociedad¹⁵.

Más la definición legislativa parece insuficiente, ante la imperceptibilidad de las causas generadoras y su constante mutación.

Entonces el modelo de prevención se extiende y las competencias se acumulan. Ya no es sólo el legislador quien puede impedir o regular las actividades posiblemente dañosas. El juez aparece como un nuevo actor en el conflicto.

El juez es puesto en el centro de la escena y se le imponen medidas positivas de evitación del daño.

El art. 4 de la ley general del ambiente de la Argentina expresa: “*Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente*”.

Este es el modelo más avanzado de prevención, que permite a las autoridades, administrativas o judiciales, tomar medidas impeditivas aún ante ausencia de información cierta sobre las causas del peligro del perjuicio.

El Código Civil y Comercial para la Argentina reconoce de manera expresa la función preventiva de las reglas del derecho de daños, articulando reglas para su actuación. El artículo 1710 determina el deber de toda persona de evitar, en cuanto de ella dependa, causar un daño o disminuir su magnitud y de no agravarlo si ya se produjo. El artículo 1711 habilita la acción procesal preventiva frente a cualquier acción u omisión que, previsiblemente, pueda producir un daño, su continuación o agravamiento, legitimando a cualquiera que acredite un interés razonable. El artículo 1712 regla el contenido posible de la Sentencia preventiva, el que puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, en forma provisoria o definitiva, ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

¹⁵ ALPA, Guido, Op. cit., pág. 77.

Se abren posibilidades amplias y relativamente indeterminadas de intervención judicial en pos de la evitación de daños aún no producidos, o para impedir su agravamiento.

Se habilita a cualquier persona con un interés razonable a pedir medidas preventivas, y al juez a crear obligaciones de cualquier tipo, a cargo del demandado o de terceros, para evitar un daño en ciernes, o hacer cesar el que se está produciendo. Nociones clásicas sobre legitimación procesal y sustancial, congruencia, principio dispositivo o alcances de la cosa juzgada, fundantes del derecho procesal civil clásico, se ven en crisis ante esta nueva tarea encargada al derecho privado.

La ley de ambiente habla de peligro y no de riesgo¹⁶. En la teoría de los riesgos se suele distinguir entre amenaza y riesgo; una amenaza es todo aquello que tenga una posibilidad o probabilidad de ocurrir, como causante de daño, y el riesgo es el producto de la ocurrencia de la amenaza y su consecuencia. Desde un punto de vista probabilístico, una amenaza no puede ser considerada un riesgo sin al menos un hecho en que se haya producido el daño. Si se acepta esta distinción como útil, la prevención, en la fase actual, trabaja en base a amenazas, y no a riesgos.

El juez deberá trabajar ahora sobre bases mucho menos sólidas. ¿Quién determina la existencia de peligro de daño grave o irreversible -en la terminología de la ley general de ambiente-, si no existe información o certeza científica suficiente?¹⁷

¹⁶ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, INSTITUCIONES DE DERECHO AMBIENTAL, M.E.L. Editor, Córdoba, Argentina, 2005, pág. 111: “La aplicación del principio precautorio supone: a) La identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, un producto o un proceso; y b) Una evaluación científica de los riesgos que debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión”.

¹⁷ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, Op. cit., pág. 112: “La Evaluación de Riesgos se compone de cuatro elementos, a saber: a) identificación del peligro; b) caracterización del peligro, c) evaluación de la exposición y d) caracterización del peligro. Los límites del conocimiento científico pueden afectar a cada uno de estos componentes...Las autoridades públicas responsables deben adoptar las medidas de gestión de riesgo, a tenor de una apreciación ‘política’ del grado de protección deseado...Igualmente las medidas que se adopten, presuponen el estudio de las ventajas y de las cargas derivadas de la acción o de la falta de acción (‘en función de los costos’). Dicho estudio tendrá en cuenta los costos sociales y medioambientales, así como aceptación que pueden suscitar entre la población las distintas opciones posibles, e incluirá, cuando sea factible, un análisis económico pero siempre concediendo carácter prioritario a las exigencias vinculadas a la protección de la salud pública”.

Aparece con fuerza el concepto de construcción social del peligro¹⁸. E irrumpen los medios de comunicación como vehículos de intereses.

El juez es arte y parte, pues debe decidir sobre cuestiones que les son propias. Los daños ya no son de otros, no decide sobre la suerte de un peatón embestido por un automóvil, ni sobre la justicia de un contrato del cual no formó parte. Resuelve sobre aspectos que le incumben, pues los riesgos o peligros suceden a su alrededor; y también sobre los efectos secundarios de la prevención del daño: se lo evita, pero también se influye sobre el destino de quienes se perjudican con la evitación de los daños (el de los operarios y sus familiares, por ejemplo, ante el cierre de una fábrica).

Es que, en estos casos, la hipótesis causal que debe formular el juez para tomar la decisión impeditiva sólo podrá validarse, quizá, cuando la medida precautoria se haya efectivizado y, tal vez, mostrado falsa¹⁹. No es tarea fácil la que le cabe a los jueces en estos tiempos.

4. La noción de daño resarcible. Los problemas de la cuantificación

El derecho de daños del siglo 19 dirigía sus normas a intereses especialmente captados como jurídicamente relevantes, a través de la noción de derecho subjetivo. Sólo la lesión a aquellos intereses con reconocimiento expreso podía generar su resarcimiento.

La necesidad de apertura de ese concepto provino desde diversos requerimientos. En primer lugar, por la imposibilidad fáctica de obtener un catálogo completo de intereses protegibles, aún entre los tradicionales fundados en los derechos de la persona y del patrimonio. Luego, ante la creciente aparición de otros intereses individuales que reclamaron su inclusión. Pensemos que hasta

blica...

¹⁸ HILGENDORF, citado por PEREZ BARBERA, Gabriel, CAUSALIDAD, RESULTADO Y DETERMINACION, Ad-Hoc, Bs. As., 2006, pág. 44, expresa: “La concepción según la cual el examen causal constituiría una operación puramente cognitiva no es consistente. Antes bien, la exacta delimitación del resultado cuya causalidad debe explicarse presupone ya decisiones de quien ha de aplicar el derecho”.

¹⁹ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, Op. cit., pág. 113, expresan que la aplicación del principio genera controversias, por lo cual se lo ha intentado relativizar llevándolo a nivel de “enfoque” o de “guía” de actuación. Entre los temas controvertidos que marcan se encuentran el de determinar el umbral de “probable daño” o “daño serio e irreversible” para su determinación, la noción de “costo-beneficio” o “riesgo-beneficio” y el estado de los conocimientos científicos y técnicos y su incertidumbre.

no hace mucho tiempo se negaba el derecho a reparación por muerte al conviviente, al hijo de crianza o al padre de crianza, por no tener estos damnificados derechos subjetivos a alimentos del causante.

Se superó entonces la noción de derecho subjetivo, para incluir otros intereses valorados, no catalogados legalmente. El interés no ilegítimo es el concepto que preside ahora el análisis, en el que el intérprete puede incluir nuevas situaciones dignas de tutela, según los requerimientos que los valores sociales impongan.

Más la mayor ruptura con la noción tradicional de derecho subjetivo se produce a partir del reconocimiento de la existencia de intereses colectivos, que trascienden lo individual y se sitúan en la supraindividual. Intereses cuya protección se reclama, pero no pertenecen a nadie a particular, sino a todos; que, por ello, son indivisibles, metaindividuales, propagados e indisponibles.

La identificación de los intereses de incidencia colectiva genera numerosos nuevos problemas a la teoría del derecho de daños, creando la necesidad de instrumentos adecuados de reconocimiento, de legitimación en su defensa, de procedimientos adecuados para su ejercicio, de alcances de las decisiones relativas a ellos, entre otros.

El Código Civil y Comercial recepta estas nociones, al reconocer derechos individuales y de incidencia colectiva (artículo 14) y al conceptualizar el daño como la *“lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”*.

Los derechos sobre el ambiente y de los consumidores son la proa y tubos de ensayos en la materia.

Y aunque no fue aceptado por el Ejecutivo lo proyectado en el Código Civil y Comercial en relación los procesos colectivos, una importante tarea doctrinaria y jurisprudencial ha delineado ya sus principales directrices, tarea que, no lo dudamos, continuará en el futuro en búsqueda de las mejores soluciones para un problema de la cual dependerá buena parte de la salud de nuestra sociedad y planeta.

La aparición de nuevos tipos de daños, derivados de lesiones a intereses no patrimoniales y de intereses de incidencia colectiva plantea también un problema central en la teoría y práctica de la reparación: el dilema de la cuantificación en dinero de los daños que no recaen sobre bienes que circulan en

mercados con precios. La cuantificación de daños por muertes o incapacidades, de daños derivados a lesiones a bienes o derechos personalísimos, a lesiones de bienes colectivos o de daños extrapatrimoniales, es materia que circula insistente entre los debates académicos y judiciales, sin encontrar todavía puntos fijos de orientación. Esta tarea seguirá siendo central a principios de siglo.

5. Los problemas causales

En un contexto de incertidumbre sobre los fenómenos que causan los daños, la teoría causal tradicional es insuficiente para determinar reglas sobre el origen de los daños, necesarias para atribuir responsabilidad a su autor.

El derecho de daños clásico trabajó sobre el modelo causal de las ciencias naturales. Todo resultado tiene su causa, y ésta puede ser probada. La física de Newton fue el paradigma. De hecho, las teorías causales utilizadas en el derecho para determinar el origen de los daños eran teorías importadas de las ciencias naturales.

El recordado Luis Díez-Picazo, en su imperdible *Tecnología y Derecho de Daños*²⁰ prevenía ya por los años 70 del siglo pasado: “...Además de este cambio de fundamentación y del paso de la responsabilidad subjetiva o por culpa, a una subjetividad objetiva, hay otra forma, más larvada y oculta, en que la nueva tecnología presiona e incide en el Derecho de daños. El Derecho de daños de la Ley Aquilia, que es el derecho de daños que llega hasta la codificación, están fundado en un *Weltanschauung* en que las causalidades tienen que ser muy claras para detectarse culpas. Precisamente por la falta general de información y por la general falta de conocimientos científicos. Se trata, por ello, de un mundo en el que las calamidades son consideradas como hechos admirables, producto de la mano de Dios o del demonio, respecto de las cuales cabe únicamente la resignación. Creo que es una actitud generalizada la falta de resignación de la sociedad en que vivimos. Las calamidades ya no se consideran como un hecho de Dios, sino que son un hecho de los hombres entre los que hay que buscar y encontrar los culpables. Porque se piensa que siempre debe haber un culpable, si no es próximo, será un poco más lejano, pero al fin y al cabo habrá un culpable. Y si no lo es por acción, lo será por omisión, porque la responsabilidad se produce también por omisión...Precisa-

²⁰ Díez-Picazo, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado* (Dos esbozos), Civitas, Madrid, 1979, pág. 119.

mente por ello, y en función, por un lado, de la ampliación del sinnúmero posible de causas y, por otro, de la mayor complejidad de los artilugios y de los elementos técnicos, el juego de la dilucidación de los factores causales se hace cada vez más complicado y sofisticado...”.

La realidad hoy es mucho más compleja, porque los fenómenos sociales y naturales lo son. Pero, además, una profunda desconfianza en el conocimiento cabal de todas las causas. Se dice y repite que vivimos en el mundo de la incertidumbre, en el que ya no es posible determinar reglas inmodificables de causalidad.

Procesos causales en contextos de gran complejidad técnica (piénsese, por ejemplo, en la determinación causal en daños causados en prácticas médicas, ante la aparición de nuevos agentes hasta hoy desconocidos) o procesos causales en contextos de masividad, en los que los daños no reconocen causas únicas, sino múltiples condiciones que concurren y se superponen (pensemos en los daños al medioambiente, por ejemplo, la contaminación de la cuenca La Matanza-Riachuelo, hoy en juzgamiento).

Se actualiza la noción de autoría; se pasa de la autoría individual a la colectiva. El Código Civil y Comercial recepta el fenómeno, al aceptar que ante la presencia de grupos de dañadores las reglas tradicionales de prueba de la causalidad no son aplicables: serán los miembros del grupo quienes deberán probar quién es el autor (daños causados por grupos no riesgosos) o más rigurosamente que los sindicatos como responsables no participaban del grupo (grupos de riesgo).

Los sistemas son tan complejos e inciertos, que para la explicación de los resultados se transita del modelo de la causalidad necesaria (determinación causal), al de la causalidad probable (determinación probabilística), o directamente al de la determinación normativa de la causa, alejándose de la explicación de los orígenes de los daños desde una perspectiva natural²¹.

²¹ PEREZ BARBERA, Gabriel, CAUSALIDAD, RESULTADO Y DETERMINACION, Ad.Hoc, Bs. As., 2006, pág. 83: “...realizamos hipótesis causales no sólo porque ellas son posibles, sino porque son necesarias y excluyentes de toda otra clase de hipótesis. En este ámbito, hipótesis no causales serían inmediatamente dejadas de lado por no tener poder explicativo y resultar fácilmente refutables o falsables: bastará una serie finita pero suficientemente prolongada de experiencias sin ningún resultado adverso para demostrar que es seguro y no solamente probable, que la piedra caerá. Con relación al segundo ámbito (al determinado estadísticamente) ocurre la inversa: allí las variables-datos intervinientes son tantas...que centrar la explicación en una sola de ellas resultaría temerario...”.

O se recurre, rectamente, a presunciones legales de causalidad, en los que los factores presumidos deben asumir la prueba de una causa ajena que los libere de responsabilidad.

6. Los factores de atribución

La responsabilidad civil fundada en el obrar culposo del agente, reprochable en cuanto fuere obrado con plenas facultades y en el que se pudiese encontrar negligencia, imprudencia o impericia, fue un modelo adecuado y eficaz para relaciones humanas desarrolladas en forma personal y en sociedad pequeñas y con riesgos cognoscibles y acotados. Fue el paradigma del derecho civil de los códigos del siglo 19.

La formación de grandes conglomerados humanos, a partir del traslado de la población rural a las grandes ciudades, la exposición creciente de la población a los riesgos del maquinismo, en las fábricas y en su vida familiar, y la producción masiva de bienes potencialmente dañosos, pusieron en evidencia la insuficiencia de la culpa, y las herramientas procesales que la acompañaron, como criterio único de atribución.

La noción de riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad para quien lo crea e introduce a la vida social fue el gran avance del siglo 20, al colocar a sectores especialmente expuestos a riesgos anormales en una situación ventajosa en el proceso de daños, limitando las defensas de los sindicados como responsables. Luego las responsabilidades objetivas se extendieron, fundadas algunas veces en el deber de garantía de ciertas personas en relación a daños causados por otros (principal por el hecho del dependiente, los padres por los hechos de los hijos, el titular del establecimiento educativo por los daños causados o sufridos por los alumnos), otras en relaciones de buena vecindad (exceso en la norma tolerancia), o en la equidad (al admitirse responsabilidad por daños causados por incapaces), por ejemplos.

Igual desarrollo conceptual y reglamentario se planteó en el ámbito contractual. Del incumplimiento culposo como criterio de imputación único de responsabilidad contractual, se pasó a la existencia de responsabilidades por el mero incumplimiento, cuando el deudor se hubiera obligado a obtener un resultado determinado (obligaciones de resultado).

El principio de siglo expone a los individuos a nuevos riesgos y los criterios valorativos irán determinando en qué ámbitos de responsabilidad se situarán (subjetivo u objetivo), y será, entonces, el derecho de daños el encargado de la tarea.

V. Hacia un derecho de daños consolidado

Bauman²² instaló la idea de la modernidad líquida, utilizando la metáfora de los fluidos, carentes de formas, para describir la sociedad en la que vivimos, en la que los códigos y conductas que se podían elegir como puntos de orientación estables, y por los cuales era posible guiarse, se diluyen rápidamente y no soportan el paso del tiempo.

La situación del derecho de daños frente a los riesgos que el nuevo siglo plantea se adecua a aquella metáfora. El modelo teórico de soluciones posibles, y las reglas pertinentes, están, de algún modo, todavía en estado líquido, buscando algunos modos de condensación para otorgarle solidez y, por ello, permanencia.

La sanción del nuevo Código, en esta materia, constituye una herramienta que servirá para esta tarea, al constituir un consolidado de los criterios vigentes para esta época. Sin embargo, la rapidez con que se producen los cambios en la sociedad requerirá la tarea continua de adecuación de las reglas.

El estado sólido no será hallado con actitudes dogmáticas o autoritarias; sólo una posición crítica frente a los problemas es el camino adecuado en la búsqueda de las soluciones que la sociedad requiere a esta disciplina.

Esta es la tarea que incumbe al derecho de daños y su compromiso, a principios del siglo 21.

²² Op. Citado.

La Buena Fe en los Contratos*

GUILLERMO P. TINTI**

I. El Tema

En el estudio del derecho de los contratos no puede dejar de considerarse con especial atención la cuestión relativa a la buena fe, teniendo presente además la importancia con la que el principio ha sido investido en el Código Civil y Comercial vigente desde 2015.

Por ello consideraremos en este ensayo no sólo la noción general y jurídica de la buena fe, sino que nos referiremos más especialmente a su gravitación específica en el universo de los contratos, en cuanto que resulta muchas veces fuente de deberes secundarios para las partes, que son adicionados a los deberes primarios propios que surgen de cada contrato; y que también resulta la buena fe fuente de interpretación de los contratos, regla de integración, y una limitación otras veces al ejercicio de los derechos.

Esa regla de la buena fe es la que le impone a quienes contratan un deber de obrar y de comportarse con corrección, tal cual lo haría una persona cabal, honorable, diligente y prudente; o -palabras de Dalmacio Vélez Sarsfield- como un buen padre de familia. Es entonces el principio de la buena fe aquel que representa la idea de honestidad en las relaciones jurídicas y la circulación de bienes en general, teniendo su fundamentado en la garantía de justicia y equidad, y desde esa óptica trataremos de desarrollar el papel que se da a la buena fe en el derecho argentino desde la sanción del Código Civil y Comercial, concentrándonos en la regulación referida a los contratos.

* Exposición efectuada en el marco de la incorporación como académico de número en sesión especial del 29 de noviembre de 2016. El académico fue presentado por el académico de número Dr. Manuel Cornet.

** El académico ocupará el sillón José Olegario Machado”.

II. Importancia

La importancia y jerarquía del principio de la buena fe ha sido reconocido, e impuesto en el Código Civil y Comercial como un presupuesto para todos los actos jurídicos.

Pero es innegable que esa importancia aumenta y se potencia en los contratos, donde la autonomía de la voluntad resulta hoy inconcebible sin la exigencia fundamental de la buena fe.

Ello pues la buena fe debe considerarse asociada con el reconocimiento de la autonomía privada que constituye esencialmente ese fenómeno de recepción por el cual el orden impuesto por las partes a sus intereses propios, es elevado a la esfera del derecho con valor de norma jurídica, por lo que resulta lógico que el mismo ordenamiento se ocupe también de fijar los presupuestos a que subordine su reconocimiento.

Y la buena fe ocupa un lugar importantísimo en el concierto de dichos presupuestos, al punto que el obrar que a ella resulte contrario puede ser determinante para la invalidez de un contrato o de una cláusula contractual. A veces la noción adquiere el valor de un eximente ante la fuerza obligatoria de los contratos, por ello es habitual que se la vincule con las teorías del abuso, de la lesión, de la imprevisión, de los propios actos.

La teoría clásica de la autonomía de la voluntad -aquella que confiere a la palabra empeñada en los contratos fuerza obligatoria semejante a la de la ley- ha venido siendo debilitada por el avance de la civilización jurídica en atención no sólo a compensar los desequilibrios generados en la contratación por las exigencias de la modernidad, sino también -y fundamentalmente- por satisfacer exigencias de la justicia conmutativa.

Ello configuró lo que se ha denominado crisis del contrato, o, mejor llamado, crisis de la autonomía de la voluntad²³.

²³ Sobre el particular ha sabido precisarse con acierto que “*por lo pronto, hay que acotar la noción de crisis. Se ha dicho que tiene más valor emocional que lógico, porque la usamos al encontrarnos frente a una situación que no quisieramos, y para aludir a un período penoso pero pasajero; en el concepto de crisis, hay un elemento de esperanza. En el caso, seguramente la expresión crisis quiere significar cambio. ... Así, en realidad, lo que a veces se denomina ‘crisis del contrato’ no es nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad ... Tampoco está en juego, al menos como principio, la fuerza obligatoria del contrato para las partes que lo han concluido y para el juez encargado de aplicarlo*” ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto M.; La Autonomía de la Voluntad en el Contrato

Por ello se ha dicho que “*en materia contractual el pilar sobre el que se asienta la negociación y la ejecución de los contratos es el de la autonomía de la voluntad y que presupone la libertad de contratación de las partes, esto no está ubicado en un criterio estricto del ‘pacta sum servanda’ con carácter estático, sino por el contrario con un carácter dinámico y rodeado por una serie de institutos correctores o límites, como el Abuso de Derecho, la Imprevisión, la aplicación de las Leyes de protección al Consumidor, la teoría de los Actos Propios y, sobre todo, la interpretación del negocio jurídico mediante la pauta o criterio de la ‘buena fe’ contractual, abarcando ésta todo el periodo, desde las negociaciones previas hasta la etapa post-contractual*”²⁴.

A veces la situación se ve acentuada, dado que, por la necesidad de tutelar a una de las partes que contrata desde una posición más débil, el legislador se ve obligado a actuar dentro de espacios que aparecían antes reservados a la voluntad de los sujetos.

La buena fe aparece, así como un instrumento importantísimo en la vida de los contratos presentándose como un límite en principio natural, ético y de autorregulación de las partes que contratan.

Dicho límite a la autonomía de la voluntad está otorgado además con fundamento en mantener un equilibrio justo en la relación bilateral, y tiene actualmente un decidido apoyo legislativo, que principia en el artículo 9 del C.C. y C.

Este criterio no es nuevo, y había sido admitido por la jurisprudencia expresando que “*Si bien la preservación del contenido ético de las convenciones debe orientar la función jurisdiccional, las restricciones a la autonomía de la voluntad deben ejercer sólo cuando resulte manifiestamente vulnerado el interés social, se afecten notoriamente la moral y las buenas costumbres, o resulte claramente alterada la proporcionalidad de las prestaciones*”²⁵.

Por ello que vale reiterar que se debe considerar sin lugar a dudas que el comportamiento de buena fe es medular en el derecho privado, que la legislación nacional lo ha consagrado como principio general sistémico de buena fe (así enuncia el art. 9° CC yC) y que el mismo actúa como directriz para establecer los alcances del principio de obligatoriedad; establece cuáles son los alcances de las obligaciones asumidas por los contratantes, más allá del enunciado expreso de las estipulaciones del contrato que las vincula.

Moderno; pág. 14, Abeledo Perrot, Bs.As., 1989.

²⁴ Garrido Cordobera Lidia María, La buena fe como pauta de interpretación en los contratos; en: www.acaderc.org.ar/doctrina/la-buena-fe-como-pauta-de...en-los-contratos.

²⁵ CNCiv., Sala G; 12.03.81; LL 1981 - D, pág. 213.

Crece también la importancia al considerar que la buena fe será fuente de deberes secundarios de conducta que se añaden a aquellos deberes primarios propios que surgen de cada contrato. -Es también fuente de interpretación, regla de integración, límite al ejercicio de los derechos y puede operar también como eximente de responsabilidad.

III. La noción de buena fe

Los dos términos que componen el giro del que estamos hablando, provienen del latín: por una parte “*bonus*”, adjetivo que refiere a lo que tiene bondad o que resulta apetecible, atractivo, o conveniente; conceptualizándose “bueno” a lo que está bien y se define en oposición a lo que está mal; en tanto que “fe” deriva del latín “*fides*”, que refiere al concepto favorable que se tiene de un individuo o de una cosa; la confianza; y la afirmación de que algo tiene certeza.

Cierto es que la definición de buena fe suele estar ligada al papel que se pretende hacerle desempeñar. Así, en derecho civil la expresión suele tener dos acepciones; y significar por una parte la creencia errónea o equivocada en la existencia o inexistencia de un hecho o de un derecho; o, por otra parte, referirse a la lealtad en la celebración, interpretación y ejecución de actos jurídicos; o también

En ese sentido se dice que la primera acepción de buena fe es una noción psicológica, intelectual, constituida por la ignorancia de un hecho o de una circunstancia, o el convencimiento erróneo que se tiene de ellos (p. ej. es poseedor de buena fe el que ignora los vicios del título traslativo por el cual posee). En la segunda acepción la buena fe es un concepto puramente moral, una regla de conducta que exige a las personas una lealtad y una honestidad en su comportamiento que excluya toda intención maliciosa (p. ej. la norma que manda ejecutar los contratos de buena fe)²⁶. En otras palabras, lo resumía Risolía distinguiendo la buena fe creencia vinculada a las múltiples hipótesis del derecho aparente, del principio de la buena fe probidad con el que se procura determinar el honesto contenido de los actos y proveer una norma flexible su interpretación y ejecución.

²⁶ Loussouarn, M. Ivon, La Buena Fe, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Marcos Córdoba -Director- Tomo II, pág. 9, La Ley, Bs.As., 2005.

Se dice también que en la regulación legal de los contratos “*La considerada es la buena fe-confianza o buena fe-lealtad, que debe ser evaluada según un estándar objetivo medio, el de “un contratante cuidadoso y previsor”, categoría cuyo molde habrá de ser llenado en cada caso concreto, según sus circunstancias*”²⁷.

En esa línea y, conforme a Atilio A. Alterini, puede decirse que hay “buena fe-creencia” (objetiva) cuando versa justificadamente acerca de la titularidad de un derecho. La apariencia implica el estado objetivo del que deriva el estado subjetivo de la creencia que, cuando es generalizada, se convierte en error común; y error *communis facit jus*. La buena “fe-probidad” (subjetiva) importa el comportamiento leal, el comportamiento honesto, en la celebración y cumplimiento del acto y es, desde otro enfoque, presupuesto del reconocimiento de ciertas facultades, o derechos subjetivos. Es, diríamos, el comportamiento de la gente de bien, de la gente que actúa correctamente en la convivencia social²⁸.

Adelantamos que, en nuestra opinión, en el universo de los contratos la buena fe debe ser entendida como una norma de comportamiento objetiva -en principio- por ser independiente de la opinión del interesado. De tal manera lo ha plasmado en el Código el legislador argentino, por ejemplo, en los artículos 961.

IV. La buena fe como regla general en los actos de la vida civil. El artículo 9 del CCyC

La buena fe es una noción cardinal consustanciada con el concepto mismo de derecho, al punto que se ha llegado a decir que el derecho todo es la autoridad y la disciplina de la buena fe.

En tal inteligencia la legislación nacional introdujo en los albores mismos del Código Civil y Comercial -esto es, en el título preliminar- una norma decidida a imponer la regla de la buena fe como una imposición destinada a todos los actos de la vida civil²⁹.

²⁷ Caramelo, Gustavo, Código civil y comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera –Directores - 1a ed. –vol 3, art.1060, Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.

²⁸ Ver en: Alterini, A.A, Ameal, O. y López Cabana, R., Derecho de las obligaciones civiles y comerciales, pág. 721, Abeledo Perrot, BsAs, 1995.

²⁹ Sin embargo, para Risolía, no resultaba preocupante la ausencia de una norma general sobre buena fe en el Código de Velez pues el principio estaba “presente por definición en todo el Código, que no sabría prescindir de esa fundamentalísima norma de conviven-

Así el artículo 9° del CCyC, dispone sencillamente: “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”. Aparece como un mandato concreto del legislador, que dicta una regla a ser tenida en cuenta en el desenvolvimiento de la vida negocial, y se lo debe considerar como un factor de moralización de las relaciones intersubjetivas. Digamos que se exige en el actuar; y que la sujeción a él se presume en tanto no se demuestre lo contrario.

Los comentaristas han acotado que “*El primer principio que hace al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano es el de buena fe. Se trata de un principio general al derecho que ha tenido un gran desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional al que se le otorga un lugar de relevancia en el CCyC al estar presente en su Título Preliminar, más allá de la cantidad de veces en las que se apela a él a lo largo de todo el texto civil y comercial. Incorporar a la buena fe dentro del Título Preliminar coloca a este principio, de manera expresa y precisa, en el lugar central que debe observar en el derecho privado contemporáneo. ¿Acaso sería posible edificar un texto civil y comercial si no se partiera de la idea de que se presume la buena fe, la honestidad, la lealtad en las conductas de las personas?*”³⁰, añadiendo que siendo este el primer artículo con el que se inaugura el Capítulo 3 del Título Preliminar dedicado al “Ejercicio de los derechos”, es dable señalar que este está dirigido en especial a los ciudadanos, siendo ellos quienes deben actuar de buena fe; no abusar del derecho (art. 10); no abusar de su posición dominante (art. 11); observar la ley (art. 12), siendo imposible renunciar a ella (art. 13), reconociéndoles tanto derechos individuales como de incidencia colectiva (art. 14).

Bien sintetiza la idea Mosset Iturraspe al afirmar que la buena fe es un poderoso reflector que ilumina todo el ordenamiento jurídico desde dos ángulos: “1) *Por una parte la buena fe subjetiva que muestra dos campos de actuación : a) El de la apariencia jurídica es decir la creencia o error acerca de la situación de la persona con la cual se tiene una relación, p. ej. la creencia en el derecho del acreedor que merece ser respetada en aras de la seguridad jurídica; y b) la correcta situación propia dentro de la relación jurídica, la conciencia acerca de la misma, obrando con cuidado y diligencia.* - 2) *Por otra la buena fe objetiva entendida como*

cuya verdad aflora en multitud de prescripciones particulares”. Marco Aurelio Risolía, *Soberanía y Crisis del Contrato*, pág. 207, Abeledo Perrot, BsAs. 1958.

³⁰ Caramelo, Gustavo y Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera –Directores- 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

*conducta leal, proba, honesta. Aquí la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas*³¹.

En síntesis, a partir del artículo 9 del CCyC la buena fe es reconocida en el derecho argentino como un principio a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza; y este principio impone a las partes el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todos los actos de la vida civil.

V. Una regla general en el derecho creditorio

La obligación de actuar de buena fe ha sido consagrada también como una regla positiva en el derecho creditorio argentino.

En tal sentido vale a esta altura dejar señalado que el Código Civil y Comercial vigente, en el título referido a las obligaciones en general, estableció en una norma expresa, el artículo 729, que dispone: “Buena fe. Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.”, regla que conforme los comentaristas aluden a lo que constituye una clave para el éxito del cumplimiento obligacional, ya que por lo general -en la dinámica funcional- resulta ineludible escudriar no sólo en el contenido del interés del acreedor (art. 725 CCyC) sino también en los elementos finalistas de la situación jurídica en la que la obligación se despliega³².

O, como mejor lo ha explicado Aparicio, el deber de comportarse de manera leal, proba, correcta “se proyecta en ambos polos que es dable encontrar en las relaciones jurídicas, pues alcanza a los derechos y a los deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe, y las obligaciones deben cumplirse de buena fe”³³.

³¹ Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos en General, Principios y valores comprometidos en la contratación. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2014 – 1, pág. 49, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.

³² Ossola, Federico, en Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado, Garrido Cordobera-Borda- Alferillo –Directores, tomo 2, pág. 7, Bs.As., Astrea, 2015.

³³ Aparicio, Juan M., Contratos, Parte General, tomo 2, pág. 133, Bs. As., Hammurabi, 2016.

Una de las principales consecuencias del deber se manifiesta luego cuando en lo relativo a los contratos el codificador establece (art. 961) que “*obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos*”, en la certeza que el contrato obliga a lo puesto y a lo presupuesto, a lo dicho y a los sobreentendido, o lo que se suelen llamar las consecuencias virtuales³⁴.

VI. La buena fe en la existencia del contrato

La buena fe en sentido objetivo, que Galgano considera se podría circunscribir a los términos de corrección o lealtad, se manifiesta principalmente a través de la que se ha denominado como buena fe contractual. Aquí la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, posee también función de regla de interpretación y de integración como más adelante lo veremos³⁵.

Hemos dicho antes que, a nuestro modo de ver, en los contratos la buena fe debe ser entendida como una norma de comportamiento objetiva que concierne a los contratantes y que esa regla actuará como directriz para establecer los alcances del principio de obligatoriedad; establece cuáles son los alcances de las obligaciones asumidas por los contratantes, más allá del enunciado expreso de las estipulaciones del contrato que las vincula.

La buena fe -ya lo mencionamos- es fuente de deberes secundarios de conducta que se agregan a los deberes primarios propios de cada contrato; es fuente de interpretación, regla de integración, límite al ejercicio de los derechos y puede operar también como eximente de responsabilidad

Ahora bien: afirmamos desde ahora que el principio de la buena fe es requerido como exigencia en las tres etapas o fase principales que se suelen distinguir en la vida de un contrato, cuales son generación (negociación, conversaciones, tratos preliminares) perfección (formación, nacimiento) y consumación (cumplimiento, extinción).

³⁴ Mosset Iturraspe, Jorge, Piedecabras, Miguel, Código Civil Comentado, Contratos, Parte General, pág. 391, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 2004.

³⁵ Galgano, Francesco, El negocio jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 453.

En tal dirección el Código impone expresamente la conducta de buena fe a los contratantes en los artículos 729 (buena fe en los dos polos de la obligación), 961 (buena fe en la ejecución y cumplimiento del contrato) y 991 (buena fe en la etapa previa a la formación del contrato). Estas disposiciones, entre otros efectos, contribuyen a integrar el contenido contractual, con fundamento en que la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas, a la vez que da legitimidad a las expectativas que cada parte se forma respecto del comportamiento de la otra durante la vida de una particular relación contractual.

VII. La mala fe

La mala fe es una noción jurídica que también merece ser considerada, y tiene repercusión concreta en el derecho de los contratos. Por lo general la mala fe se manifiesta por oposición a la buena fe, y se considera tal a un comportamiento incorrecto que demuestra insinceridad, infidelidad y deslealtad.

También cuando el sujeto es sabedor de la falta de derecho o de fundamento que acompaña su acción, del carácter delictuoso o cuasi delictuoso de su obrar, o de los vicios de su título; es decir, cuando hay conciencia de su sinrazón. Es así doblez, alevosía, ingratitud o traición, y se podría también definir como: “*Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta³⁶ algún bien*”.

En tal orden de ideas es considerado como de mala fe el proceder artero, malicioso, doloso o con intención de obrar en provecho propio y en perjuicio del interés ajeno. La mala fe sería entonces aquella conducta que corrompiendo la armonía de la conducta común, tuerce el curso habitual de los fenómenos jurídicos y produce consecuencias comúnmente disvaliosas para quien aporta ese elemento insólito, o inesperado por lo menos, en la convivencia social.

En el título de los contratos el código trae algunos ejemplos de mala fe y sus consecuencias, así el artículo 1556 que obliga al donante responder por evicción “...si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario”; o el artículo 1628 que no exime al cedente de mala fe de responder por la solvencia del deudor: “*Si la cesión es*

³⁶ De Almeida Villaca Azevedo, Marcos, Buena Fe Objetiva y deberes de ella derivados, en Tratado de la buena fe en el derecho, Marcos M. Córdoba, Director, pág. 133, La Ley, Bs.As., 2004.

onerosa, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del derecho al tiempo de la cesión, excepto que se trate de un derecho litigioso o que se lo ceda como dudoso; pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe”.

VIII. La buena fe en la interpretación de los contratos

Llegamos aquí a uno de los puntos principales en cuanto a la utilidad práctica del principio de buena fe, pues cobra especial relevancia a la hora de interpretar los contratos.

La necesidad de interpretar el contrato surge cuando las partes no están de acuerdo inicialmente sobre su alcance o el de alguna de sus cláusulas, o cuando descubren la existencia de un desacuerdo posteriormente al acto de iniciar la ejecución del contrato. En ese sentido, la teoría de la interpretación de los Contratos señala Salvat en su Tratado de Derecho Civil, ha tenido su origen en el Derecho Romano del cual ha pasado a las Legislaciones antiguas y modernas. La Teoría así formada constituye la doctrina tradicional y ella está dominada por tres principios fundamentales:

1. La Convención es la obra de la voluntad común de las partes, y, por consiguiente, es preciso atenerse ante todo a la intención de las partes.
2. Los términos de La Convención deben interpretarse en la aceptación que tienen en el uso corriente de los negocios jurídicos, salvo que de las circunstancias del caso resulte evidente que las partes los han utilizado con un significado diferente.
3. Las cláusulas dudosas se interpretan a favor del deudor.

Al respecto el código civil y comercial establece en el artículo 1061 la regla general de interpretación: *“El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe”.*

De lo que resulta consagrado como regla fundamental para determinar la extensión y el alcance de las obligaciones emergentes de los contratos, la de la buena fe. La buena fe como base de interpretación de los contratos. En lugar de establecer reglas específicas nuestro codificador ha preferido consagrar un principio de equidad y justicia: la buena fe, ésta buena fe que el Juez debía buscarla en cada caso a través de todos los antecedentes del contrato.

Messineo señala que estas normas están dirigidas en primer término a las partes, haciéndoles saber cómo han de resolver sus divergencias interpretativas del contrato; y sólo en caso de que su conflicto llegue a los Tribunales están dirigidas también al Juez y que las normas en general tienen como destinatarios a los que están obligados a observarlas; las normas sobre la interpretación del contrato tienen como destinatario las partes, porque se entiende que éstas pueden no estar de acuerdo sobre la apreciación concreta del contrato o de algunas de sus cláusulas, por lo que, en definitiva, deberá intervenir el Juez, estimulado por la demanda judicial³⁷.

Por consiguiente, al igual que las otras normas, hay que considerar que las relativas a la interpretación del contrato van dirigidas, en primer lugar, a las partes y luego al Juez.

Ha quedado reafirmado de modo expreso y con el máximo de amplitud el “*Principio de Buena Fe*”. Resultando un “standard jurídico” que decide en todo lo relativo a la celebración, interpretación y cumplimiento de los contratos, y al cual se subordinan las demás reglas de interpretación³⁸.

La norma permite distinguir -como ya lo llevamos dicho- entre “buena fe subjetiva” (creencia y confianza) y “buena fe objetiva” (lealtad y probidad), lo cual significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, teniendo en cuenta un obrar honrado y correcto³⁹.

Del principio de la buena fe que venimos analizando se desprenden 4 reglas interpretativas que son de utilidad práctica:

1. El Juez no debe atenerse estrictamente al significado técnico jurídico de las palabras usadas, o de la conducta de las partes. Las declaraciones de voluntad deben interpretarse con criterio de profano, como lo haría una persona que no conoce de leyes, pero sí la manera usual de obrar en cierto momento y lugar.
2. Los usos y costumbres sociales tienen importancia en la interpretación de voluntad.
3. Las cláusulas de una declaración de voluntad no deben interpretarse aisladamente sino de acuerdo con su contexto general.
4. La buena fe en los negocios jurídicos impone la obligación de hablar claro.

³⁷ Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, pág. 92, E.J.E.A. Bs.As., 1986.

³⁸ Spota, op. Cit. Pág. 98 y ss.

³⁹ Borda, op. Cit. Pág. 53.

IX. La teoría de los actos propios y la buena fe contractual

En la sección relativa a la interpretación de los contratos, el artículo 1067 del CCyC dispone: “*Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto*”.

La norma resulta novedosa e importantísima, en nuestro modo de ver, pues consagra legislativamente la doctrina de los actos propios, lo que puede ser considerado como una derivación del principio de buena fe.

Así podríamos decir, en líneas generales, que en el ámbito contractual el legislador no admite conductas en principio lícitas, pero, a la vez incoherentes o contradictorias.

Ello es así porque va contra sus propios actos aquel que ejercita un derecho propio, pero de manera objetivamente incompatible con su conducta anterior. La regla que se ha expresado originariamente en diversas máximas: “*adversus factum sum quis venire non potest*”, “*Nemo potest contra factum venire*”, o “*venire contra factum proprium non valet*”. Es conocida desde muy antiguo en el mundo jurídico, pues se remonta a una regla romana ya contenida en el Digesto, según informa Scaevola; aunque la formulación actual fue acuñada por los glosadores, en su tarea de armonización y síntesis del Corpus Iuris Civilis, encontrándosela ya en el Libellus disputarius de Pillus y en el Codex de Azo⁴⁰.

Luis Díez Picazo, en su obra La doctrina de los actos propios⁴¹ recreó el contenido de la máxima apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Esta regla significa que está vedado a un sujeto pretender asumir una conducta o intentar hacer valer una pretensión jurídica contradictoria con una postura anterior, en tanto ésta ha originado confianza en otro sujeto, que se ve perjudicado por el ejercicio de esta nueva pretensión, al ver defraudada su fe puesta en el comportamiento primitivo⁴².

⁴⁰ Cfr: Amadeo, José Luis, La doctrina de los propios actos en la jurisprudencia argentina y española, La Ley 1984-A, 519, Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto, La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino, La Ley 1984-A, 877, Bs.As.

⁴¹ Díez Picazo, Luis; La doctrina de los Actos Propios, Bosch, Barcelona, 1963.

⁴² BLANCHI, Enrique e IRIBARNE, Héctor, “El principio de la buena fe y el venire contra” en E.D., 106 - 1984 pág. 851.

Dicho de otra manera: nadie puede invocar un derecho que esté en pugna con su propio accionar. Tal actitud se juzga contraria a la buena fe.

Puede considerarse que va contra sus propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta anterior y que semejante pretensión constituye una contravención o infracción al deber de buena fe. El desarrollo de este principio, que predica no otra cosa que la inadmisibilidad del intento de ir (o volver) válidamente en contra de los propios actos y se considera una necesaria consecuencia o un corolario del principio de buena fe, regla que impone comportarnos y obrar conforme a ella, con coherencia, confianza, lealtad y rectitud.

El artículo 1067 del Código Civil y Comercial es un precepto que, insistimos, en nuestro derecho, aprehende este actuar contradictorio que lesiona la buena fe.

La buena fe no es, pues, según se advierte de lo expuesto, solamente una norma jurídica, sino un principio jurídico fundamental, esto es algo que debemos admitir como supuesto en todo ordenamiento legal. Informa la totalidad del mismo, y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas, en las cuales muchas veces el legislador se ve precisado a aludirla en forma intergiversable y expresa (v.g. arts. 729, 961, 991 o 1011 del Código Civil y Comercial argentino).

En la teoría que analizamos lo que se castiga es la postura actual que no coincide y se opone a otra anterior, lo cual, insistimos, ha sido expresamente incorporado por el artículo 1067 como regla para la interpretación de los contratos, y tiene sustento en el principio de la buena fe.

Por el accionar contradictorio desplegado por quien asume esta desleal conducta, resultan afectados los dos aspectos o formas que reviste la buena fe; objetiva (o buena fe lealtad) y subjetiva (o buena fe creencia). En consecuencia, con la incoherencia se ven agraviadas las formas. La buena fe lealtad como pauta objetiva, se ve lesionada por el actuar contradictorio del sujeto. La buena fe creencia, porque lesiona la fides en que se fundaba la presunción de un comportamiento coherente que no se ha observado, sino que se ha desmentido en los hechos.

Pero en este ámbito, debe señalarse, resulta escasamente relevante la disposición subjetiva del autor, porque se trata de una conducta objetivamente contradictoria, ya que lo decisivo es la “desarmonía objetiva” con el “standard” de conducta⁴³.

⁴³ Bianchi, Enrique e Iribarne, Héctor, Op. Cit., pág. 858.

X. La buena fe en la integración del contrato

También aparece la regla de la buena fe a la hora de integrar un contrato. -La integración del contrato es una operación jurídica a completar el contenido de un contrato. Ello puede ocurrir ante una situación que las partes no han previsto, o que ha sido prevista insuficientemente, o también ante un ineficacia parcial del contrato.

Cabe afirmar que para esta operación integradora será necesario el principio de la buena fe cuya aplicación estará ahora en cabeza del juez. Seguimos en este punto a Aparicio que enseña que *“los jueces en la resolución de los casos concretos no sólo deben aplicar la reglamentación legal estructurada a tal fin, sino que asimismo deben adicionar este contralor dirigido a que la solución final se concilie con las directivas que encierra el principio de buena fe”* añadiendo luego que *“la remisión a la buena fe solo puede entrañar que la ley no considera exhaustiva la previsión de los abusos que deben ser evitados, los desequilibrios que corresponde remediar o los deberes y obligaciones que pueden derivarse de una relación contractual. Queda un margen para que se ponga coto a otros abusos, se corrijan otros desequilibrios o se individualice la existencia de otros deberes y obligaciones, porque así lo requiere el imperativo legal de que los comportamientos deben ajustarse a los cánones de probidad, lealtad y corrección que la buena fe entraña”*⁴⁴. El principio de buena fe, a la hora de integrar el contrato, debería ser eficaz para llenar los vacíos que el sistema legal presente.

En esa dirección ha expresado la jurisprudencia que *“Es misión de los jueces suplir en el sentido de las partes los vacíos que éstas hayan dejado respecto de obligaciones accesorias o secundarias. Tales omisiones pueden ser cubiertas en el ejercicio de la facultad que a aquellos comete de interpretar el sentido y alcance las convenciones, para lo cual habrá de tenerse en cuenta la intención común de los contratantes, la finalidad del acto, las prácticas de los negocios jurídicos y los antecedentes del propio contrato, pero preferentemente debe considerarse que todo el sistema de las relaciones de obligación está dominado por el principio de la buena fe”*⁴⁵.

⁴⁴ Aparicio, Juan Manuel, Contratos, Parte General, T. 2, pág. 133, Hammurabi, Bs.As., 2016.

⁴⁵ Cfr Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecosas Miguel A., Código Civil Comentado, Contratos, Parte General, pág. 393, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 2004.

XI. La buena fe en la etapa precontractual

En lo que resulta una novedad en nuestro derecho positivo, dispone el artículo 991 del CCyC: *“Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”*.

Antes, el artículo anterior dejaba sentado el principio de libertad de negociación, promoviendo la libertad de las partes de formular tratativas orientadas al perfeccionamiento del contrato, así como de desistir de ellas en cualquier oportunidad.

Ahora bien, como principio general ese art. 991 que arriba transcribimos consagra el deber de buena fe que debe seguirse en el marco específico de las tratativas contractuales. El principio está orientado a que las partes actúen en el curso de las negociaciones de manera tal que no las frustren injustificadamente. Si bien no se impone a las partes la conclusión del contrato, sí debe protegerse la confianza de la otra parte a través de conductas leales y correctas.

Pensamos que, en esta etapa, el deber de buena fe obliga a quienes participan de las tratativas a llevarlas adelante, continuando lealmente con la negociación, no abandonándola intempestiva o arbitrariamente. Ello no significa que una parte no pueda apartarse de las tratativas y quede ligado a ellas si lo hace de mala fe, pero en tal caso deberá afrontar las consecuencias derivadas de tal conducta reñida con la buena fe. Es evidente que esto no puede ser interpretado para entender que siempre que se inician tratativas las partes están compelidas a llevarlas adelante y continuarlas hasta la conclusión del negocio, ya que ello no es propio de la libertad de contratación que como regla impera en nuestro Código. De allí que la responsabilidad precontractual no deriva de la obligación de celebrar un contrato futuro, sino de la injusta frustración de tratativas contractuales avanzadas⁴⁶.

⁴⁶ Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., pág. 666. Es que tal como se señala en dicha obra, suponer con razones para hacerlo que las tratativas derivarían en la celebración del contrato, y luego advertir que la otra parte alargó esa fase y luego contrató con otros, después de haber efectuado gastos y sustraerse a otras tratativas, importa, al cabo, un acto desleal, contrario a la buena fe y por ello, resarcible.

En tal dirección los principios de UNIDROIT, bajo la denominación “Negociaciones de mala fe” (2.1.15), se refieren concretamente a la mala fe en las tratativas de la siguiente manera: (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

El deber de buena fe, en el contexto de las tratativas contractuales, supone conductas tales como:

negociar lealmente;

no realizar negociaciones sin un interés real de llegar a un acuerdo;

confianza razonable en la celebración del contrato;

no abandonar intempestiva o arbitrariamente las negociaciones (interrupción de mala fe). En cuanto a este punto, la determinación de cuándo el abandono es intempestivo o arbitrario es una cuestión de hecho, que dependerá de las circunstancias del caso (el grado de avance en las negociaciones, los puntos sobre los que habían llegado a un acuerdo, la confianza generada en la otra parte, etcétera)⁴⁷:

no generar condiciones imposibles o abusivas para lograr la contratación, que en definitiva terminen frustrándola.

XII. Buena fe en los contratos de consumo

En los contratos de consumo el principio de la buena fe ha de regir con intensidad desde el momento mismo en que los bienes o servicios son ofrecidos a los consumidores. En esa etapa previa ya hay actos unilaterales por parte de los proveedores consistentes normalmente en ofertas públicas a personas indeterminadas.

⁴⁷ A manera de enunciado de hechos que en la etapa precontractual pueden llegar a dañar los intereses de una de las partes, se han señalado “[...] a) ocultar la realidad mediante reticencia (dolo omisivo); b) falsificar la realidad mediante disimulación de lo verdadero; c) silenciar, por negligencia o por ignorancia culpable, la existencia de alguna causa de ineficacia; d) apartarse de las tratativas, injustificada y arbitrariamente; e) prolongar las tratativas deliberada e incausadamente, para luego contratar con un tercero; f) actuar sin poder, o más allá de sus límites; g) revocar la propuesta, habiendo renunciado a la facultad de retractarla, o cuando se hubiese obligado a “permanecer en ellas hasta una época determinada”; h) iniciar las tratativas sin seriedad, entendiendo ello en el sentido de que, por anticipado, se sabe que no se tiene intención de comprometerse” (Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit., pág. 669).

nadas, e incluso montaje de estructuras físicas o virtuales destinadas a inducir al consumo.

Entiendo por ello que la noción de buena fe en la etapa previa al acto de consumo se vincula estrechamente con el deber de informar, de tal manera de limar esa asimetría que obra en desmedro de los intereses económicos del profano.

Veamos una aplicación concreta de la buena fe en el párrafo final del artículo 37. Allí se establece: *“En caso de que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”*.

Gran importancia reviste dicha parte final del artículo, donde autoriza al consumidor demandar la nulidad del contrato, o de una o varias de sus cláusulas, por haber contrariado el proponente esta legislación, o el principio de buena fe ordenado en el artículo 961 -primera parte- del Código Civil y Comercial.

Debe entonces destacarse como, en esa parte última de la norma, se reconoce que el deber de buena fe de los contratantes debe reinar aún desde la etapa previa a la conclusión del contrato, asignándole consecuencias jurídicas a su inobservancia, con lo cual admite una verdadera responsabilidad *“in contrahendo”*⁴⁸, lo que a nuestro criterio verifica que la intención protectora de la ley es abarcativa también las tratativas precontractuales.

Se presenta, por último, la situación de si el aspecto que era regulado por la cláusula abusiva sencillamente desaparece del contrato, o da lugar en cambio a una “laguna contractual”, es decir, a un aspecto existente en la relación, pero no reglado por ser nula la norma prevista (cláusula abusiva). En el segundo supuesto nos encontraríamos ante la necesidad de aplicar el derecho dispositivo para integrar el contrato, recurriendo en su caso al principio de buena fe contenido en el artículo 961 CCyC⁴⁹.

⁴⁸ La responsabilidad precontractual o *“in contrahendo”* sería una “categoría doctrinaria autónoma cuando se trata específicamente de los supuestos de responsabilidad nacidos en el período previo a la formación del contrato, es decir, cuando las partes se han puesto en contacto con el propósito de preparar o concertar un contrato”; BREBBIA, Roberto H., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 42, La Rocca, Bs.As., 1987. Véase allí especialmente el capítulo dedicado al contenido del principio de la buena fe en el período precontractual, págs. 91 a 94.

⁴⁹ Cfr. García Amigo, Manuel; Teoría General de las Obligaciones y Contratos, pág. 234,

XIII. La buena fe en contratos internacionales y derecho comparado

Hemos venido desarrollando el principio de la buena fe y sus aplicaciones a la práctica de los negocios, y parece ahora propicio recordar que su consideración en el derecho comparado ha sido de tal magnitud que ella es la base de un principio general de derecho que incluso se ha llegado a calificar por la doctrina como “supremo” y “absoluto”⁵⁰.

Asimismo se debe destacar que el principio de buena fe es utilizado como eje del sistema de obligaciones y contratos en la regulación de los contratos internacionales y en los proyectos de armonización legislativa que recientemente se han propuesto en Europa, tal y como ocurre con la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (art. 7°), los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales (art. 1.7) o con los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL) preparados por la comisión presidida por el profesor Ole Lando, (art. 1:201)⁵¹.

Digamos finalmente que en el common law la noción de buena fe tiene semejanza como el derecho continental, así el diccionario más importante de términos jurisprudenciales angloamericanos publicado por primera vez en 1891, el Black's Law Dictionary indica que buena fe es “*una cualidad intangible y abstracta sin un significado técnico o una definición establecida en ley*”; luego (5 ed., 1983) Black's Law describe buena fe como la “*honestidad de intención*”. Se la describe también como la intención honesta y sincera de cumplir con las propias obligaciones⁵².

McGraw-Hill, Madrid, 1995.

⁵⁰ Enneccerus, L.; Kipp, T. y Wolf, M., Tratado de derecho civil, t. II, vol. I, Derecho de obligaciones, Librería Bosch, Barcelona, 1933, pág.19.

⁵¹ Silva Ruiz, Pedro, La buena fe en la convención de la ONU sobre compraventa internacional de mercaderías, en Tratado de la buena fe en el derecho, Doctrina Extranjera, pág. 362, Bs. As., La Ley, 2004.

⁵² Hernández, Tanya Katerí, La buena fe legislativa y la herencia angloamericana, en Tratado de la Buena fe en el Derecho, Doctrina Extranjera, Marcos M. Córdoba, Director, La Ley, BsAs, 2004.

XIV. Jurisprudencia ¿

A continuación, algunos precedentes sobre buena fe en los contratos que merecen ser citados:

A.- La “regla general de buena fe que consagra el Artículo 1198 CCiv. en nuestro derecho se aplica no solo a la interpretación del alcance del contrato, sino también a la ejecución de las obligaciones que de él emanan. Ello significa que las partes deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase de constitución de las relaciones, y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes; los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe” (CNCom., Sala D, “El Sombrerito S.A.A.C. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, 7-9-1984).

B.- No resulta válidamente exigible una mención hecha en la factura y que establece un pacto de intereses que no integra el texto del documento en que se sustenta la pretensión y que aparece impreso -en caracteres de dificultosa lectura- en su parte lateral. La regla de la buena fe-art. 1198CC- y la naturaleza predispuesta de la cláusula en cuestión exigen interpretar restrictivamente un pacto de esa naturaleza, que grava notoriamente la situación del deudor, máxime en atención a la magnitud de los accesorios pretendidos que, unidos a los gastos administrativos que también reclaman, pueden generar una situación de abusividad (CCiv y Com. Paraná, Sala II, 21-8-1997, “Cerini y Pacher SA c/ Dayub”).



El valor de la Pericia Antropológica en el Proceso Penal en los casos de delitos culturalmente motivados*

JOSÉ DANIEL CESANO**

I. El delito culturalmente motivado

¿Qué se entiende por delito culturalmente motivado?

Un concepto aceptable sería el siguiente: se trata “*de un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto*”¹.

El concepto trazado exige enfatizar dos aspectos:

En primer lugar, la dimensión étnica. Las minorías étnicas son grupos sociales que se distinguen “*por determinados rasgos como la lengua, el origen nacional, la religión (...), el orden de valores o costumbres*”². Sin embargo, tales grupos no son definibles únicamente a partir del inventario de aquellos rasgos culturales compartidos. En efecto, los límites de un grupo étnico “*se construyen por autoadscripción, en que las gentes eligen unos pocos atributos culturales (...) como signo de su singularidad. Se supone que tienen una descendencia compartida a través de la narración, con memorias de migración, sufrimiento, etcétera. Pre-*

* Exposición del autor con motivo de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 6 de diciembre de 2016.

** Miembro de Número. El académico ocupa el sillón Santiago Derqui.

¹ De Maglie, Cristina, *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 68.

² Cátedra Tomás, María, *Voz: Minorías, en Diccionario de relaciones interculturales. Diversidad y globalización*. Coordinadores: Ascensión Barañano – José Luis García – María Catedra – Marie J. Devillard, Ed. Complutense, Madrid, 2007, pág. 237.

*cisamente la urdimbre de la biografía personal y la narrativa colectiva genera un poderoso sentimiento de identificación con el grupo étnico*³.

En segundo término, lo que también distingue al delito culturalmente motivado de las otras formas de delincuencia es el hecho de que la minoría étnica de la que surge el acto inculminado no es la misma sociedad que codifica. Esta repartición de tareas entre, por un lado, la sociedad que provee el fundamento cultural para la configuración de lo que es (o no) delito y, por otro, la sociedad que lo reprime, “*constituye, probablemente, el núcleo firme de lo que caracteriza al ‘delito cultural’: surge de una percepción o lógica cultural, y es reprimido según otra diferente*”⁴. Como podrá advertirse, un rasgo central de esta forma de criminalidad “*se basa en el hecho de que un delito cultural está causado por la adherencia a normas morales o jurídicas discrepantes*”⁵.

Los ámbitos más frecuentes en donde pueden manifestarse los delitos culturalmente motivados se vinculan con la presencia de grupos étnicos preexistentes del Estado – Nación y la presencia de diversas minorías constituidas como consecuencia de los flujos migratorios.

Ambas situaciones son objeto de preocupaciones por parte de la doctrina científica⁶; la cual ha formulado diversos test que “*expresan, con sensibilidad diversa, una necesidad común: la de encontrar alguna certeza, algún punto firme, al menos de partida, en acercarse a un conflicto multicultural*”⁷.

En los países del *common law*, por ejemplo, Dundes Renteln estructura su test sobre la base de tres interrogantes: a) ¿es el imputado miembro de un determinado grupo étnico?, b) ¿el grupo tiene esa tradición? y c) ¿el imputado estuvo influenciado por aquella tradición cuando realizó su conducta?⁸

³ Cátedra Tomás, Voz: Minorías, Diccionario..., op. cit., pág. 238.

⁴ Foblets, Marie-Claire, “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincuente. Reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo”, *Anuario de Derecho Penal*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, Lima, pág. 297.

⁵ Pérez de la Fuente, Oscar, “Delitos Culturalmente Motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración”, *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 1 (Spring/Summer 2012), págs. 65-95. Disponible en: <http://www.ejls.eu/10/126ES.htm> Accedido: 11/10/2016.

⁶ Ruggiu, Ilenia, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli s.r.l., Milano, 2012, pág. 268: “L’idea di criteri per ordinare il riconoscimento all’ elemento culturale è stata esplorata con più attenzione, nell’ultimo decennio, dalla dottrina”.

⁷ Ruggiu, *Il giudice antropologo...*, op. cit., pág. 270.

⁸ Dundes Renteln, A., *The cultural defense*, Oxford University Press, 2004, pág. 207; ci-

En Italia De Maglie, puntualiza los siguientes criterios⁹: a) si la causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra explicación en el bagaje cultural del que es portador el agente, b) si la motivación cultural del individuo es expresión de aquel bagaje cultural del grupo étnico al que pertenece y c) si, comparada la cultura del grupo étnico al que pertenece el autor con la del país anfitrión, se pueden identificar diferencias consistentes de valoración y de tratamiento entre los dos sistemas.

Indudablemente -y más allá de los test que, a título ejemplificativo, acabamos de mencionar- la determinación de la existencia de un hecho culturalmente motivado, es una cuestión que no puede resolverse en abstracto, sino que debe probarse; extremo que exige una rigurosa constatación que requerirá la intervención de expertos cualificados “*que analicen el ambiente y el sustrato cultural del grupo étnico del que forma parte el autor*”¹⁰. En este contexto es donde cobra relevancia la pericia antropológica cultural¹¹.

II. La necesidad de la pericia antropológica cultural y sus funciones en los delitos culturalmente motivados¹²

El juez es un experto en derecho pero, por regla, no tiene otras competencias

tada por Ruggiu, *Il giudice antropologo...*, op. cit., pág. 268.

⁹ De Maglie, *Los delitos...*, op. cit., págs. 68/69.

¹⁰ De Maglie, *Los delitos...*, op. cit., pág. 69.

¹¹ No nos referimos aquí a la denominada pericia antropológica forense. Por tal se entiende a aquella prueba que tiene por objeto la investigación de restos arqueológicos humanos y el estudio de su osteología. En la Argentina, esta disciplina ha realizado un enorme aporte para el esclarecimiento de ciertos hechos vinculados con el terrorismo de Estado durante la última dictadura militar, a través del *Equipo Argentino de Antropología Forense*. Al respecto, cfr. Salado, M. - Fondebrider, L., “El desarrollo de la antropología forense en la Argentina”, *Cuadernos de Medicina Forense*, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, 2008; 14(53-54), págs. 213-221.

¹² El desarrollo que realizamos se vincula con uno de los posibles usos de esta pericia. Esto no significa que también, y más allá de lo que caracterizamos como delitos culturalmente motivados, esta experticia no pueda brindar información relevante para el proceso penal en otros casos. Así, hemos puntualizado el valor de este saber con relación a la decodificación de informes criminológicos en la etapa de la ejecución penal de la sentencia (cfr. Cesano, José Daniel, *Los encuentros entre la antropología y el saber jurídico penal*, Ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2015, págs. 89/97). En varias ocasiones, en nuestra función jurisdiccional, tuvimos oportunidad de apelar al saber antropológico con el pro-

especiales¹³: para todo lo que no tenga que ver con el derecho el juez es un quis-

pósito de contextualizar, adecuadamente, informes técnicos del servicio penitenciario u otras pericias (V.gr. psicológicas) de los equipos forenses del Poder Judicial. Y si bien no lo hicimos a través de una pericia (lo que, mea culpa, parece ser algo inadecuado, por lo que señalaremos infra nota n° 65) la argumentación del caso permite visibilizar la importancia de la disciplina antropológica en estas situaciones. Así, por ejemplo, en la resolución interlocutoria N° 987, de fecha 2/11/2015, dictada por el Juzgado de Ejecución penal de 1ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, señalamos: *“El Sr. Fiscal Correccional (...) se ha opuesto a la concesión de este beneficio [libertad condicional] teniendo en cuenta para ello el primer dictamen pericial [psicológico] practicado por uno de los profesionales del Equipo Técnico (...). No habré de acompañar, en esta oportunidad, lo dictaminado por el Sr. Representante del Ministerio Público. Ello así por las siguientes razones: Por una parte, la pericia que utiliza el Sr. Fiscal para oponerse al beneficio, analizada en su integridad, no le resulta totalmente adversa al penado. En efecto, de su lectura se desprenden aspectos positivos, tales como al señalar, a nivel impulsivo, ‘un esquema rígido de control’; así como ‘no apreciarse acciones explosivas o incontroladas en el ámbito penitenciario’. Es verdad sí que, el mismo profesional, señala que ‘no puede evaluarse’ el riesgo victimológico. Justamente por este motivo es que dispuse una nueva intervención (...) [la] cual señaló: ‘La estabilidad de su conducta visualizada a través de los informes técnicos criminológicos, remite a más de diez años de duración en la calificación de diez, es decir, tanto de la evaluación propia del acto pericial, como también de las constancias de autos, se advierte la posibilidad de mayor reflexión y demora del acto impulsivo agresivo circunstancias que disminuyen el riesgo de conductas trasgresoras’ (...). Por otra parte, no puedo soslayar que la pericia sobre la que gira la argumentación del Sr. Fiscal, realiza algunas afirmaciones que me convinieron en reeditar el acto. Concretamente (...) el perito señala: ‘Las características de horror del castigo infringido [a la víctima] hacen que las evaluaciones psicológicas del interno se vean influidas por lo ominoso de sus acciones, dificultando un análisis más objetivo de su accionar’ (...). Desde ya que esta sola apreciación resulta suficiente para descartar el acto pericial analizado. No se trata de evaluar la tremenda significación del acto delictivo del penado. Eso ya fue objeto de análisis al momento de graduar la gravísima sanción que se le impuso. Lo que se espera del perito, en esta etapa, es algo bien distinto: analizar y ponderar el tratamiento penitenciario del penado y sus efectos; para llevar a cabo una prognosis de su evolución personal. Y puesto en este cometido, observo que en el presente caso, el programa individualizado de tratamiento ha arrojado efectos auspiciosos. Desde luego que esta evaluación que realizo debe partir de la historia personal del penado, de su biografía; siempre inserta en un contexto socio-cultural determinado. El informe criminológico inicial señala, en este sentido, que ‘desde su historia vital, el interno no cuenta con un contexto contenedor de sus impulsos y ansiedades y donde pueda desarrollarse adecuadamente (padre alcohólico). Esto y las posteriores institucionalizaciones (...), no le han permitido establecer identificaciones positivas (...) no teniendo una buena internalización de la familia primaria’ (...). Por su parte, al momento del hecho, el penado se encontraba inserto en un medio cultural que ofrecía aristas muy desfavorables. Así lo señala el [experto en su segunda] pericia (...) al expresar: ‘es importante destacar que se trata de una personalidad que progresivamente se fue configurando alrededor de un medio hostil, habiendo signado su desarrollo, el maltrato, la violencia, el alcoholismo y el abandono, siendo el cortadero de ladrillos, el contexto en donde se internalizaron sus primeros vínculos afectivos’. La hosti-*

que de populo, en el sentido de que dispone únicamente de los conocimientos que pertenecen a la cultura media y al sentido común del lugar y el tiempo en el que opera. Sin embargo, sucede con frecuencia “que el juez tiene que determinar o valorar hechos cuyo conocimiento va mucho más allá de las nociones ofrecidas por la cultura media y la ‘experiencia común’, puesto que presentan características de tecnicismo o científicidad, en función de las cuales sólo un experto de ese sector particular del conocimiento está en capacidad de suministrar información o valoraciones admisibles”¹⁴.

Ante esta situación, el perito es quien comparece al juicio para aportar el conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso. La experticia que detenta el

alidad de este contexto socio – cultural – laboral (cortadero de ladrillos) ha sido observado, incluso, a través del registro etnográfico (Cfr., por todos, Pizarro, Cynthia Alejandra, “No conozco trabajo más perro que éste’: Reproducción y resistencia de la subalternidad de los trabajadores bolivianos en un cortadero de ladrillos de la ciudad de Córdoba, Argentina. En coautoría con Pablo Fabbro y Mariana Ferreiro. En: Betrisey Nadali, Débora (comp.) Política, Poder e Inmigración en América Latina. Editorial Bellaterra de Barcelona. págs. 95-112). Es indudable que estas cuestiones deben ponderarse al momento de evaluar la efectividad de un tratamiento penitenciario” (el texto íntegro del fallo se encuentra disponible en: <http://www.ciccus.org.ar/ed/wp-content/uploads/2016/02/160222-cynthia-pizarro-juez-cesano.pdf>. Accedido: 29/10/2016). Otro ámbito en donde estas pericias pueden ser importantes se vinculan con la determinación judicial de la pena (aún cuando no se trate de delitos culturalmente motivados). En tal sentido, el concepto de contexto de ofensa -sobre el que luego volveremos- no resulta aplicable únicamente con relación a miembros de minorías étnicas sino que representa un concepto de gran rendimiento que puede brindar información útil al juzgador cuando realiza la delicada tarea de individualización de la sanción.

¹³ Empero, aun cuando el juez tuviese aquellos conocimientos específicos, tampoco podría utilizarlos. Ello es así en razón al respeto del contradictorio (cfr. Cordero, Franco, *Procedimiento Penal*, Tº II, Ed. Temis, Bogotá, 2000, pág. 122); ya que, “las partes no pueden quedar excluidas de controlar el ingreso del elemento probatorio descubierto por la pericia (...), ni de la valoración de su eficacia conviccional, como ocurriría si el juez fundamentara su sentencia sobre la base de sus privados conocimientos científicos o técnicos” (Cafferata Nores, José I. – Hairabedián, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, 6ª edición, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2008, pág. 69). A ello se agrega que la sociabilidad del convencimiento judicial “presupone la posibilidad de que la sociedad pueda, mediante su opinión, controlar la decisión judicial sobre la existencia, naturaleza, causas o efectos de los hechos ventilados en el proceso, datos que sin la intervención del perito permanecerían ocultos ante los ojos del público” (Cafferata Nores – Hairabedián, *La prueba...*, op. cit., pág. 69).

¹⁴ Taruffo, Michele, *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 455.

perito -en una ciencia, arte, técnica u oficio¹⁵- “es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su (...) [incumbencia], sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones”¹⁶. En el caso de la pericia antropológica cultural, lo que caracteriza a este experto son los conocimientos propios de su cultura profesional; una cultura profesional que, en atención al actual estatuto científico de este saber disciplinar (antropología cultural), se caracteriza por su marcada especialización, que se proyecta sobre distintos campos científico / académicos.

¿Qué función cumple esta pericia en los casos de delitos culturalmente motivados?

La pericia antropológica puede orientar técnicamente al juez “al aportar conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar y comunicar, describiendo la relación intergrupal y la fidelidad de sus miembros a ciertas normas o sistemas de vida. Y a partir de sus ‘explicaciones densas’, (...) decodificar los significados de una conducta o de un comportamiento que se encuentran encriptados por una cultura diferente a la hegemónica”¹⁷. En las sociedades multiculturales, su uso más frecuente suele vincularse, tal como ya lo adelantamos, con los grupos étnicos preexistentes al Estado / Nación y con los inmigrantes establecidos en determinados espacios territoriales.

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales que se vinculan con la necesidad de esta pericia.

La Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú, respecto de un imputado, radicado desde hacía tres años en Lima, pero que provenía del Distrito de Margos, Provincia de Ambo, Departamento de Huánuco, señaló: “que el Tribunal de Instancia, sin fundamento científico alguno, ni pericial, (...) considera que el imputado actuó como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen

¹⁵ Hacemos la aclaración porque la especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), “sino que de disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (técnicas, artes u oficios)” (Duce, Mauricio J., *La prueba pericial*, Ed. Didot, Bs. As., 2015, pág. 31). Sin embargo, y como lo exponemos en el texto, al referirnos a la pericia antropológica cultural, la especialización del perito proviene de su **formación científica**.

¹⁶ Duce, *La prueba pericial...*, op. Cit., págs. 29/30.

¹⁷ Moreira, Manuel Alberto Jesús, *La pericia antropológica en el proceso penal. La prueba etnográfica*, Ed. Académica Española, Saarbrücken, 2012, pág. 111.

sexualmente a muy temprana edad; que a ello se agrega que no ha explicado, lo que incluso deviene imposible por la falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue invencible y, por ende, porque se descarta el error vencible”; agregando, en seguida, que: “(...) de conformidad con el artículo ciento sesenta del Código de Procedimientos Penales, debe nombrarse peritos cuando sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales; que esta norma se ha incumplido en el caso de autos, pues la evaluación del condicionamiento cultural del imputado requiere informe pericial”¹⁸.

Por su parte, y en relación a los inmigrantes, puede recordarse, en el ámbito del common law, el precedente “People v. Chen”, resuelto por la Suprema Corte de New York. En el caso se trataba de un hombre de origen chino que había dado muerte a su esposa después que ésta le confesara que había cometido adulterio. En el proceso se presentó como evidencia la opinión de un expert witness, Burton Pasternak, profesor de Antropología¹⁹, quien testificó acerca de cómo el adulterio es visto en China, como una macha imborrable para el marido, sus antepasados y su progenie, aunque -aclaró el experto- nunca supo de algún caso en donde el castigo de la mujer adúltera alcanzase su muerte. Pasternak señaló que, de acuerdo a la tradición china, *“sería inaceptable que una mujer traicione a su marido, el cual, si no reacciona, es considerado débil y fracasado. Considerado el contexto en que vivía Chen, residente desde hace poco más de un año en los Estados Unidos y rodeado sólo de otros chinos, el homicidio de la mujer se presentaría como la única solución posible para evitar el estigma de la comunidad de origen. En particular, a solicitud del tribunal para que comparase la reacción de Chen*

¹⁸ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 5 de octubre de 2004, R. N. 3598-2003 Cono Norte de Lima; citado por: Villavicencio Terreros, Felipe A., “Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú”, *Revue internationale de droit pénal*, Ed. ERES, 2011/3 (Vol. 82), nota N° 12. Disponible en: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2011-3-page-559.htm#no13>. Accedido: 13/10/2016.

¹⁹ El profesor Pasternak fue autor, entre otros, de los siguientes textos vinculados con la temática del juicio: *Gender, and Kinship: A Cross-Cultural Perspective* (Sexo, Género y Parentesco: Una Perspectiva Transcultural); *Introduction to Kinship and Social Organization* (Introducción al parentesco y la organización social); *Kinship & community in two Chinese villages* (Parentesco y comunidad en dos pueblos chinos). La argumentación de Pasternak ha sido analizada por Leti Volpp, (Mis)Identifying Culture: Asian Women and the Cultural Defense, 17 *Harv. Women's L.J.* 57 (1994), pág. 65 y siguientes. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/267>. Accedida: 14/1/2017.

frente al adulterio de la mujer con la del 'marido medio americano', Pasternak no [dudó] (...) en afirmar que 'en términos generales [...] se puede esperar que un chino reaccione en estas circunstancias de un modo más voluble y violento que un sujeto perteneciente a nuestra sociedad'. 'Si este delito hubiese sido cometido por un sujeto nacido y criado en América o incluso nacido en otro sitio, pero criado principalmente en América, incluso en la comunidad china, el Tribunal no habría tenido dificultad en reconocer al imputado como culpable de homicidio en primer grado. Pero este Tribunal no puede ignorar [...] la gran influencia y la fuerte presión del testimonio del Dr. Pasternak, que es quizá el mayor experto en América en relaciones intrafamiliares de la cultura china'. Como afirma el juez Pinkus, 'Dong Lu Chen es el producto de su cultura [...]. La cultura no excluye la responsabilidad, pero es algo que lo ha hecho sucumbir más fácilmente. Ha sido el factor desencadenante'²⁰. Por esta razón el imputado fue declarado culpable de homicidio de segundo grado; lo que permitió su sentencia a una pena de libertad condicional durante cinco años.

¿Cuáles son los posibles ámbitos, en materia penal, en donde, este tipo de pericia resulta de mayor gravitación?

La indagación de los factores culturales que involucra este tipo de criminalidad, en donde puede visibilizarse la trascendencia de la prueba antropológica, se relaciona, en lo que concierne estrictamente al injusto y su sanción, con la cuestión de la determinación de la culpabilidad o con la individualización judicial de la pena²¹.

²⁰ El caso lo expone De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados...*, op. cit., págs. 115/116. Respecto de la declaración del *expert witness* en ese proceso, cfr. Kim, Nancy S., "The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis.", *New Mexico Law Review* N° 27, 1997, pág. 124 y ss.

²¹ Señala Kalinsky, Beatriz, *Conocimiento antropológico. Ética, subjetividad y condiciones del diálogo*, Ed. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 2011, pág. 109, que: "la ponderación de una pericia antropológica tiene en la actualidad límites estrechos: se la utiliza para conocer el ámbito de la vida de quien está imputado de un delito y solo para evaluar la graduación de la pena que se le puede imponer; es decir que de la pericia antropológica pueden surgir posibles condiciones de su atenuación. Quedan fuera de su campo de competencia, rigidamente establecido por el orden judicial, temas tales como la responsabilidad penal (imputabilidad) que sigue estando bajo la estricta jurisdicción de la psiquiatría, o los relacionados con la persecución penal propiamente dicha". Si bien esta apreciación, en su momento resultaba ajustada, en su estricta vinculación con nuestro

En efecto, y a título ilustrativo, un estudio específico vinculado con el empleo de esta prueba, en la Región de La Araucanía (República de Chile), señala que *“los fundamentos más recurridos en la solicitud de pericias antropológicas son [la existencia] de la costumbre indígena, la posibilidad de constituir una atenuante o eximente (asociada con la costumbre indígena) y la necesidad de contar con elementos del contexto sociocultural del imputado a fin de comprender las circunstancias que habrían conducido a una conducta antijurídica”*²². A estas razones, también se añade como factor para el requerimiento de esta prueba, la acreditación de la pertenencia étnica y la posible aplicación al caso del articulado del Convenio 169 de la OIT²³.

III. Puntos, objeto y métodos de la pericia antropológica

Cuando el órgano jurisdiccional dispone la realización de una pericia, designando al experto²⁴, también es el responsable de fijar aquellos puntos que el pe-

ámbito cultural, la doctrina judicial comparada muestra una extensión en el uso de estas pericias hacia el otro aspecto que mencionamos en el texto (determinación de culpabilidad).

²² Álvarez San Martín, Roberto Anselmo, “El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004 – 2011”, *CUHSO. Cultura – Hombre – Sociedad*, Vol. 24, N° 1, Universidad Católica de Temuco, Julio 2014, pág. 91. (op. cit., pág. 92).

²³ Álvarez San Martín, “El peritaje antropológico...”, op. cit., pág. 92. Según este autor (op. y loc. cit.) en siete de cada diez peticiones de solicitud de peritaje antropológico se esgrimen razones contempladas en el artículo 54 de la Ley Indígena: *“costumbre hecha valer en juicio con la finalidad de que se aplique un eximente o atenuante de responsabilidad penal; así como es también aplicable lo consignado en los artículos 8 y 10 del Convenio 169 de la OIT: considerar la costumbre en la aplicación de la legislación nacional, que la imposición de sanciones tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales indígenas, y que preferentemente se apliquen sanciones no privativas de libertad”*.

²⁴ Nos estamos refiriendo a los modelos procesales adoptados por la mayoría de los sistemas jurídicos de tradición continental europea. La aclaración se impone porque en el derecho norteamericano no es el juez quien establece si hay que servirse o no de un experto para obtener estos conocimientos ni, por ende, quien lo escoge y nombra al experto. El sistema procesal estadounidense, caracterizado por una estructura adversarial, que deja a las partes casi todas las iniciativas necesarias para el funcionamiento del proceso, gira alrededor de la actividad de éstas aun para lo que tiene que ver con la práctica de las pruebas científicas. *“Esto significa que son las partes quienes establecen si es útil la ayuda de un experto: en tal caso lo eligen, le indican qué necesitan y qué esperan de él y, por tanto – si todo va bien – le confieren el encargo y lo remuneran”* (Taruffo, Páginas..., op. cit., pág. 466). Este sistema no deja de ser objetable. En efecto, señala Damaška, Mir-

rito debe esclarecer. Este aspecto revela problemas específicos por cuanto, quien dispone la medida probatoria proviene de un campo disciplinar diverso, lo que puede provocar no pocas dificultades comunicacionales entre el magistrado y el perito. Las “fórmulas, tradiciones académicas, las herramientas científicas fundamentales y los significados que contienen los conceptos propios de cada disciplina conspiran contra (...) [el] diálogo”²⁵ que debe sostenerse sobre el objeto de la pericia.

En los casos de delitos motivados culturalmente, la prueba pericial antropológica podrá recaer sobre distintos aspectos relativos al hecho investigado. En lo que sigue, señalaremos -sin ánimo de exhaustividad- algunos de ellos. Para este cometido tendremos en cuenta las diversas regulaciones jurídicas de que da cuenta el Derecho comparado²⁶ y que se vinculan con las soluciones legislativas para estas formas de criminalidad; cuestión necesaria porque permitirá una comprensión más acabada de la significación de esta experticia al momento de evaluar la subsunción de la conducta investigada en posibles eximentes o atenuantes.

jan, *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 147/148, que: “Otra fuente de dificultad es el sistema de peritos de parte, que a menudo mantienen opiniones contradictorias. Es difícil evitar el desacuerdo en los puntos complicados de la ciencia, pero la dinámica interna del juicio adversarial puede exagerar incluso las más pequeñas diferencias de opinión y llevarlas al abismo. (...) cuando chocan opiniones científicas divergentes, es muy problemático establecer la corrección de cada una de ellas. Dado que los peritos son elegidos para ser convincentes, los indicios comunes sobre su credibilidad pueden ser engañosos; las partes que saben que su caso es difícil de ganar harán un mayor esfuerzo para encontrar un perito que parezca creíble (...). Establecer la concordancia de la declaración de los peritos con otras pruebas es todavía más difícil: los datos científicos rara vez pueden incorporarse en las narraciones testimoniales. (...) El sistema adversarial conlleva la división de la obtención de la prueba en función de las dos partes contrapuestas, lo que dificulta la correcta aportación de los datos científicos. (...) Como este panorama general indica, el sistema procesal angloamericano está mal preparado para utilizar la información científica”.

²⁵ Moreira, *La pericia antropológica...*, op. cit., pág. 104. El autor nos advierte sobre la importancia de esta cuestión al expresar: “El punto de pericia, según cómo se encuentre formulado, carecerá de legitimidad o permitirá escamotear la búsqueda de la ‘verdad’” (op. y loc. cit.).

²⁶ Sobre esta cuestión, cfr. Cesano, *Los encuentros...*, op. cit., págs. 26/54. También, cfr. Villegas Díaz, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, *Revista de Derecho*, Ed. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Vol. 25, N°. 2, Valdivia, 2012, págs. 177-205.

La pericia antropológica será de utilidad, en primer término, para determinar la pertenencia del imputado a una determinada minoría étnica²⁷. Se trata de conocer su identidad cultural con el propósito de visibilizar la eventual incidencia de ese bagaje en la motivación del delito.

Esta precisión es importante porque, acreditada aquella pertenencia, se evaluará, en su caso, si una diferencia cultural pudo propiciar o condicionar una conducta tipificada como delito en la sociedad codificadora, aunque desde la perspectiva cultural del autor del injusto, no lo haya sido²⁸.

En el Derecho comparado es posible individualizar dos instituciones que suelen desenvolverse con respecto a la situación que acabamos de describir y que se analizan desde la perspectiva de la ausencia de culpabilidad.

La primera, propia de la codificación penal latinoamericana, aborda estas cuestiones a partir de la categoría del error; ya sea a través del error de prohibición indirecto (v.gr. equivocada creencia que el ordenamiento jurídico prevé el caso como causa de justificación) o, en forma más específica, a través del error culturalmente condicionado. Como ejemplo de concretización legislativa de esta última eximente encontramos al artículo 15 del Código penal de Perú; cuyo texto dispone: *“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”*. En vinculación con este texto, la doctrina científica de aquel país ha señalado – resaltando el valor de la experticia que nos ocupa – que *“la determinación procesal de la vencibilidad es tarea difícil y lo recomendable es la actuación de una pericia antropológica o de una pericia cultural”*²⁹.

²⁷ También puede ser útil conocer la pertenencia cultural de la víctima. Al respecto, Álvarez San Martín, “El peritaje antropológico...”, op. cit., págs. 93/94, cuadro N° 3, menciona diversos casos en donde, la defensa del imputado, al fundamental la solicitud de peritaje antropológico, incluyó este aspecto.

²⁸ Álvarez San Martín, “El peritaje antropológico...”, op. cit., pág. 86.

²⁹ Villavicencio Terreros, “Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú”, op. cit. La referencia a la vencibilidad sistemáticamente se justifica en razón de la previsión del artículo 14, del mismo cuerpo legal, cuyo texto dispone que: *“El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”*.

La segunda institución es propia del common law. Se trata de la cultural defense. Por tal se entiende a una estrategia de defensa en materia penal que consiste, en su sentido más general, en una amplia gama de formas en la que la evidencia acerca de la educación o costumbre cultural de un acusado pueden influir en la resolución judicial sobre la culpabilidad o responsabilidad³⁰. Desde luego que no existe un reconocimiento legal de esta doctrina. En todo caso, se hace necesario enfatizar que para que pueda ser alegada es preciso que se esté frente a delitos cuya motivación obedezca, única o principalmente, a razones culturales. Fundamentalmente, la discusión y aplicación de esta defensa tiene lugar *“dentro de la esfera subjetiva -mens rea-, es decir, de qué manera el condicionamiento cultural pudo haber influido en el comportamiento del infractor”*³¹. *La operatividad de esta excuse está condicionada por la demostración de que, la motivación cultural del individuo, tiene una dimensión objetiva; esto es: “que la cultural reason no forma parte sólo de la ética individual del autor, sino que también es expresión del sustrato cultural consolidado del grupo de pertenencia. Se hará necesario comprobar que los miembros del grupo extenso del que forma parte el sujeto valoran la situación concreta en la que el delito se ha realizado del mismo modo en que la ha valorado el imputado”*³². Y, justamente, con este propósito, se considera deseable la utilización de cultural experts que puedan ser interrogados sobre las costumbres culturales del grupo étnico del imputado y sobre las razones de la adhesión del autor a los valores de la cultura del grupo étnico al que pertenece³³.

La pericia antropológica también es útil para dilucidar procesos de hibridación, producto de contactos culturales o de adaptación de los miembros de la minoría étnica respecto de la cultura codificadora. Estos datos son relevantes porque permiten determinar la razonabilidad de la motivación cultural que se invoca.

³⁰ Kin, “The cultural defense...”, op. cit., págs. 103/104, la define de la siguiente manera: *“The ‘cultural defense’ as it is commonly called, is a legal strategy that uses evidence about a defendant’s cultural background to negate or to mitigate criminal liability (with a concomitant sentence reduction)”*.

³¹ Vázquez González, Carlos, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 153.

³² De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados...*, op. cit., pág. 149.

³³ De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados...*, op. cit., pág. 157. La autora agrega que, para esto, *“se considera oportuno seleccionar los peritos entre antropólogos, profesores universitarios expertos en esta materia o aquellos especialistas que eventualmente indiquen los consulados”* (op. y loc cit).

En efecto, actualmente, la coexistencia de una minoría étnica con la sociedad codificadora constituye la situación más frecuente. Los casos de aislamiento geográfico / cultural más bien representan una excepción. De allí que esta experticia pueda ser relevante para ponderar el grado de asimilación del imputado con la cultura y sociedad anfitriona. En este sentido, no es lo mismo un inmigrante recién arribado que uno que tenga una residencia temporalmente prolongada en el país³⁴; como tampoco lo es un sujeto que, más allá de su pertenencia a una minoría étnica, ha experimentado un proceso de escolarización formal desde su niñez³⁵; etcétera³⁶. Al respecto, hay que tener presente -especialmente en un escenario actual caracterizado por la globalización- que estos procesos de construcción de identidades son muy complejos y no necesariamente unidireccionales.

¿Resultaría correcto, desde la perspectiva del objeto de esta pericia, fijar como punto a dilucidar por el experto, si el imputado “pudo distinguir lo lícito de lo ilícito”?³⁷

La pregunta no es sencilla de responder porque, entre otros aspectos, se encuentra condicionada a la solución jurídica que cada sistema adopte para los delitos culturalmente motivados.

Así, existen ordenamientos jurídicos que resuelven esta situación a partir de la inimputabilidad penal³⁸. Tal el caso, por ejemplo, del Código penal colombiano, cuyo artículo 33, 1º párrafo, dispone: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados si-

³⁴ De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados...*, op. cit., pág. 156.

³⁵ Desde luego que la experiencia educativa formal no significa asimilación cultural. La antropología educativa se ha encargado de demostrar las tensiones y problemas específicos que ofrece la escolarización en contextos interculturalidad, en la medida en que se visibilizan relaciones (o falta de relaciones) entre los saberes escolares de la sociedad hegemónica y los conocimientos familiares – comunitarios sobre las lenguas, el mundo natural o la producción doméstica que se le trasmite al educando en su familia. Al respecto, cfr. Novaro, Gabriela (coordinadora), *La interculturalidad en debate. Experiencias formativas y procesos de identificación en niños indígenas y migrantes*, Ed. Biblos, Bs. As., 2011.

³⁶ Señala la importancia de analizar estos procesos de hibridación cultural Moreira, *La pericia antropológica...*, op. cit., pág. 104.

³⁷ El interrogante lo formula, Moreira, *La pericia antropológica...*, op. cit., pág. 104.

³⁸ Para una crítica a esta solución legislativa, cfr., entre otros, Cesano, *Los encuentros...*, op. cit., págs. 37/38 y Villegas Díaz, “Entre la exculpación y la justificación...”, op. cit., pág. 194.

milares”. La inclusión de la diversidad cultural está condicionando aquella comprensión; con lo cual, en Colombia, la dilucidación de esta cuestión puede valerse con provecho de la pericia antropológica.

Pero aún en aquellos sistemas jurídicos en donde la inimputabilidad aparece vinculada con criterios bio-psicológicos³⁹, no es posible descartar la convocatoria de un perito antropólogo. Tal sucedería en casos en donde interviene la Psiquiatría transcultural.

La psiquiatría transcultural, se apoya en la interculturalidad, como encuentro y diálogo entre culturas. Los procesos migratorios, por ejemplo, provocan un fuerte desarraigo afectivo y cultural, ya que, en el país anfitrión, el inmigrante encuentra nuevas costumbres, diferente lenguaje y tradiciones, además de las dificultades para conseguir un empleo. En estos contextos⁴⁰, la psiquiatría trans-

³⁹ Tal como ocurre con el artículo 34, inciso 1°, 1° párrafo del Código penal argentino; cuyo texto dispone: “*No son punibles: 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*”.

⁴⁰ Desde luego que el contexto que mencionamos en el texto no es el único escenario posible. En efecto, las revisiones bibliográficas sobre los trastornos mentales desde la perspectiva de la psiquiatría transcultural (cfr., Pérez Sales, Pau, Antropología Psiquiátrica y Psiquiatría Transcultural, pág. 38 y ss. Disponible en:

<http://www.pauperez.cat/en/thematic/books/7-psicologia-y-psiquiatria-transcultural-bases-practicas-para-la-accion/file>. Accedido: 19/10/2016) mencionan, como integrantes de sus clasificaciones, la presencia de ciertos síntomas psicóticos (delirios y alucinaciones) frecuentes en determinados grupos étnicos que han experimentado procesos de hibridación cultural por contacto con algunas comunidades religiosas. En Argentina, puede mencionarse, en esta dirección, el proceso penal seguido en contra de miembros de una comunidad mapuche de Neuquén, conocido como la matanza de Lonco Luan. En síntesis, los acontecimientos que sucedieron fueron los siguientes: durante el ritual efectuado en una de las viviendas de la Comunidad, con el fin de “extraer el demonio” del cuerpo de uno de los concurrentes, valiéndose para ello de pautas religiosas aprendidas de la comunidad Unión Evangelista Pentecostal Argentina, se produjeron las muertes de tres niños y de la madre de dos de ellos y lesiones en una quinta persona. El magistrado interviniente concluyó resolviendo el sobreseimiento total y definitivo de los imputados en orden a los delitos de homicidio calificado (cuatro hechos) y lesiones leves, en concurso real, sobre la base de la inimputabilidad (art. 34, inc. 1°, Cód. Penal), ordenando la internación de los protagonistas en un instituto especializado hasta que desaparecieran las causales de peligrosidad. La solución jurídica que se le dio al caso no basó su argumentación en la condición de los imputados (esto es, su pertenencia Mapuche) sino que tuvo por acreditado, sobre la base de distintos informes periciales, un trance místico colectivo que impidió a los imputados, en el momento del hecho, dirigir sus acciones. En rigor, la construcción jurídica del magistrado se encontraba notablemente influida por

cultural tiene en cuenta “que las tradiciones culturales determinan como los individuos ven su salud mental y que el formato del enfermar varía en función de los sistemas de creencias culturales”⁴¹. En situaciones como éstas, en donde el agente perpetró un delito, no es fácil determinar, únicamente, sobre la base de una indagación psiquiátrica, las posibilidades que el autor tuvo de comprender la criminalidad del acto. Por el contrario, en tales supuestos resulta conveniente la concurrencia de un perito antropólogo para evaluar, en forma interdisciplinaria, la cuestión; no sólo porque el proceso migratorio, constituye un acontecimiento vital estresante y como tal, un factor de riesgo que favorece el desarrollo de la enfermedad mental en la población inmigrante sino, además, porque los aspectos socio-culturales pueden matizar o modular el desarrollo de la psico-

elementos tomados de la antropología psiquiátrica; del que no eran ajenos algunos de los postulados de la cross-culture psychiatry. De hecho, uno de los peritos que intervino en aquel proceso fue Fernando Pagés Larraya, prestigioso médico psiquiatra que realizó importantes investigaciones de psiquiatría transcultural, publicando –fruto de aquellas indagaciones– en 1982 el libro *Sobre lo irracional en la cultura*, en cuatro volúmenes, editados por la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (sobre esta obra y su autor, Conti, Norberto Aldo, “Entre la Epidemiología Psiquiátrica y la Antropología Cultural: Fernando Pagés Larraya, un pensamiento singular”, *Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría*, vol. XXIII, n° 105, Buenos Aires, septiembre-octubre 2012, págs. 386-389). Es interesante sintetizar algunos aspectos centrales de la argumentación del juez en el decisorio de sobreseimiento, fechado en la ciudad de Zapala (provincia del Neuquén), el 11/12/79: “Luego de un erudito y pormenorizado estudio de las características principales de las creencias religiosas mapuches -grupo étnico al que pertenecen los imputados- y de la secta pentecostal, como así de su progresiva penetración en la zona, explica el Dr. Pagés Larraya las formas de asimilación por el grupo de determinados aspectos del milenarismo religioso, y su inevitable incompreensión de otros, que reinterpretaron, adoptándolos en todo o en parte a sus propias vivencias. Destaca la imprescindible participación de un líder, característica del movimiento milenarista, y la forma habitual de sus reuniones rituales. También describe los estados de éxtasis, sus causas y efectos. Posteriormente se estudian y analizan psiquiátricamente a cada uno de los procesados, para pasar a considerarlos como grupo social y finalmente concluir con la determinación del estado mental de los detenidos al momento del hecho. Con singular claridad, el perito señala que la particular situación étnico social de estos grupos ‘los hace receptivos a ‘mensajes salvadores’ que surgen por lo general, en los grupos etnógrafos, de un extranjero que no pertenece al grupo dominante’. Asimismo, ‘en forma personal al sentimiento escatológico, vivido como una sensación indefinible de ‘fin del mundo’, es perceptible en los integrantes de los movimientos milenaristas’, como lo demuestra la pericial que se referencia, sensación que asimismo forma parte de los sentimientos de la cultura mapuche. Y esta sensación es una realidad concreta para quienes participan de ella: ‘la predicación de un exorcista carismático que siente dentro de sí mismo, sin duda y mistificación alguna, vivo el reino de Dios’...”.

⁴¹ Gutiérrez, M.L., “Psiquiatría transcultural. A propósito de un caso”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Volumen 30, N° 108, Madrid, 2010, págs. 639/640.

patología⁴². Existen ordenamientos jurídicos en los que los problemas vinculados con la motivación cultural del delito, al no encontrar una respuesta expresa bajo la forma de una eximente, se visibilizan, eventualmente, en la etapa de la determinación judicial de la pena. En efecto, al tener en consideración las circunstancias personales del autor -en nuestro caso: la pertenencia a una minoría étnica y la incidencia de su identidad cultural en la motivación del comportamiento reprochable para la sociedad codificadora- el juez está valorando el contexto de la ofensa⁴³. Este proceso valorativo constituye un acto complejo en donde no sólo se tienen en cuenta aquellas características relativas al estado psíquico del imputado y los elementos objetivos concurrentes en el delito, sino, también, “*el conjunto total de su cosmovisión, que no empieza ni termina en el hecho consumado, sino que es anterior a él y continuará después de él*”⁴⁴.

Ahora bien ¿cómo se elabora un informe pericial antropológico?⁴⁵

El antropólogo dispone de diversas herramientas metodológicas que le permiten efectuar las descripciones e inferencias necesarias para realizar explicaciones y traducciones culturales⁴⁶. Entre estas herramientas encontramos a la observación participante, a la entrevista y a la historia de vida⁴⁷.

La observación participante consiste en recolectar datos mediante la participación en el mundo social de las personas a que se estudia, por ejemplo, adoptando un rol en un grupo social, o en sus márgenes, y observando, pensando e interpretando las acciones de los integrantes del grupo⁴⁸. Según Guber, “la ob-

⁴² Gutiérrez, M.L., “Psiquiatría transcultural...”, op. cit., pág. 643. Este autor destaca la importancia, para estos casos, del trabajo interdisciplinario entre psiquiatras y antropólogos. De la misma opinión, Moreira, *La pericia antropológica...*, op. cit., pág. 104.

⁴³ Se trata de un concepto antropológico desarrollado por Kalinsky, Beatriz, “La pericia antropológica como herramienta de investigación social”, págs. 4/7. Disponible en: <http://www.cereid.org.ar/pdf/Pericia-antropologica.pdf>. Accedida: 22/10/2016.

⁴⁴ Vázquez González, *Inmigración...*, op. cit., pág. 202.

⁴⁵ Para una orientación general al respecto, cfr. Guevara Gil, Armando, “Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos en causas indígenas”, en Armando Guevara Gil - Aarón Verona - Roxana Vergara (eds.), *El peritaje antropológico: entre la reflexión y la práctica*, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pág. 219 y ss.

⁴⁶ Moreira, *La pericia antropológica...*, op. cit., pág. 106.

⁴⁷ Moreira, *La pericia antropológica...*, op. cit., pág. 106.; Kalinsky, “La pericia antropológica como herramienta de investigación social”, op. cit., págs. 3/4.

⁴⁸ Jupp, Victor, Voz Etnografía, en *Diccionario de Criminología*, Eugene McLaughlin - John Muncie (Compiladores), Ed. Gedisa, México, 2011, pág. 256.

servación participante es el medio ideal para realizar descubrimientos, para examinar críticamente los conceptos teóricos y para anclarlos en realidades concretas, poniendo en comunicación distintas reflexividades”⁴⁹.

Sin embargo, en términos generales, el uso de este instrumento suele requerir una larga estancia dentro de la comunidad en que se sitúa el sujeto observable. Por eso, el tiempo y las urgencias de las etapas procesales en el ámbito del proceso judicial le impedirán al experto un empleo adecuado de este método, al que sustituirá con la literatura científica ya producida o, en su caso, sus propios estudios al respecto⁵⁰.

Por tal razón, la entrevista antropológica será la técnica de utilización más frecuente para responder a los requerimientos de esta pericia. La entrevista es una estrategia para hacer que la gente hable sobre lo que sabe, piensa y cree, *“una situación en la cual una persona (el investigador – entrevistador) obtiene información sobre algo interrogado a otra persona (entrevistado, respondente, informante)”*⁵¹. Esta información *“suele referirse a la biografía, al sentido de los hechos, a sentimientos, opiniones y emociones, a las normas o estándares de acción, y a los valores o conductas ideales”*⁵². Si bien las entrevistas admiten diversas variantes -cuestionario preestablecido, semiestructuradas, grupos focalizados en una temática, etcétera- la antropológica se caracteriza por ser una *“entrevista informal (...) o no directiva”*⁵³.

También resulta importante, dentro de la metodología etnográfica, la técnica denominada historia de vida o reconstrucción biográfica. Ésta consiste en el despliegue y análisis de las experiencias de una persona a lo largo del tiempo, lo cual incluye una selección consciente e inconsciente de recuerdos de sucesos o situaciones en las cuales participó directa e indirectamente; y su interpretación mediada por experiencias posteriores. *“Con esta herramienta metodológica, se busca describir, explicar e interpretar las intersecciones entre un individuo singular, su comunidad y su ‘horizonte histórico’ (...). En este sentido, el rescate de la trayectoria de vida del actor social, sus experiencias y su visión particular permitirán*

⁴⁹ Guber, Roxana, *La etnografía. Método, campo y reflexividad*, Enciclopedia Latinoamericana de Sociocultura y Comunicación, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2001, pág. 62.

⁵⁰ Moreira, *La pericia antropológica...*, op. cit., pág. 113.

⁵¹ Guber, *La etnografía...*, op. cit., pág. 75.

⁵² Guber, *La etnografía...*, op. cit., pág. 75.

⁵³ Guber, *La etnografía...*, op. cit., pág. 75/76. Para la cuestión vinculada a los límites y supuestos de la no directividad, cfr. Guber, *La etnografía...*, op. cit., págs. 80/85.

*aprehender la historia como el reflejo de una época, normas sociales y valores propios de la comunidad de la que el sujeto (...) forma parte. Se trata, en definitiva, de conectar la biografía (...) con los contextos más estructurales concibiendo (...) que 'ni la vida de un individuo ni la historia de una sociedad pueden entenderse sin entender ambas cosas'*⁵⁴.

IV. Estándar científico de la prueba pericial antropológica y su valoración

En ocasiones, los jueces suelen dejar de lado las pericias antropológicas, basados en críticas vinculadas con la calidad epistemológica de esta prueba⁵⁵. Así, en un estudio regional realizado en la justicia chilena se indica que, aunque no siempre aparece tan claramente en las sentencias, *“tal percepción de los peritajes antropológicos es común por parte de los actores del campo jurídico de la Araucanía, no solamente de parte de los jueces, pero también de los fiscales y abogados defensores que dudan en recurrir a este tipo de informes a diferencia de los peritajes sociales y psicológicos. Estos últimos, al aplicar escalas e instrumentos de medición estándares, son considerados como más válidos por los jueces a pesar que son cuestionados por la misma comunidad científica. Sin duda es un elemento de explicación al uso restringido del peritaje antropológico hoy en día en las cortes chilenas. Se le opone al estatus científico asignado a las ciencias naturales (...)”*⁵⁶.

⁵⁴ Magliano, María José – Perissinotti, María Victoria – Zenklusen, Denise, “Biografía de una resistencia. Estudio de caso de la experiencia de politización de una trabajadora doméstica migrante en Argentina”, en *Los nudos ciegos de la desigualdad. Diálogos entre migraciones y cuidado*, CONICET – Universidad Nacional de Córdoba – Centro de Estudios Avanzados, Bs. As., 2016, pág. 150.

⁵⁵ Así, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, en un juicio por homicidio simple (individualizado como RIT 049-2006), señaló: *“no se mencionan en el peritaje fuentes bibliográficas ni etnográficas suficientes para estimar que el análisis fue llevado a cabo con la acuciosidad necesaria para respaldar la enormidad de tal aseveración, esto es, que se acepte la eliminación de una vida humana en base a supuestas costumbres o valores originarios que no pueden atribuirse como elemento cultural identitario no ya de una etnia sino de una Comunidad bien definida”* (citado por Le Bonniec, Fabien, “Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico en las cortes de justicia del sur de Chile”, pág. 5, nota n° 5. Disponible en: http://www.idaes.edu.ar/pdf_papeles/GT4%20-Le%20Bonniec.pdf. Accedido: 23/10/2016).

⁵⁶ Le Bonniec, “Interrogantes...”, op. cit., pág. 6.

La descripción realizada -que colisiona, por supuesto, con otras valoraciones efectuadas por la literatura especializada- coloca al tema que analizamos en el ámbito del valor que debe asignarse, en los procesos judiciales, a la prueba científica. Actualmente se observa una suerte de beatificación de la prueba pericial; la cual se asienta, entre otras razones, por su sobrevaloración epistémica; lo que se explica, en palabras de Gascón Abellán, a partir de la opinión corriente de que los resultados que arrojan “*se aceptan como infalibles*”⁵⁷. Tal sobrevaloración, paradójicamente, de ninguna manera puede ser tomada, si se nos permite la ironía, como una verdad de fe. En efecto, cabe preguntar “*¿por qué se asume con este fervor casi dogmático el mito de la infalibilidad de las pruebas científicas? ¿Por qué todos los esfuerzos que en los últimos tiempos se están realizando por introducir racionalidad en el ámbito de la prueba se dirigen fundamental y casi exclusivamente a las pruebas no científicas? ¿Por qué la prueba científica no se sitúa también bajo esa mirada crítica?*”⁵⁸.

Es indudable que estos legítimos interrogantes exigen que los jueces agudicen su cuidado tanto en el momento de evaluar la admisibilidad de determinadas pruebas científicas como al valorarlas.

En el common law, y en relación al momento de la admisibilidad de la prueba científica, se han elaborado, con este propósito, diversos test. Los mismos, toman como nombre el precedente en el cual se formularon; cronológicamente: “Frye” (1923) y “Daubert” (1993).

Si bien, ambos casos, no se vinculan con las ciencias sociales⁵⁹ -categoría

⁵⁷ Gascón Abellán, Marina, “Prueba científica: un mapa de retos”, en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 182.

⁵⁸ Gascón Abellán, “Prueba científica (...)”, op. cit., pág. 183. Lo dicho no significa caer en el absurdo extremo de la subestimación de la prueba científica. Por el contrario, compartimos la predicción del destacado jurista comparatista Mirjan Damaška cuando expresó: “*A medida que la ciencia continúa cambiando el mundo social, se plantean en el futuro grandes transformaciones de la investigación fáctica para todos los sistemas de justicia. Estas transformaciones podrían terminar siendo tan trascendentales como aquellas ocurridas a finales de la Edad Media, cuando las formas mágicas de prueba se retiraron ante los prototipos de nuestra tecnología probatoria actual*” (cfr. *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, 1997, pág. 151).

⁵⁹ En efecto, James A. Frye (que dio lugar al primer precedente), había confesado ser autor de un homicidio. Sin embargo, con posterioridad, se retractó de su confesión y, por ello, la defensa ofreció como prueba la posibilidad de someter al acusado a un entonces muy novedoso análisis de la presión sanguínea que supuestamente servía como detector de mentiras. El juez de primera instancia excluyó esta prueba pericial y condenó

en donde se incluye a la Antropología cultural- lo cierto es que, los estándares a que dieron lugar estos casos constituyen una referencia necesaria, al menos para poder valorar si, los mismos, se extienden a este tipo de disciplina científica.

Según el “Frye test”, el criterio para determinar la admisibilidad de las pruebas científicas estaría constituido por su general acceptance, es decir, por el consenso general de la comunidad científica alrededor de la validez de tales pruebas.

Este precedente fue sustituido por los criterios establecidos en “Daubert”.

¿Cuáles fueron esos criterios?

Básicamente: a) la controlabilidad y falsabilidad de la teoría que se encuentra en la base de la prueba científica; b) el porcentaje de error relativo a la técnica empleada; c) la posibilidad de control sobre la teoría o técnica en cuestión por parte de los expertos, y d) del consentimiento de la comunidad científica de referencia.

Ahora bien, la aplicabilidad del “test Daubert” respecto de las denominadas soft sciences ha resultado problemático. Con razón expresa Taruffo: “Daubert (...) había sido pronunciado en una causa en la que el problema fundamental tenía que ver con la determinación de la peligrosidad de una medicina, de manera que el tipo de ciencia que se necesitaba era el de las ciencias naturales como la química, la farmacología, la medicina y la epidemiología. Era comprensible, por tanto, que los criterios de científicidad indicados en la sentencia fuesen de cierta manera calcados de las características de estas ciencias, y que con respecto a ellos se hablase de verificabilidad empírica o determinación del margen de error. Además, es evidente que criterios de este tipo no son aplicables en el caso de otras ciencias, como las humanas, en las cuales el método es diferente y no es posible configurar controles empíricos y cálculos precisos”⁶⁰.

a Frye; decisión que fue apelada ante la Court of Appeals de Columbia. Este Tribunal sentó el estándar vinculado a nuestro tema, calificando la prueba argüida por la defensa como un “testimonio científico novel”; confirmando lo resuelto en la instancia anterior. Por su parte, los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller, promovieron un juicio civil por daños tóxicos contra Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., ante la California State Court, alegando que la causa de las graves malformaciones de sus hijos en sus extremidades superiores fue la ingesta materna durante su gestación de un antihistamínico patentado por dicha farmacéutica para aliviar las náuseas y mareos. El caso fue resuelto, en definitiva, en el ámbito federal y, luego de diversas intervenciones judiciales, en 1993 culminó ante la Corte Suprema de Estados Unidos. Al respecto, cfr. Vázquez, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 92/103.

⁶⁰ Taruffo, *Páginas sobre...*, op. cit., pág. 465.

Frente a esta constatación, se renueva entonces el problema de cómo valorar la calidad epistemológica de una prueba pericial cuando, en un proceso judicial, se necesite la concurrencia de un experto en antropología cultural.

Por de pronto, llevan la razón aquellos autores que consideran necesario elaborar estándares para cada paradigma de formas válidas de conocimiento⁶¹. En tal sentido, aún dentro de las mismas ciencias sociales, es evidente que los métodos de las diversas disciplinas no son comunes⁶².

Desde otra perspectiva, si bien los criterios del common law concretados en el presente “Daubert” -tal cual ya lo expusimos- no son aplicables, por regla, a las ciencias sociales, esto no significa que, no podamos extraer, de aquella experiencia comparada, algún indicador con cierto provecho. En este sentido la aceptación general que se enunciara en test Frye no debe ser subestimada. En efecto, el único criterio que, respecto de estas disciplinas científicas, “*parece tener aplicación es la general acceptance por parte de la comunidad científica de referencia, por la sencilla razón de que si un cierto conocimiento o técnica de análisis científico no es uniformemente reconocido como admisible en el contexto que interesa, existe una fuerte presunción contra su validez*”⁶³. Desde luego que este criterio -aceptación por parte de la comunidad científica- es sólo un paso inicial en este delicado proceso de constatación de la calidad epistémica de la prueba antropológica: los pasos siguientes deberían tener en cuenta las características específicas de la ciencia de la que se trata (en nuestro caso: la antropología cul-

⁶¹ Taruffo, Michele, “La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales forenses”, en Vázquez (ed.), *Estándares de prueba...*, pág. 209. Utilizamos el plural porque, lleva razón Gabriella Marando cuando señala que: “*Premessa indispensabile dell’indagine è il rifiuto del dogma positivistico dell’unicità della scienza e l’accoglimento nel suo alveo semantico di differenti saperi scientifici, ognuno dotato di propri paradigmi e di propri standards di validità. Il superamento della concezione positivistica della scienza è alla base dell’autorevole opinione secondo cui il contesto processuale si avvale di diversi tipi di sapere scientifico, sicché è corretto parlare non di ‘processo e scienza’ ma di ‘processo e scienze’; e, ulteriormente, non di ‘prova scientifica’ ma di ‘prove scientifiche’*” (cfr. *L’acquisizione della prova scientifica nel processo penale*, Università Degli Studi di Trieste, 2009/2010, pág. 54. Disponible en: <https://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/3447/1/L%27acquisizione%20della%20prova%20scientifica%20nel%20processo%20penale%20%20Versione%20pdf.pdf>. Accedida: 17/1/2017).

⁶² De Maglie, *Los delitos culturalmente motivados...*, op. cit., pág. 182/183: “(...) no parece que exista un método común a todas las ciencias de la comprensión [en alusión a las ciencias humanas]. El psicólogo no sigue el método del sociólogo, el economista no sigue el método del crítico literario, el cual no sigue el método del historiador del arte, etc.”.

⁶³ Taruffo, *Páginas sobre...*, op. cit., pág. 465.

tural), “la seriedad y controlabilidad de sus técnicas, la funcionalidad de sus protocolos, la correcta aplicación de los métodos de análisis y (...) la reconocida seriedad del científico o de la institución de la cual se sirve el juez”⁶⁴.

V. Conclusiones

Variados son los problemas que se le presentan a un sistema penal en caso de coexistencia de minorías étnicas con la sociedad codificadora.

La literatura jurídica y criminológica distingue, principalmente, dos cuestiones⁶⁵: la primera, que aquí sólo tratamos en forma propedéutica, es saber en qué consiste precisamente el “delito cultural” y qué lo causa; la segunda, en cambio, se refiere al significado, en un proceso judicial, que puede tener la pericia antropológica cultural: ¿es conveniente que la antropología preste sus servicios a la administración de justicia? ¿Cuáles son, llegado el caso, los riesgos científicos relacionados con tal servicio?⁶⁶

Consideramos haber demostrado la importancia que tiene este tipo de prueba para auxiliar a los operadores jurídicos respecto de la existencia y valor que adquiere, para un integrante de una minoría étnica, el condicionamiento cultural de un determinado comportamiento que, en el contexto de la sociedad hegemónica, es considerado delictivo. En tal sentido, es indudable que el juez no posee conocimientos⁶⁷ que le permitan develar aspectos tan intrincados

⁶⁴ Taruffo, *Páginas sobre...*, op. cit., pág. 466.

⁶⁵ Sin duda, la enumeración no es taxativa. Las tensiones que produce el sistema penal hegemónico en una sociedad pluricultural son mayores. Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar la posible aplicación, respecto de los miembros de una minoría étnica preexistente al Estado nacional, de sus normas penales consuetudinarias; los alcances, para estos casos, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; etcétera.

⁶⁶ Los interrogantes los formula Foblets, “Los delitos culturales...”, op. cit., pág. 296.

⁶⁷ Pensar que el juez posee estos conocimientos especiales como parte de su cultura media es subestimar el carácter científico de las ciencias sociales. Como lo explica, lúcidamente, Michele Taruffo: “Muchos jueces están todavía ligados a la concepción tradicional según la cual solamente cuando entra en juego una ciencia ‘dura’ se vuelve indispensable la ayuda de un experto, mientras que las ciencias sociales pertenecerían a la cultura media, y por tanto entrarían en el normal bagaje de conocimientos del juez. Es claro que esta concepción es infundada, y se vuelve menos aceptable cada vez que nuevas áreas del saber adquieren el estatuto de ciencias; sin embargo, la cultura media de los jueces no evoluciona con la misma rapidez y en la misma dirección en que evoluciona el conocimiento científico,

como la pertenencia de un sujeto a un grupo étnico, el grado de identificación que una práctica cultural tiene dentro de éste, la existencia y, en su caso, el peso que puedan tener respecto de aquellas prácticas culturales los procesos de aculturación, etcétera. Esto exige, necesariamente, una intervención experta que auxilie al magistrado para analizar, conocer y comprender, desde la visión de la minoría étnica, *“los hechos asociados a una conducta sancionada penalmente; ‘permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los Códigos del sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la falta no lo es’ (...). Se trata entonces de una visión de entendimiento entre visiones culturales diversas ante los mismos hechos, [que] ‘permite de manera diferencial valorar, argumentar y probar casos penales complejos en los cuales se vincula a víctimas o victimarios con una identidad propia’”*⁶⁸.

Ahora bien, en orden a la respuesta al segundo interrogante planteado -esto es: los eventuales riesgos que puede representar para el magistrado la utilización de este medio de prueba-, consideramos que los mismos no son diferentes de aquella prevención que debe tenerse en relación a toda la prueba científica.

Extendiendo expresiones de Laudan a nuestro tema, podríamos decir que la calidad epistémica de la prueba científica en general (de la cual la antropológica es una especie) “no baja del cielo”, ni está implícita en su naturaleza⁶⁹. Por el contrario, en todos los casos, el juez debe fundar las razones por las cuáles se aparta o comparte las conclusiones de una prueba científica. Si bien, por regla, los autores suelen exigir este especial deber de motivación en caso de discrepancia con la opinión pericial, estimamos que dado que el juzgador siempre debe motivar la valoración de las pruebas”, resulta coherente⁷⁰ que este deber también se requiera cuando, compartiendo la experticia, funda en ella determinado aspecto que resuelve la sentencia.

lo que explica la permanencia -en la cultura jurídica- de la concepción tradicional y restrictiva de la ciencia” (cfr. “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre, 2005 págs. 1289/1290).

⁶⁸ Álvarez San Martín, “El peritaje antropológico...”, op. cit., pág. 86.

⁶⁹ Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 105. El autor utiliza estas palabras respecto del nivel de exigencia o severidad que debe predicarse respecto del estándar de prueba.

⁷⁰ Taruffo, Michele, *La prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 294, nota n° 68.

Puede parecer que este deber de motivación es exigir mucho a la magistratura. Si la opinión del experto se requiere por sus especiales conocimientos, pedir al juez que valore la calidad epistemológica de esa prueba podría resultar una verdadera paradoja. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente: *“En realidad, cuando se afirma que el juez debe realizar una valoración autónoma acerca de la fiabilidad de la prueba científica no se pretende que deba transformarse en científico -lo que evidentemente sería imposible- y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que exige, en cambio, es que el juez sea capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica”*⁷¹, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido los utilizados por el experto. En este aspecto, hemos señalado ya que, entre los métodos más frecuentes que suelen utilizarse en el saber antropológico, se cuenta con la entrevista etnográfica. Asimismo, hemos dicho también que, los tiempos del proceso en ocasiones no permiten el empleo de la observación participante; no obstante, lo cual, en lugar de ello suele apearse a investigaciones científicas registradas por la literatura científica especializada. Sobre tal base no parece excesivo pedirle a un juez que controle si, el dictamen pericial argumenta y concluye a partir de estos métodos⁷² u otros que, a futuro, puedan adquirir aceptación general en la comunidad científica⁷³. Por

⁷¹ Taruffo, *La prueba*, op. cit., pág. 294.

⁷² De hecho, las legislaciones procesales exigen que el experto explicité las operaciones que realizó y los métodos que fueron utilizados (v.gr. C.P.P. de Córdoba, art. 242, inciso 2º, C.P.P. de Buenos Aires, art. 250, etcétera), al momento de concretar su dictamen. Y esta exigencia legal coadyuva a la tarea de control. En este sentido, señalan Arocena, Gustavo A. – Balcarce, Fabián I. – Cesano, José Daniel, *Prueba en materia penal*, Ed. Astrea, Bs. As., 2009, pág. 337 que: *“Esta explicación brindada por los peritos acerca de la investigación por ellos llevada a cabo permitirá una adecuada valoración crítica de las conclusiones propuestas por los expertos y la informada justipreciación de la eficacia probatoria de la pericia”*. En suma, y como lo sintetiza Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Bs. As., 2000, pág. 239: *“el tribunal debe examinar por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva y no puede adoptar en la sentencia los resultados del perito sin haberlos controlado”*.

⁷³ Por ejemplo, como sucede en una reciente investigación de antropología jurídica vinculada con una de las formas que asume la libertad anticipada en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde sus autores emplearon, entre otras estrategias metodológicas, la de *grupos focales* dentro de las unidades de detención. Al respecto, cfr. Kalinsky, Beatriz – Cañete, Osvaldo, *Libertad condicional. La transición a la vida libre, un estudio de caso*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2016, pág. 32 y siguientes. Por *grupo focal* se entiende una técnica cualitativa de recolección de información basada en entrevistas colectivas y semiestructuradas realizadas a grupos homogéneos. Para el desarrollo de esta técnica se

el contrario “parece razonable, en la sociedad actual, que el juez disponga de una formación epistemológica básica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas”⁷⁴. E indudablemente, como presupuesto de ello, es necesario que la magistratura repare en que los paradigmas tradicionales de la ciencia evolucionan: las ciencias humanas adoptan métodos, sistemas de análisis y de control, y grados de atendibilidad de los conocimientos que no solamente son distintos de los de las ciencias duras, “sino que también son profundamente diferentes entre ellos. Por decirlo así, el viejo mito simplista y unitario de la ciencia debe ser adaptado a estas nuevas realidades que -si bien de forma lenta y fatigosa- ya están encontrando la ruta de los tribunales”⁷⁵.

instrumentan guías previamente diseñadas y en algunos casos, se utilizan distintos recursos para facilitar el surgimiento de la información (mecanismos de control, dramatizaciones, relatos motivadores, proyección de imágenes, etc.).

⁷⁴ Taruffo, *La prueba*, op. cit., pág. 295.

⁷⁵ Taruffo, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Boletín...*, op. cit., pág. 1290. Indudablemente, esto exige que los magistrados judiciales reciban una adecuada capacitación en cuestiones vinculadas con la epistemología jurídica. Como lo sostiene Francisco Vervic: “debe advertirse que la automatización con la cual se desarrolla este proceso de incorporación del fenómeno del método científico al saber del magistrado puede ser un factor problemático, debido (justamente) a la ausencia de rigor científico con que la misma se produce. En razón de ello, y aún concediendo que el trabajo cotidiano con pruebas científicas contribuye a lograr un mejor manejo y entendimiento de las mismas, nos inclinamos por compartir la opinión de quienes consideran que el remedio principal al problema se encuentra en propugnar e incentivar en modo institucional la formación científica de los jueces. Esto es, optar por que nuestros jueces se conviertan en ‘científicos amateurs’ no por casualidad sino respondiendo a una política judicial orientada y predeterminada que impida (o al menos minimice) los riesgos derivados de la incorporación asistemática de conocimientos en la materia. Sin duda la posición que asumimos exige de los jueces una actitud comprometida y para nada cómoda frente al fenómeno (...). Sin duda también exige volver a discutir sobre problemas de fondo relativos a su capacitación, carga de trabajo y disponibilidad de recursos, tanto humanos como materiales. También acordamos en esto. Sin embargo, tales cuestiones exceden el objeto de este trabajo y no hacen más que trasladar la discusión hacia otros temas, resultando inconducentes para desvirtuar el análisis efectuado”. (Cfr. “La prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoría general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad”. Disponible en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/La_Prueba_cientifica_en_el_proceso_judic.pdf. Accedido: 19/1/2017.



Vélez Sársfield y algunos aspectos de las sucesiones en el nuevo Código Civil y Comercial

DR. FRANCISCO A. M. FERRER*

Sr. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Dr. Juan Carlos Palmero, señores académicos, profesores y magistrados, señoras y señores,

Dr. Luis Moisset de Espanes le agradezco profundamente la benevolencia que ha tenido al presentarme con sus generosas palabras, y quiero destacar que, con la calidad de su persona y los valores de su obra jurídica y docente, ha resaltado aún más el honor que hoy vengo a recibir, con la certeza de que seguramente no es lo mismo haberlo alcanzado que merecerlo.

Agradezco a los señores miembros de esta prestigiosa Academia, señora desde la docta ciudad de Córdoba en la tradición jurídica argentina, que exalta y difunde el valor del Derecho para consolidar la República y asegurar el respeto a sus instituciones, con lo cual testimonia su servicio al país, les agradezco, reitero, la designación con que me han honrado, máxima distinción que colma de satisfacción el espíritu de quien se ha dedicado al ejercicio, al estudio y a la docencia del Derecho.

Saludo cordialmente a los colegas aquí reunidos, y a los familiares y amigos que me acompañan en este momento por razones de afecto, y especialmente a quienes lo han hecho pese a no ser entendidos en cuestiones jurídicas.

Antes de ocuparme de algunos aspectos del derecho de sucesiones en el nuevo Código Civil y Comercial cuya entrada en vigencia es inminente, debo referirme previamente al Código Civil de don Dalmacio Vélez Sársfield, por dos motivos: primero porque no puedo pasar por alto un oportuno homenaje y reconocimiento a su autor y a los ponderados méritos del Código que nos regirá hasta las 24 horas del próximo 31 de julio. Vélez lo elaboró en soledad, sin Internet, sin teléfono, sin computadora, sin máquina de escribir, con el recurso

* Palabras de incorporación en sesión especial del 28 de julio de 2015. El académico correspondiente fue presentado por el Sr. académico de número Dr. Luis Moisset de Espanés.

únicamente de su enorme talento, de su experiencia de abogado y estadista, y de su vastísima cultura jurídica, apoyada en una muy bien dotada biblioteca. Y segundo, porque en relación al Derecho de las Sucesiones, el sistema sucesorio organizado por Vélez, su técnica legislativa y su método expositivo se mantienen en el nuevo cuerpo legal que nos regirá a partir del 1º de agosto.

I. Vélez Sársfield y su Código

El Código velezano ha regido las relaciones civiles de los habitantes del país durante ciento cuarenta y cinco años, y esta vigencia de casi siglo y medio es la más elocuente demostración de su excelencia.

En 1986 la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma, a través de su Departamento de Historia y Teoría del Derecho, llevó a cabo un Congreso Internacional dedicado precisamente a reconocer los méritos de la obra legislativa de Vélez Sársfield, su originalidad y su influencia en el derecho latinoamericano, congreso en el cual tuvo destacada intervención el Presidente de la Academia, Dr. Juan Carlos Palmero con un ilustrado y minucioso estudio sobre el avance que representó el Código de Vélez con respecto a la legislación civil de su época¹.

Siendo aún un Proyecto la obra de Vélez ya gravitó sobre el Código Civil uruguayo que entró a regir en 1868: el Paraguay directamente adoptó el Código argentino en 1876 rigiendo hasta 1987, y en el nuevo Código la presencia de Vélez se revela no solo en la técnica legislativa, sino también en innumerables preceptos. Fuerte influencia del Código velezano se refleja en el Código Civil de Nicaragua de 1904, e incidencias se registran en el mismo Código español de 1889, vigente hasta ahora, y también en el Código de Panamá de 1916, en el de Filipinas de 1950, y en los códigos civiles peruanos de 1936 y 1985. Y lo más inesperado es que también haya proporcionado material a los redactores del Código japonés de 1898, aún vigente, y a los juristas chinos que en los comienzos de este nuevo siglo están preparando la codificación civil, y que lo han traducido al chino. Y últimamente en nuestra América, en el Proyecto de Código Civil de Puerto Rico de 2003. Todo lo cual revela el prestigio de la obra de Vélez y su

¹ “Vélez Sársfield y el derecho latinoamericano”, en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. I, pág. 203 y sgtes., y en SCHIPANI, Sandro (a cura di): Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano, Cedam, Padova, 1991, pág. 541 y sgtes.

trascendente contribución a la evolución del derecho, marcando huellas que han sido utilizadas por el derecho comparado, especialmente iberoamericano². Así lo afirma también el reconocido profesor de la Universidad de La Habana, Leonardo B. Pérez Gallardo, cuando expresa que el Código de Vélez es una de las joyas del Derecho en todo el continente, no solo por lo que significó para la Argentina, sino por la influencia que tuvo en la codificación civil de los otros países³.

En el ámbito de las sucesiones, estableció el principio constitucional de la igualdad en la partición hereditaria, para todos los parientes que se encuentran en el mismo grado. Además, le asignó carácter forzoso, prohibió las sustituciones fideicomisarias, y descartó el retracto gentilicio y el mayorazgo, ya suprimido por la Asamblea del año XIII, todas instituciones sucesorias que inmovilizaban los bienes y que eran propias del derecho feudal y aristocrático que concluyó con la Revolución Francesa.

Para cerrar el sistema abolió el complejo régimen sucesorio de división de los bienes del derecho español feudal, mediante el cual a la muerte de una persona se distinguía entre los bienes adquiridos y los bienes de familia o abolengo (es decir, de los abuelos), con lo cual se perseguía que los bienes de abolengo retornen a las familias de origen, sea a la del padre o a la de la madre del causante, por el principio *paterna paternis y materna maternis*. Consagró, en definitiva, la unidad del patrimonio (art. 3547) y la partición igualitaria y forzosa del mismo (art. 3452), principios que reproduce el nuevo Código (arts. 2365 y 2425).

Autores extranjeros como patrios⁴, destacaron que la distribución igualitaria

² ALTERINI, Jorge H.: La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones, en La codificación: raíces y prospectiva. La codificación en América, El Derecho, Bs.As., 2004, t. II, pág.183 y sgtes.

³ PEREZ GALLARDO, Leonardo B.: A propósito de la mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina: un intento de deshilar la madeja, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas.

⁴ RIPERT, Georges: El régimen democrático y el derecho civil moderno, trad. de J.M. Cajica, Ed. Cajica, Puebla, Mexico, 1951, n° 53; MARTINEZ PAZ, Enrique: Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino", Córdoba, 1916, pág. 259; COLMO, Alfredo: Técnica legislativa del Código Civil argentino, M.A. Rosas Ed., Bs.As., 1917, ns. 35 y 39; CHANETON, Abel: Historia de Vélez Sársfield, Ed. La Facultad, 2da. ed., Bs.As., 1938, t. II, ns. 161 y 162; MARTINEZ, Joaquín G.: La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, cap. VI, Academia Nacional de Derecho, Bs.As., 1972; MOLINARIO, Alberto D.: Indivisiones hereditaria y condominio forzosos organizados por la Ley N° 14.394, n° 5, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1959.

y forzosa de la herencia es una virtud democrática que produce la división de la tierra y de las fortunas y constituye un obstáculo para el latifundio. Por eso se ha dicho con innegable justicia que el Código de Vélez ha sido un Código colonizador, que produjo en su momento la verdadera reforma agraria, favoreciendo la población, la colonización y la civilización del territorio, y que ha sido uno de los más eficaces resortes de nuestra evolución económica.

Los principios liberales de la Constitución, inspirados en la necesidad de atraer inmigrantes europeos para poblar nuestro desértico territorio siguiendo la máxima alberdiana de que gobernar es poblar, tuvieron aplicación y eficacia práctica, como lo ha destacado el profesor Luis Moisset de Espanés⁵, gracias a las normas concretas del Código, que liberando de todos los obstáculos posibles a la división del acervo hereditario y asegurando su rápida adjudicación a los herederos, satisface también la necesidad económica de facilitar la circulación de los bienes⁶.

Y fue indiscutiblemente original con la regulación de la sucesión de los cónyuges. En nuestro país regían las leyes alfonsinas de las Partidas, del siglo XIII, por las cuales el cónyuge supérstite era excluido de la sucesión por descendientes, ascendiente y colaterales hasta el décimo grado; y sólo se le reconoció a la viuda pobre e indotada la cuarta marital⁷. En el Código de Napoleón el cónyuge era excluido por los colaterales hasta el duodécimo grado. Es decir, no heredaba. Se trataba de evitar que los bienes pasen de una familia a otra por vía del matrimonio, porque generalmente los bienes se adquirían por herencia.

Vélez advirtió que la situación económica y social de nuestro país era distinta de la europea, pues a mediados del siglo XIX comenzó el auge económico, y surgieron innumerables patrimonios generados por el trabajo personal y con la colaboración del cónyuge, es decir, de la esposa que contribuía con su esfuerzo, haciéndose cargo del hogar y de los hijos. Las leyes españolas que aún nos regían se habían tornado anacrónicas⁸, y Vélez respondió a la necesidad so-

⁵ MOISSET DE ESPANES, Luis: Codificación civil y derecho comparado, cit., pág. 191.

⁶ MOLINARIO, Alberto D.: Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la Ley N° 14.394, La Plata, 1959, n° 5.

⁷ En España, no aquí, esta legislación se modificó recién por ley de 1835, que colocó al cónyuge después de los colaterales del cuarto grado (después de sobrinos nietos, primos hermanos y tíos abuelos), pero además con la limitación de que los bienes inmuebles de abolengo (procedentes de los abuelos) debían volver a los colaterales.

⁸ El Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817 estableció la vigencia de la legislación española "hasta que la Constitución determine lo conveniente". Sobre los antece-

cial consagrando una reforma drástica del régimen vigente: el cónyuge supérstite no es excluido por ningún heredero, concurre con descendientes y ascendientes, y a falta de ellos se heredan entre sí excluyendo a los colaterales; además lo instituye como heredero forzoso, con una legítima del cincuenta por ciento, cuota forzosa que mantiene el nuevo Código (art. 2445 y 2446).

Para tener una idea de lo que esta innovación legislativa representó, basta recordar que Florencio García Goyena, uno de los autores y comentarista del Proyecto de Código Civil español de 1851 expresó que reconocer la calidad de heredero forzoso al cónyuge sería una solución irregular, monstruosa y chocante con todos los principios del derecho sucesorio⁹.

No obstante, otra innovación agregó Vélez, y fue que además de este derecho hereditario, le acordó también al supérstite las ventajas emergentes de la sociedad conyugal, pues en el art. 1313, dispuso la partición igualitaria por mitades de los bienes gananciales, sin consideración a los aportes efectuados por los cónyuges para la formación del capital ganancial. Y esta división igualitaria la funda en la presunción de esfuerzos comunes de ambos consortes, equiparando las actividades lucrativas de uno de ellos con aquellas no lucrativas del otro, que contribuyen al bienestar familiar, como la atención de la casa y de los hijos.

El derecho hereditario del cónyuge supérstite combinado con su derecho a la mitad de los gananciales fue fruto del talento de Vélez Sársfield, de su sagacidad y sentido de la realidad, y por eso el profesor Luis Moisset de Espanes lo ha calificado acertadamente como filósofo intuitivo y sociólogo práctico¹⁰. Su visión prospectiva merece aplaudirse porque se adelantó a toda la legislación vigente de su época, a tal punto que los derechos que reconoció al cónyuge supérstite recién fueron sancionados en el derecho europeo lenta y progresivamente en el siglo XX, y en los primeros años del nuevo siglo.

Todas estas virtudes democráticas e igualitarias y su perfecta conformidad con la idiosincrasia de nuestro pueblo, tradiciones y costumbres, y el amplio respeto por la personalidad humana, que caracterizan al Código de Vélez¹¹, son in-

dentes patrios: HERNANDEZ, L.B.-UGARTE, L.A.: Sucesión del cónyuge, Ed. Universidad, Bs.As., 1996, pág. 41 y sgtes.

⁹ GARCIA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Madrid, 1852, t. I, pág. 405, comentario al art. 773.

¹⁰ "Codificación civil y derecho comparado", Zavallia Editor, Bs.As., 1994, pág. 193.

¹¹ BARCIA LOPEZ, Arturo, citado por CAZEAUX, Pedro N.: Dalmacio Vélez Sársfield: máximo maestro del derecho argentino, en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. IV,

compatibles con la noción de código oligárquico con la que injustamente se lo ha tachado, descontextualizándolo, además, de la época en que fue sancionado.

Otra originalidad de este Código, reconocida unánimemente, fue el método legislativo, inspirado en parte en el Esboco de Freitas, en función del cual se apartó del Código de Napoleón, no obstante que éste marcó su impronta en casi todos los códigos civiles del siglo XIX. Con respecto al derecho sucesorio fue acertadísimo el apartamiento de Vélez del método francés, carente de rigor técnico, pues, siguiendo al derecho romano, había concebido a la sucesión por causa de muerte como un modo de adquirir la propiedad, reglamentándola en el libro III junto con las obligaciones y los contratos, y además reguló conjuntamente la donación y los testamentos. Vélez advirtió que las sucesiones *mortis causa* requerían una regulación independiente, pues constituyen una unidad orgánica dentro del derecho civil, y la ubicó al final, en el Libro IV, después de exponer las demás partes del derecho civil (personas, familia, obligaciones, contratos y reales), y además vinculó los testamentos a las sucesiones y los separó de la donación, que incluyó con los contratos.

Se advierte aquí la influencia del sabio jurista alemán Federico Carlos de Savigny a través de su obra Sistema de derecho romano actual, con cuya traducción ya contaba Vélez, pues dicho tratadista asigna un tratamiento independiente al derecho de sucesiones, ubicándolo en último lugar, después de la exposición de las otras ramas del derecho civil, por su múltiple contenido personal, familiar y patrimonial, que requiere la organización previa de las relaciones de familia, de los derechos personales y de los derechos reales; y además porque las relaciones jurídicas hereditarias son las más complejas del derecho civil, desde que presuponen el conocimiento del derecho privado patrimonial y del derecho de familia, en los cuales se apoya y a los cuales sirve de complemento¹².

La ubicación metodológica que Vélez asignó al derecho de sucesiones se mantuvo inalterada hasta el presente¹³, y recibió en este aspecto el apoyo de la

pág.541/542.

¹² Esta ubicación de las sucesiones en la sistemática del derecho civil después fue adoptada con mayor perfeccionamiento por el Código Civil alemán de 1900. La siguieron el código japonés de 1898, los códigos brasileños de 1916 y 2002, el código portugués de 1966, el paraguay de 1985, el más reciente código civil ruso, etc.

¹³ En cuanto a los Proyectos de reformas del Código Civil, el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936, el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, el Proyecto de 1998 y el nuevo Código Civil y Comercial, han mantenido esa ubicación del derecho sucesorio

doctrina argentina predominante¹⁴, y también de la extranjera, porque es la solución más didáctica y coherente¹⁵.

II. El derecho sucesorio en el nuevo Código Civil y Comercial

Con algunas modificaciones y mayor perfeccionamiento es también la sistematización que ha seguido el nuevo Código Civil y Comercial. Ha incorporado una parte general sobre las personas, los bienes, los hechos y actos jurídicos, luego trata las relaciones de familia, a continuación los derechos personales (obligaciones y contratos, civiles y comerciales), siguen los derechos reales, y el libro quinto está dedicado exclusivamente a las sucesiones, y asimilando las observaciones que se le hicieron a Vélez con buen criterio técnico dejó el libro sexto para las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, es decir, lo destinó a la prescripción, caducidad, privilegios, y a las normas del derecho internacional privado.

Y en relación al sistema sucesorio adoptado, su estructura y los principios generales, siguen siendo los mismos que implementó Vélez Sársfield.

En consecuencia, sigue vigente el sistema romano de la sucesión universal y personal¹⁶ que ha perdurado durante más de dos mil años en los derechos continentales europeos y en las legislaciones derivadas de los mismos¹⁷.

en el programa del derecho civil.

¹⁴ COLMO, Alfredo: Técnica legislativa del Código Civil argentino, M.A. Rosas Casa Editora, Bs.As., 1917, n° 59; MARTINEZ PAZ, Enrique: Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, TEA, Bs.As., 1953, págs. 53/55; SALVAT, Raymundo Tratado de derecho civil argentino, Parte General, ed. act. Por J.M. López Olaciregui, TEA, Bs.As., 1964, ns. 188/190; BORDA, G.A.: Tratado de der. civil, Parte general, actualizada por Guillermo J.Borda, 13ra. ed., La Ley, Bs.As., 2008, t. I, n° 117/118.

¹⁵ El distinguido profesor de la Universidad de San Marcos, Lima, Augusto FERRERO, critica la solución del Código peruano de 1984, que sigue al código suizo, y se muestra partidario de la metodología de Vélez Sársfield, que coloca al derecho de sucesiones en el último libro del Código, por ser más didáctica, pues el derecho sucesorio, que tiene como antecedente el derecho de las personas y de familia, presupone asimismo el conocimiento de los derechos reales y de obligaciones (Tratado de Derecho de Sucesiones, 6ta. ed., Grijley, Lima, 2002, pág. 93/96).

¹⁶ FERRER Francisco A.M.: El derecho de sucesiones en el Proyecto de Código Civil, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3-567 y sgtes.

¹⁷ Porque es el modo más simple de transmisión del patrimonio y garantiza del modo más completo los derechos de terceros y acreedores: FERRARA, F.: Estudio sobre la su-

De acuerdo a este sistema, el patrimonio, al fallecer su titular, no se disgrega, conserva su unidad al transformarse en herencia, por lo cual ésta es la unidad abstracta y totalizadora del activo y del pasivo que dejó el causante, abrazando en su conexión unitaria todas las relaciones jurídicas patrimoniales transmisibles del difunto. Y por eso la sucesión es universal, porque la herencia es una universalidad jurídica. Y el heredero entra a ocupar de pleno derecho el lugar del de cuius en el centro patrimonial dejado por él vacante, subrogándose en su misma posición jurídica. Se convierte en propietario, poseedor, acreedor y deudor de todo lo que el causante era propietario, poseedor, acreedor y deudor, de tal modo que el heredero continúa la personalidad jurídico-patrimonial del difunto y por eso la sucesión es personal. Tal es el sistema sucesorio de origen romano que plasmó Vélez (arts. 3279, 3417 y 3418, CC), y que ahora encontramos reflejado en los arts. 2277 y 2280 del nuevo Código Civil.

En cuanto al método expositivo de los diversos institutos del derecho sucesorio, tampoco hay variaciones sustanciales en el nuevo cuerpo legal, pues sigue el mismo orden de tratamiento que el Código velezano. Así, comienza con disposiciones generales sobre transmisión hereditaria, determina quienes pueden suceder, los casos de indignidad sucesoria, la aceptación y renuncia de la herencia, se incorpora en este sector acertadamente la cesión de herencia, que Vélez había anunciado que la iba a reglamentar en este capítulo y la omitió; sigue la petición de herencia, la responsabilidad de herederos y legatarios, el estado de indivisión de la herencia, y aquí si en este capítulo hay una reglamentación extensa sobre proceso sucesorio y administración de la herencia indivisa; luego la partición de la herencia, el régimen de la legítima y la sucesión testamentaria. La secuencia de los temas es la misma que organizó Vélez.

Las innovaciones introducidas en cada instituto sucesorio no afectan ese orden expositivo, siendo la fuente principal de esas reformas el Proyecto argentino de Código Civil y Comercial de 1998, el Código Civil de Quebec y el Código Civil francés, con sus reformas de los últimos años.

En el complicado trabajo preparatorio de elaboración del proyecto del Código Civil y Comercial se sucedieron diversas intervenciones y modificaciones, hasta que fue sancionado con rapidez inusitada y repentinamente por la Cámara de Diputados, sin posibilitar un examen detenido, coordinado y previo que hubiese podido solucionar defectos e imprecisiones.

cesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española, *Revista de Derecho Privado*, t. X, 1923, pág. 325.

Me voy a referir puntualmente a algunos aspectos del Libro V sobre sucesiones.

III. Pactos sobre herencia futura

Las fuentes de la vocación sucesoria siguen siendo la ley y el testamento, y se mantiene la prohibición de generar vocación hereditaria por medio de un contrato, que viene del derecho romano. El nuevo Código Civil y Comercial en su art. 1010 reproduce la prohibición del Código de Vélez (art. 1175): *“Las herencias futuras no pueden ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”*.

Pero incorpora una trascendente novedad: recepta la tendencia moderna europea proclive a flexibilizar este régimen prohibitivo con la finalidad de asegurar la continuidad de la unidad económica empresarial, y así es como con carácter excepcional en el segundo párrafo del citado art. 1010 dispone: *“Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no partes el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los derechos de terceros”*.

Se refleja, sin duda, la influencia del pacto de familia italiano del año 2006, aunque el pacto del nuevo Código argentino es más amplio, pues no solo comprende la transmisión de la explotación productiva o de las participaciones societarias, de su titular a uno de sus descendientes, sino también se admite todo otro convenio entre los mismos herederos legitimarios presuntivos, aun cuando no sean parte el futuro causante y su cónyuge.

Se ha objetado que si el causante no es parte en los mismos, antes de fallecer puede vender los bienes que han sido objeto del pacto, o disponer de ellos por testamento atribuyéndoles otro destino, entonces se plantea la duda sobre que es lo que prevalece: ¿el pacto entre los herederos presuntivos o el acto de disposición del causante?¹⁸ En esos supuestos, consideramos que los pactos no res-

¹⁸ CORDOBA, Marcos M.: su conferencia en el Congreso Internacional sobre Derecho Privado en el Foro de Abogados de San Juan, 13/5/2015

tringen el poder de disposición del titular de los bienes, desde que no ha sido parte del contrato¹⁹, por lo cual prevalecerá su voluntad y la cuestión la deberán resolver los herederos entre sí, pues el acto que realizaron es un contrato aleatorio sometido a una condición resolutoria: que el futuro causante disponga de sus bienes. Además, en todos los casos estos pactos no tienen que afectar las legítimas, ni los derechos del cónyuge del futuro causante, ni de terceros (art. 1010, 2º párrafo al final).

La apertura inaugurada por el nuevo cuerpo legal la consideramos positiva, pues facilita arreglar tanto cuestiones entre los futuros herederos como organizar soluciones destinadas a asegurar la estabilidad, conservación y continuidad de la unidad económica productiva, soluciones que de otro modo serían inviables, pues el testamento resulta insuficiente para su instrumentación. No obstante, se impone observar que la regulación de los pactos autorizados debería haber sido más precisa y prolija en cuanto a sus recaudos y efectos.

IV. Personas que pueden suceder al causante

Veamos ahora la cuestión de las personas que pueden suceder al causante, lo que Vélez denominó capacidad para suceder. En el art. 2279 después de mencionar a las personas humanas que existan al momento de la muerte y a la concebidas que nazcan con vida, se incorpora la novedad: también pueden heredar las personas que nazcan después de fallecido el causante por las técnicas de reproducción humana asistida. El Proyecto originario preveía la filiación post mortem mediante la fecundación de la mujer con semen congelado del marido o compañero fallecido; y también la fecundación in vitro cuando el hombre fallece antes de la transferencia a la mujer del embrión ya concebido en probeta. Y para que la criatura nacida de esos procedimientos tuviese filiación paterna y vocación sucesoria con respecto al hombre, el art. 563 exigía el consentimiento de éste para ejecutar la fecundación o la transferencia del embrión, y, además, que la mujer debía hacerse fecundar o transferir el embrión dentro del año de fallecido el hombre. Pues bien, cuando fue sancionado el Proyecto esa norma ya había sido borrada, pero se mantuvo el precepto correspondiente a sucesio-

¹⁹ Conf.: SANCHEZ ARISTI, Rafael: Dos alternativas a la sucesión testamentarias: pactos sucesorios y contratos post mortem, Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 163 y sgtes.

nes, no ya con la remisión al art. 563, que fue eliminado, sino al art. 561, el cual solo se refiere al requisito del consentimiento previo que deben suscribir los usuarios de las técnicas médicas al iniciar el tratamiento, y que es libremente revocable hasta el momento de utilización de los gametos o de la implantación del embrión. Y por ser revocable el art. 560 dispone que ese consentimiento previo debe ser renovado cuando los usuarios pretendan utilizar los gametos o los embriones.

Al haberse suprimido aquel art. 563 resulta lo siguiente: que la mujer después de fallecido su marido o compañero, sin haber éste renovado su consentimiento, puede igualmente peticionar la entrega del semen congelado para hacerse fecundar, y lo puede hacer aún después de haber transcurrido uno, dos o tres años desde la muerte de aquel, pues ahora no hay ningún plazo, ni tampoco ningún precepto que lo prohíba. El hijo que nazca, según interpretamos, será extramatrimonial de la mujer, porque no estaba concebido a la muerte del hombre, según lo exige el art. 2279, inc. b), y porque éste no renovó el consentimiento antes de la utilización del semen, de acuerdo al art. 562. Asimismo, no podrá este hijo promover acción por reclamación de la filiación paterna, porque los hijos nacidos de estas técnicas tienen expresamente prohibidas estas acciones por los arts. 577 y 582 último párrafo), o sea, que previamente habría impugnar por inconstitucionales estas normas. Como también deberá impugnar por la misma razón el precepto que exige como condición para heredar encontrarse concebido al momento de morir el pretendido padre (art. 2279 inc. b). En consecuencia, se le abre a este hijo un áspero e incierto camino judicial si quiere filiación paterna y derecho hereditario. Se podría haber impedido el ejercicio de esta técnica post mortem, lesiva del interés superior del niño porque tiende a crear un hijo deliberadamente privado de padre, con solo exigir que los usuarios se encuentren ambos vivos al momento de ejecución de las mismas, como lo hace el Código de la Salud Pública francés (art. L- 2142-2).

Otra cuestión distinta y un poco más complicada puede ocurrir con el embrión congelado: la mujer podría solicitar su implante cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la muerte del hombre del cual provino el semen. Pero aquí, a diferencia del caso anterior, ya tenemos un embrión creado en laboratorio, en una probeta. El art. 19 originario del Proyecto, que determinaba el comienzo de la persona humana con la concepción en el seno materno, y en el caso de técnicas de reproducción humana asistida con la implantación del embrión en la

mujer, fue modificado cuando el Proyecto se encontraba en la Comisión Bicameral, y quedó un solo párrafo: la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Y entonces tenemos el arduo debate que se viene produciendo desde que se empezó a aplicar esta técnica de fecundación in vitro: ¿hay concepción de un ser humano en la probeta? ¿o para que se produzca la concepción es preciso que ese embrión se implante en la mujer? Los que niegan que se produzca la concepción in vitro dirán que ese embrión no es una persona, que se trata de un grupúsculo de células, y que, fallecido el hombre sin autorizar la transferencia, la mujer no puede proceder al implante porque para concebir el hijo se requiere el consenso de ambos progenitores. El embrión será destruido o destinado a la experimentación. Los que sostienen que ese embrión es una persona en evolución, un ser humano concebido, al igual que el embrión en el seno materno, consideran que tiene derecho a la vida, a continuar su desarrollo y a nacer, por lo tanto, no se puede negar el derecho de la mujer a solicitar su implantación para llevar adelante el embarazo y parto, aunque su marido o compañero haya fallecido sin haber autorizado la implantación del embrión. Y si nace con vida se le debe reconocer filiación paterna y vocación sucesoria porque ya estaba concebido cuando falleció el hombre que suministró el elemento genético y prestó el consentimiento previo e informado a la técnica. La doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria argentina, que compartimos según ya lo hemos manifestado con anterioridad, sostiene este último criterio, en el sentido de que el embrión in vitro es un ser humano, y, por lógica consecuencia, que tiene derecho a la vida, a la filiación paterna y a heredar a su progenitor.

La solución de estas complejas cuestiones seguirá quedando librada a la decisión de los jueces.

V. Administración de la herencia

Otro tema arduo es el referido a las indivisiones forzosas, a la administración de la herencia y a la función del administrador para liquidar el pasivo.

Los cuatro precisos artículos que Vélez dedicó a la comunidad de herederos (3416, 3449, 3450 y 3451)²⁰, han sido sustituidos por una extensa reglamentación

²⁰ En la época en que Vélez redactó el Código la comunidad hereditaria se consideraba una situación potencialmente conflictiva, como toda forma de comunidad de derechos

que regula la administración extrajudicial y judicial de la herencia indivisa dejando muchos vacíos que tendrá que cubrir la jurisprudencia (arts. 2323/2362).

En la sección de la administración extrajudicial, destacamos que el nuevo Código prevé la indivisión forzosa impuesta por el cónyuge superviviente cuando se trata de un establecimiento que constituya unidad económica y que haya adquirido o constituido en todo o en parte o haya participado activamente en su explotación (art. 2332). La puede imponer por diez años, y ejercer además la administración de ese establecimiento. La novedad es que puede prorrogar judicialmente esta indivisión hasta su fallecimiento. Se explica esta ventaja no solo por una consideración especial hacia el cónyuge superviviente y su participación activa en el establecimiento, sino también para preservar la continuidad del mismo. En el artículo siguiente se concede el mismo derecho a cualquiera de los herederos que haya colaborado activamente en la explotación de la empresa en vida del causante. A su vez, como el artículo se remite al anterior sobre el cónyuge superviviente y no aclara nada más, este heredero podría también prorrogar hasta su muerte la indivisión de la unidad productiva o comercial, y la administración a su cargo. Los demás copartícipes están habilitados para invocar causas graves o de manifiesta utilidad económica para hacer cesar esta indivisión, y la cuestión quedará en manos del juez. Estas normas importan una seria afectación a los derechos de los restantes coherederos, que retroceden frente a la conveniencia de asegurar la estabilidad y continuidad de la empresa.

Dejo al margen la normativa procesal, que en algunos casos resulta excesiva ante las facultades que se reservaron las Provincias para legislar en esa área (arts. 121 y 126 C.N.), y en otros es desubicada, como la definición del proceso sucesorio, que por más que provenga del Código de Québec, es impropia en un Código Civil (art. 2335).

En cuanto al administrador judicial, que puede ser persona humana o jurídica (art. 2345), incurre el nuevo Código en un equívoco cuando en el art. 2347 dispone que se considera nombrado administrador a quien el testador haya designado como albacea o liquidador de la sucesión o con otro nombre. Este texto,

o de condominios, y con más razón en este caso en que la indivisión de la herencia la impone la ley, por lo cual se consideraba que debía concluir rápidamente con la partición, y la forma de apurar el trámite era no reglamentar el estado de comunidad. De ahí la ausencia de regulación en el Código de Vélez de la etapa de indivisión hereditaria. Pero las circunstancias y las ideas han cambiado. Hoy se reglamenta esa etapa sucesoria que concluye con la partición.

en efecto, puede inducir a confusión, pues debió haber dejado a salvo el supuesto de concurrencia de herederos, y con más razón de herederos forzosos, puesto que es a ellos como propietarios, y no al albacea, a quienes corresponde la administración de la herencia, y así lo establece claramente el art. 2529 del mismo Código, que por tal razón debe prevalecer. También así lo entiende la doctrina predominante desde que hace muchos años esclareció este tema el recordado profesor cordobés José Ignacio Cafferata²¹.

Nos interesa también detenernos en el capítulo sobre el pago de deudas y legados, que en el Código de Vélez estaba a cargo de los mismos herederos (arts. 3397 y 3398), y ahora el nuevo Código asigna esa tarea al administrador de la sucesión (art. 2358 CCC), pues responde a un diseño de inspiración anglosajona, a través del Código de Quebec²²: el administrador es quien tiene la representación de la herencia, administra y liquida los bienes en el marco del proceso sucesorio, cobra los créditos y paga las deudas, y luego de presentar una rendición final de cuentas, entrega los bienes remanentes a los herederos para que éstos procedan a la partición. Pero el Código Civil de Quebec, como el Código francés, contienen precisiones que están ausentes en nuestra normativa, por lo cual se torna incierta en diversos aspectos.

Distingue el art. 2356 entre los acreedores que gozan de garantías reales, de los quirografarios. Los primeros no tienen necesidad de presentarse a verificar sus créditos al sucesorio; pueden iniciar directamente la ejecución para cobrarlos. Los acreedores quirografarios deben presentarse al proceso sucesorio a denunciar sus créditos a fin de ser pagados por el administrador, según el rango de preferencia establecido en la ley de concursos.

Varias cuestiones se suscitan.

La primera es que no existe plazo para la presentación de los acreedores a denunciar sus créditos, por lo cual algunos entienden que ante la inexistencia de plazo el administrador debe pagarles a medida que se presenten, o sea como era la regla del antiguo art. 3398 del Código de Vélez²³. Por nuestra parte, inter-

²¹ CAFFERATA, José I.: El albacea testamentario en el derecho argentino, Universidad Nacional de Córdoba, 1952, págs. 69 y sgtes; BORDA, G.A. Sucesiones, 9na. ed., actualizada por Delfina M. Borda, La Ley, Bs.As., 2008, t. II, n° 1644 y 1661.

²² De acuerdo: GOYENA COPELLO, Héctor R.: Proceso sucesorio, en RIVERA-MEDINA: Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Abeledo Perrot, Bs.As., 2012, pág. 1136.

²³ PEREZ LASALA, José L.: Tratado de sucesiones, Rubinzal Culzoni Editores, S.Fe-Bs.As., 2014, t. I, n° 483; BAGNASCO, Damián, en RIVERA-MEDINA: Código Civil y

pretamos que la solución la encontramos en el art. 2340 de CCC que dispone la citación de herederos, acreedores y de todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante, para que lo acrediten en un plazo de treinta días a partir de la publicación del respectivo edicto notificadorio en el Boletín Oficial.

Una vez vencido ese plazo, el administrador deberá presentar un proyecto de distribución y pago, ajustándose a la regulación de la ley concursal en cuanto al rango de preferencia de los créditos (arts. 239 y sgtes Ley N° 24.522)²⁴, y proceder luego al pago de los mismos (art. 2358).

Respecto a la cuestión de los acreedores que se presentan tardíamente, nada dice el nuevo CCC. Interpretamos que deberán incorporarse al procedimiento en el estado en que se encuentre, y podrán cobrar si queda un remanente, pues los pagos efectuados por el administrador fueron bien hechos y son inatacables, en tanto obró de acuerdo a la ley. Igualmente, los acreedores que continuaron sus juicios, o los iniciaron, y llegaron a cobrar ejecutando bienes hereditarios, su cobranza es inobjetable pues ninguna norma se lo impedía. El acreedor tardío impago, entonces, sólo podrá dirigirse contra los legatarios que son responsables por el valor de lo que recibieron, y para ello tiene el plazo de un año desde el día en que aquellos cobraron sus legados (art. 2319 CCC).

Por último, no hay impedimento alguno para que los acreedores de la sucesión promuevan o continúen sus juicios, sin perjuicio de denunciar sus créditos en el proceso sucesorio, pues esta normativa es un esbozo de procedimiento colectivo de liquidación de la herencia, que carece de una norma que disponga la suspensión de las acciones individuales de los acreedores. Precisamente el art. 2354 habilita al administrador “a presentarse en los procesos en los cuales el causante fue demandado”. Los Proyectos de reforma del Código, sin embargo, con buen criterio establecieron la suspensión del derecho de ejecución individual de los acreedores y legatarios, a menos que los acreedores tengan garantías reales (Anteproyecto Biliboni, art. 2964; Proyecto de 1936, art. 1881; Anteproyecto de 1954, art. 671).

Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Bs.As., 2014, t. VI, pág. 212; DI LELLA, Pedro: De la transmisión de derechos por causa de muerte, en RIVERA-MEDINA: Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Bs.As., 2012, pág. 1123; IGLESIAS, Mariana: Pago de deudas y legados en el Anteproyecto de Código Civil, n° IV-2, en J.A. 2012.III, n° 2.

²⁴ Sobre el rango de preferencia de los créditos en el proceso concursal, ver RIVERA, Julio C. y otros: Derecho concursal, La Ley, Bs.As., 2010, t. III, pág. 504 y sgtes.

El Código de Paraguay receptó esta conveniente y práctica solución en el art. 2470, e igualmente el art. 792-1 del Cod. Civil francés, según reforma de 2006. Pero tales antecedentes no fueron tenidos en cuenta.

Conviene recordar que no obstante el silencio que también mantuvo el antiguo Código Civil sobre esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia admitieron la suspensión de las ejecuciones individuales cuando el heredero (hoy sería el administrador) realiza con diligencia actos tendientes a liquidar la herencia y pagar los créditos y legados, pues esas acciones configurarían una actitud abusiva que entorpece el procedimiento y ocasiona más gastos en perjuicio del acervo sucesorio y de sus acreedores y legatarios²⁵. Tal jurisprudencia, apoyada por los autores, consideramos que es perfectamente aplicable en el marco del nuevo Código. Además, y según las circunstancias, resultará más conveniente por razones de costos y de economía procesal, suspender las ejecuciones de los acreedores sucesorios y legatarios, continuando con el procedimiento de liquidación colectiva de la herencia en el marco del proceso sucesorio, antes que promover el concurso preventivo o la declaración de quiebra de la sucesión.

Pagados los acreedores, después el administrador debe pagar a los legatarios de acuerdo al orden de pago del art. 2358: primero los que tienen preferencia otorgada en el testamento, luego los legados de cosa cierto y por último los demás legados.

Concluida su función tiene que presentar una rendición final de cuentas (arts. 3261 y 2362), para que los herederos, después de aprobada la misma, procedan a la partición de los bienes remanentes.

²⁵ Cám. Civ. 1ra. Capital, 3/2/37, J.A. 57-362 y La Ley 5-384; CCC Santa Fe, Sala 2da, 26/4/29, Jurisp. Trib. Sta. Fe 8-499; CCC, Rosario, Sala 2da, 31/10/47, Jurisp. Trib. Sta. Fe, 26-587; CNCiv Sala F, 15/12/83, E.D. 109-135; ACUÑA ANZORENA, Arturo: Rol del heredero beneficiario y derecho de los acreedores para ejecutar individualmente los bienes de la herencia, J.A. 57-362; FORNIELES, S.: Tratado de las sucesiones, TEA, 4ta. ed., Bs.As., 1958, t. I, n° 138 bis; BORDA, Guillermo A.: Trat. de der. civil. Sucesiones, 9na. ed., La Ley, Bs.As., 2008, t. I, ns. 372 bis-c) y 386; GUASTAVINO, Elías P.: Beneficio de inventario, J.A. 1969-183, n° 45; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: Los acreedores quirografarios del causante, en ZANNONI-FERRER-ROLANDO: Sucesiones, Homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa, Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 1992, pág. 76; ZANNONI, Eduardo A.: Derecho de las sucesiones, 5ta. ed., Astrea, 2006, t. 1, parág. 378; FERRER, Francisco A.M.: La sucesión beneficiaria, Ed. Juris, Rosario, 2007, n° 198 y 199. Interesa señalar que esta es también la opinión de DEMOLOMBE, fuente de Vélez Sársfield en esta materia (Cours de Code Napoléon, t. XV, n° 229).

VI. Partición y colación

Debe destacarse la regulación de la operación particionaria por la incorporación de los institutos de la partición con saldos, la licitación y de las atribuciones preferenciales. La partición con saldos ya venía siendo admitida por la jurisprudencia, que autorizaba cubrir con dinero u otros bienes ajenos a la sucesión la diferencia entre el valor de los bienes que se adjudican a un heredero y el monto más elevado de su porción hereditaria, solo que el nuevo Código pone límites: la cobertura debe ser en dinero, y la diferencia no puede superar la mitad del valor de la hijuela del heredero, límites que en rigor no se justifican porque se trata de una cuestión patrimonial que no compromete el orden público (art. 2375 2º párr. y 2377 2º párr). Atendiendo al reclamo de la doctrina, reincorpora al Código la licitación, que había suprimido la Ley N° 17.711 (art. 2372), y regula las atribuciones preferenciales provenientes del derecho francés, institución útil por la cual el cónyuge o cualquiera de los herederos pueden peticionar la adjudicación de una unidad económica hereditaria en cuya formación hubiesen participado, o del inmueble que constituye su vivienda o la sede de su actividad profesional (arts. 2380 y 2381).

La colación como mecanismo accesorio de la partición, ha sido regulada con precisión, receptando las soluciones jurisprudenciales mayoritarias, y en cuanto al tema más complejo, que es la determinación del valor colacionable, se adoptó la fórmula francesa²⁶: el valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación (art. 2385). También constituye un acierto haber normativizado la última jurisprudencia apoyada por la doctrina, que extendió la aplicación de la acción de reducción y de su efecto reipersecutorio a la donación hecha al descendiente o al cónyuge, cuando su valor excede la suma de la porción legítima y de la porción disponible, por el valor del exceso (art. 2385). Y se reglamentó prolijamente la colación de deudas, cubriendo un vacío del Código de Vélez.

²⁶ Art. 860, 1º párrafo, Código Civil francés, reforma de 1971; TERRE-LEQUETTE-GAUDEMET: Droit civil. Les successions, les libéralités, Dalloz, 4me.éd., París, 2013, ns. 1072/1074; FERRER, Francisco A.M.: Colación, valor colacionable y Proyecto de Código Civil, n° XIV, Rev. Der. de Familia y de las Personas, mayo 2014, pág. 115 y sgtes.

VII. Régimen legitimario. Veamos ahora el régimen de las legítimas

El nuevo Código receptando los postulados prácticamente unánimes de la doctrina, disminuyó el monto de las cuotas de los descendientes de $4/5$ a $2/3$, y de los ascendientes de $2/3$ a la mitad. El cónyuge mantiene su cuota ya fijada por Vélez en la mitad de la herencia.

Hay una novedad importante que destacar en este capítulo, puesto que se inserta en la evolución del derecho privado de las últimas décadas caracterizada por la preocupación del legislador en incrementar la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles su pleno goce, sus libertades fundamentales, y su participación plena y efectiva en la sociedad, reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Estas nuevas ideas han sido consagradas por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificada por Argentina (Ley N° 26.378/08), y con jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 Constitución Nacional (Ley N° 27.044/14).

Esta tendencia penetró también en el derecho sucesorio, pues si se quiere asegurar la protección integral de las personas con discapacidad, no se puede descuidar el aspecto de la transmisión hereditaria²⁷. El derecho de las sucesiones ha señalado el profesor Marcos Córdoba, cumpliría su objetivo de modo más fiel a su naturaleza asistencial si atendiera de modo específico las consecuencias derivadas de la discapacidad, teniendo en cuenta que la sucesión legítima reposa sobre el principio de la solidaridad familiar²⁸.

Y en el marco de esta renovadora corriente doctrinaria hacia una mayor solidaridad en el derecho civil, se pretende que las legítimas también cedan espacio para la protección de las personas discapacitadas, haciendo retroceder el prin-

²⁷ PEREZ GALLARDO, Leonardo B. Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, abril de 2011, pág. 159.

²⁸ CORDOBA, Marcos M.: Utilidad social de la sucesión-Asistencia-Mejora específica, en PEREZ GALLARDO, Leonardo B. (director): El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos, Temis-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá-México-Madrid-Bs.As., 2010, pág. 165/166.

cipio de intangibilidad de las cuotas. En este sentido, los profesores Marcos M. Córdoba, ya mencionado, y Ursula Basset presentaron en el año 2010 al H. Senado de la Nación un proyecto de ley proponiendo una mejora estricta a favor de ascendientes o descendientes discapacitados, constituyendo este proyecto el antecedente inmediato del art. 2448 del nuevo Código, que establece: “*El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad*”.

El testador, entonces, si tiene varios hijos, y uno de ellos es discapacitado y quiere protegerlo ejerciendo el derecho que le acuerda el art. 2448, entonces puede dejarle mediante legado, donación, fideicomiso, etc., la porción disponible, o sea la mejora ordinaria, y además la mejora especial o estricta de la norma que comentamos, consistente en el tercio de la cuota legítima. En resumen: le deja un tercio de la herencia, más un tercio del 66% (2/3) que es la legítima de los descendientes, o sea, dispone a favor del hijo discapacitado el 55% de su patrimonio hereditario²⁹. Se consagra así una trascendente, innovadora y justificada excepción al principio de intangibilidad de la legítima (art. 2447). La doctrina se ha manifestado de acuerdo con esta novedad, pero reclama que se incluya también al cónyuge discapacitado como posible beneficiario de la mejora especial³⁰.

²⁹ Conf. PEREZ LASALA, José Luis, *Tratado de sucesiones*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe – 2014, T. II, pág. 217, n° 829, quien opina que si el discapacitado es descendiente se aplica el tercio sobre su legítima de 2/3; mientras que si el discapacitado es un ascendiente, el tercio se aplica sobre su legítima que es de ½ (art. 2445, 1er. parf., CCC.). Por el contrario, haciendo un cálculo distinto, se piensa que el causante puede disponer para mejorar al discapacitado de 2/3, el que se integra con 1/3 correspondiente a la porción disponible, más otro 1/3 de legítima de los colegitimarios, quedando éstos con 1/3 restante (PITRAU, Osvaldo F., en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Bs. As. – 2014, T. VI, pág. 407, n° 3).

³⁰ PEREZ GALLARDO, Leonardo B.: A propósito de la mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial: un intento de deshilar la madeja, n° 3.2.2, a publicarse próximamente en Rev. Derecho de Familia y de las Personas; AZPIRI, J.O.: Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio, Hammurabi, Bs.As., 2015, pág. 249; ROLLERI, G.-G.-OLMO, J.P.: Beneficiarios de la mejora a favor del heredero con discapacidad, rev. Der. de Familia y de las Personas, enero/febrero 2014, pág. 115, n° III; PITRAU, Osvaldo y otros, en RIVERA-MEDINA: Código Civil y Comercial de la Nación, ed. La Ley, Bs.As., t. VI, pág. 408, n° 4.

Al margen de esta excepción, veamos ahora la protección de la integridad de las cuotas legítimas, cuando es vulnerada por donaciones o legados efectuados por el causante que exceden su porción de libre disposición. La defensa del heredero legitimario lesionado por el exceso de la porción disponible se ejerce a través de la acción de reducción³¹, la cual por un exagerado tecnicismo teórico ha sido innecesariamente desmembrada en cuatro acciones aparentemente distintas: la acción por entrega de la legítima, la acción de complemento de la legítima, la acción de reducción de disposiciones testamentaria y la acción de reducción de donaciones. En el fondo se trata de la misma acción que persigue el complemento de la cuota legítima mediante la reducción de las liberalidades. Pero no se aceptó esta noción unitaria. Y este inmoderado tecnicismo produce confusión. En primer lugar, al referirse el art. 2450 a la acción por entrega de la legítima en relación a donaciones del causante que hubiesen privado al heredero forzoso de su herencia, se está superponiendo con la acción de reducción de las donaciones prevista en los arts. 2453 y 2454, pues se trata de la misma acción con igual finalidad. En segundo término, al hijo, que ha sido despojado de su herencia por el padre por medio de disposiciones testamentarias o de donaciones, y que reclama la cobertura de su legítima, el art. 2450 lo transforma, por esta sola circunstancia, en heredero de cuota. O sea, se produce un inexplicable e injustificado transformismo jurídico: el hijo, que es heredero forzoso y universal, con derecho de acrecer, pierde su condición de tal y queda convertido en heredero de cuota y privado de su vocación potencial a la totalidad de la herencia, por el hecho de que ha sido despojado de su legítima y reclama su cobertura. Pareciera una sanción, porque rebajarlo a la categoría de heredero de cuota, significa que no podrá demandar por indignidad a otros sucesores del causante, ni la colación de donaciones que hasta ese momento eran desconocidas, ni la nulidad de un legado, etc.³² El otro, el extraño instituido heredero por el testador queda como heredero universal. Esta inusitada conversión constituye una verdadera anomalía jurídica, inadmisibles porque trastorna todo el régimen legal hereditario.

³¹ Vélez organizaba esta defensa de modo sencillo y eficaz: las donaciones y disposiciones testamentarias que afectaban las legítimas se podían reducir en la medida necesaria para complementar las cuotas lesionadas (arts. 1830/1832, 3600 y 3601); y si se trataba de donaciones de inmuebles funcionaba el efecto reipersecutorio o reivindicatorio de la acción de reducción contra el subadquirente del donatario (art. 3955).

³² De acuerdo: AZPIRI, J.O.: *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, Hammurabi, Bs.As., 2015, pág. 252/253.

Y ahora otro aspecto inconsistente. Como se cuestionaba, principalmente por el sector del notariado, el efecto reipersecutorio de la acción de reducción porque torna vulnerable el título de dominio fundado en una donación, para limitar ese efecto se introdujo esta original solución instrumentada en el art. 2459³³: *“La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”*.

Para detener el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, este artículo prevé la prescripción breve de diez años ejercida por el donatario, y, en su caso, por el subadquirente que puede completar dicho plazo, continuando la posesión del donatario (art. 1901 CCC). La posesión breve requiere buena fe y justo título (arts. 1898 y 1902, CCC). Por lo tanto, el heredero donatario poseedor, para invocar la usucapión breve, debe contar con la escritura pública de la donación que le ha hecho el causante (art. 1552), porque de lo contrario le faltará el justo título (art. 1552 CCC). Pero adviértase que el causante puede otorgar la escritura de donación pocos días antes de fallecer, y lo que importará es la fecha de entrada en posesión del bien donado. Puede ocurrir, entonces, que el padre le entregue la posesión de un campo a un hijo, transcurren diez años, y poco tiempo antes de fallecer se lo escritura, los coherederos ya nada podrán hacer. Ni colación ni reducción. Queda consumada la burla al derecho hereditario de los otros hijos.

Si se quería neutralizar en alguna medida el efecto reivindicatorio de la reducción para consolidar el título de dominio adquirido por donación y brindar

³³ Se la objetó previamente: FERRER, Francisco, CÓRDOBA, Marcos M., y NATALE, Roberto M., Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria, en Rev. Derecho de Familia y de las Personas, octubre 2012, pág. 127, n° 26; FERRER, Francisco A. “El Derecho de Sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Rev. Der. Privado y Comunitario, 2012-III-610/611, n° XXII, ap. 4; ZANNONI, Eduardo A., “Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima en el Proyecto de Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe – 2012-3, n° 10, pág. 667/8, y en la misma Revista, año 2105, número extraordinario, “Algunos aspectos del derecho sucesorio en el nuevo Código Civil”, pág. 394/395; AMARANTE, Antonio A., “La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, rev. Derecho de Familia y de las Personas, N° 10 – noviembre 2012, pág. 171/3; PEREZ LASALA, Fernando: La colación en el Anteproyecto de Código Civil, n° XII, J.A. 2012-III; DI LELLA, Pedro, “Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Anteproyecto de Código Civil”, JA. 2012-III-n°XLIV.

seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, la legislación comparada brindaba otros remedios jurídicamente razonables, que se obviaron³⁴, y se optó por esta solución que habilita la evasión del sistema legitimario, debilitándolo, sin reparar que se trata de un injerto jurídicamente inviable por las siguientes razones:

a) Porque dicho plazo de prescripción adquisitiva empieza a correr desde que el donatario entró en posesión del bien, y puede transcurrir en vida del causante, durante un tiempo en que el heredero forzoso no es tal sino meramente presuntivo, por lo cual no tiene acción para defenderse, porque ésta recién le nace con la muerte del donante, cuando adquiere la calidad de heredero, en cuya oportunidad frecuentemente ya se habrá cumplido aquel plazo de diez años, con lo cual se consuma la lesión a la legítima. En otras palabras: cuando nace la acción, ya nace muerta por causa de un plazo de prescripción que se cumplió cuando aquélla aún no había nacido, contrariando así un principio jurídico elemental: el curso de la prescripción nace con la acción. Esto es: la prescripción no corre si no está abierta y expedita la acción del interesado al cual se le va a oponer aquella prescripción³⁵. Desconociendo estos principios, se desconoce el derecho de defensa y el derecho hereditario del heredero forzoso que pretende accionar en protección de su legítima.

b) Además, se prescindió de otra elemental noción sucesoria: el cálculo de la legítima recién se puede efectuar después de fallecer el causante, sobre la masa

³⁴ El Código Civil alemán dispone que de las donaciones efectuadas por el causante a terceros solo pueden reducirse las realizadas en los diez años anteriores a su fallecimiento (art. 2325, 3º párr.). El Código Civil francés ha previsto varias medidas limitantes del efecto reipersecutorio: aún cuando la sucesión no esté aún abierta todo heredero legitimario puede renunciar a una acción de reducción, con el consentimiento del futuro causante y en provecho de una o más personas determinadas, que pueden o no ser miembros de la familia. Esta renuncia solo es válida respecto de una liberalidad determinada, y puede comprender toda la legítima o una parte de ella (art. 929). El plazo de prescripción de la acción de reducción es de cinco años a contar de la apertura de la sucesión, o de dos años a contar del día en que los herederos han tomado conocimiento del ataque llevado a su reserva, sin que jamás puede exceder de diez años a contar del deceso (art. 921, 2º párr.). La reducción opera en valor, excepto en dos casos en que funciona *in natura*: cuando el bien le pertenece todavía al donatario y está libre de gravámenes, y también *in natura* y con efectos reipersecutorio contra el subadquirente en caso de insolvencia del donatario, previa excusión del mismo, y reconociéndole al tercero el derecho a indemnizar al heredero legitimario y quedarse con la cosa (art. 924-1 y 4) (MALAURIE, P.: Les successions, les libéralités, Defrénois, Paris, 4me.éd., 2010, ns. 652, 653, 664/667).

³⁵ LÓPEZ HERRERA, Eduardo, *Tratado de la prescripción liberatoria*, 2da. ed., Ed. Abeledo - Perrot, Bs. As. - 2009, pág. 108.

de bienes que dejó en ese momento. Y es en esta oportunidad, y no en vida del donante, que podrá el heredero forzoso determinar si su porción legítima ha sido o no violada por el acto liberal de su causante; y si comprueba la lesión, entonces recién, y no antes, podrá ejercer la acción protectora, que es la de reducción. Ningún plazo de prescripción transcurrido con anterioridad, se le puede, entonces, oponer.

En suma: si el legislador decidió mantener el régimen de legítimas, debía asegurar eficazmente su protección, y no debilitarlo mediante este cuestionable arbitrio. Ha incurrido, por ello, en un contrasentido.

Otra inconsistencia detectamos con la reducción de los legados. En efecto, cuando el causante ha realizado donaciones en vida, y legados en su testamento, que exceden su porción disponible, primero se reducen los legados, y si no alcanzan para reconstituir la legítima, luego se reducen las donaciones. Si hay varios legados de distinta clase, ¿cómo se reducen? De acuerdo a la solución congruente y tradicional, en orden inverso al orden de pago, es decir se reducen primero los que se pagan en último lugar, con lo cual se respeta la preferencia de los legados. Seguramente por inadvertencia el art. 2452 establece lo contrario, o sea que los legados se reducen en el mismo orden de pago establecido en el art. 2358. Por lo tanto, el legado preferente para el pago es el que cae primero cuando de reducción se trata. Se reiteró y sancionó la misma norma incoherente del art. 2401 del Proyecto de 1998, no obstante oportunas observaciones³⁶.

Y en esta sección del régimen legitimario tenemos el caso de las enajenaciones modales del causante a un heredero forzoso, previstas en el antiguo art. 3604 del Código, reformado por la Ley N° 17.711 y ahora reeditado en el laberíntico texto del art. 2461. Conforme al primer párrafo, se presume gratuita sin admitir prueba en contrario, la transferencia a título oneroso de la propiedad de bienes al heredero legitimario cuando el enajenante se reserva el usufructo, el uso o la habitación, o la contraprestación de una renta vitalicia. Y a continuación establece una segunda presunción: presentándose esta enajenación onerosa

³⁶ FERRER, F.A.M.-NATALE, R. M.: Observaciones en materia de sucesiones en el Proyecto de Código Civil de 1998, en BREBBIA, Roberto H. (Director): Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998, Zavallá Ed., Bs.As., 2001, pág. 387/388; aportes de Marcos M. CORDOBA y Francisco A.M. FERRER a la Comisión Redactora del CCC, en julio de 2011; AZPIRI, Jorge O.: Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio, Hammurabi, Bs.As., 2015, pág. 255. Ocurre que se trata de cuestiones que no tienen repercusión social, por lo cual con ligereza se descuidan, aunque luego lo deba sufrir el litigante particular.

modal se presume la intención del enajenante de mejorar a su heredero forzoso, por lo cual el valor de los bienes se debe imputar a la porción disponible y el excedente se debe colacionar. O sea, hay una mejora o dispensa tácita de colacionar dispuesta por la ley.

Pero se intercala un párrafo que contradice manifiestamente la presunción absoluta de gratuidad: “*Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado*”. Entonces ¿para que la norma legal presume de forma absoluta que es un acto gratuito la venta de un inmueble a un hijo con reserva de usufructo, que es el caso común, si a continuación permite que el hijo pueda demostrar los presuntos pagos que ha realizado al padre, para deducirlos del valor del bien donado? No se alcanza a comprender el sentido de establecer una presunción absoluta de gratuidad, y permitir a la vez desvirtuarla por prueba en contrario. Más coherente era el modelo de Vélez: contra la presunción de gratuidad no admitía pruebas (nota al art. 3604). Y con ello evitó pleitos y fraudes, los que seguramente ahora se producirán, pues se harán valer pruebas generalmente prefabricadas.

La embrollada redacción de este primer párrafo del art. 2461 ya ha dado lugar a interpretaciones divergentes. Por nuestra parte, entendemos que esa transferencia aparentemente onerosa y modal se presume relativamente gratuita, por la posibilidad del heredero donatario de demostrar pagos; y la presunción de mejora a favor del mismo sólo funcionará en la medida en que éste no demuestre pagos.

En el segundo párrafo, similar al del art. 3604, dice que “*El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente objeto de colación*”³⁷. La colación dispuesta por esta norma, en consecuencia, procederá siempre que el heredero adquirente del bien no hubiera podido demostrar los pagos que haya hecho al causante; pues en la medida en que demuestre pagos, el acto será oneroso en esa proporción y no habrá colación en esa medida.

Sigue disponiendo el art. 2461: “*Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas*”. Según este párrafo en

³⁷ Se sostiene que el excedente de la porción disponible es reducible y no colacionable (PEREZ LASALA, José Luis, *Tratado de sucesiones*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Sta.Fe-Bs.As., 2014, T. II, n° 850, pág. 252/6). En realidad, será reducible después que ese excedente se impute a la porción hereditaria del heredero beneficiado, y también la exceda. Ese exceso es el que será objeto de reducción (art. 2386 CCC).

el acto de venta de un inmueble a un hijo con reserva de usufructo, se desplazaría la presunción de gratuidad del acto si los restantes hijos del enajenante suscriben la escritura prestando su conformidad a la enajenación, es decir, estarían reconociendo la onerosidad del acto. Como consecuencia de tal reconocimiento implícito, posteriormente no podrían demandar la colación del valor del bien que eventualmente excediera la porción disponible, y la cuestión quedaría cerrada.

Pero la novedad aparece subrepticamente en este último párrafo porque al referirse a los legitimarios que consintieron la enajenación, aclara que ésta puede ser “*onerosa o gratuita*”, o sea modifica lo establecido en la primera parte que solamente aludía a las transferencias a título oneroso. En conclusión, de acuerdo a lo que se deduce de este tortuoso artículo si el padre dona abiertamente un inmueble a un hijo con reserva de usufructo o de habitación, la ley presume su intención de mejorarlo, sin necesidad de que lo manifieste expresamente en la escritura de donación, como lo exige el art. 2385, porque en este caso puntual la ley sustituye la voluntad del donante, sin que, en realidad, se aprecie razón plausible para ello, porque bien podría no mejorarlo.

Asimismo, los demás coherederos pueden prestar conformidad a esta donación ostensible con reserva de usufructo o habitación, con la consecuencia de que dicho consenso les acarrea la renuncia tácita a pedir la colación y, en su caso, la reducción.

Adviértase entonces esta diferencia: tratándose de un acto ostensiblemente oneroso con reserva de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, si los herederos reconocen la veracidad de su carácter oneroso, consintiendo el acto, significa que no les lesiona la legítima y que por eso mismo nada que tienen que objetar después del fallecimiento del causante. Por el contrario, si prestan conformidad a una donación franca, están reconociendo un acto gratuito, o sea, un acto que muy posiblemente pueda perjudicar su cuota legítima, y, sin embargo, están renunciando tácitamente a las acciones de colación y reducción, porque en adelante ya no las podrán ejercer.

Podemos concluir, entonces, que esta nueva norma que comentamos importa otra excepción más al principio de orden público de inviolabilidad de la legítima y de protección a los herederos forzosos.

Dada la trascendencia de las cuestiones involucradas en el art. 2461, consideramos que merecía un texto más coherente, más claro y preciso.

VIII. Desheredación

Por último, relacionado con el tema de las legítimas unas palabras sobre la derogación del instituto de la desheredación. La doctrina absolutamente mayoritaria argentina, reflejada en las Jornadas Nacionales de Derecho de Civil de Córdoba (2009) y Tucumán (2011), sostenía la necesidad de mantener la desheredación como contrapeso equitativo y necesario al régimen de las legítimas. Se justifica, porque si la ley de modo imperativo le asigna un heredero al causante, aún en contra de su voluntad, es justo que éste en vida tenga el medio de excluirlo si ha sido agraviado por aquel, puesto que es el único que puede medir con justeza la gravedad de la ofensa. Imponerle pasividad al causante en estos casos resulta injusto. La facultad de desheredar es, por lo tanto, el correctivo de la sucesión legitimaria o forzosa³⁸. La desheredación, afirmaba Enrique Martínez Paz, tiene un efecto moral en los Códigos, hasta por acto de presencia. El que se sepa que existe una institución que autoriza a privar de su legítima al heredero, fortifica la autoridad del causante y modera la soberbia del heredero³⁹. Y por eso sabiamente la legisló Vélez Sársfield. Fue eliminada en el nuevo Código sin que el argumento esgrimido, relativo a que sus causales quedan absorbidas por las de indignidad, alcance para convencernos, porque se trata de dos instituciones diferentes, con eficacia, fundamentos y procedimientos distintos.

IX. Sucesión testamentaria

En la sucesión testamentaria con acierto se han derogado por haber caído en desuso desde hace varias décadas el testamento cerrado y los testamentos especiales que contemplaba el Código de Vélez (testamento marítimo, militar y en caso de epidemia). La figura del legatario de cuota fue sustituida por la del heredero de cuota, como lo denominan los códigos chileno, ecuatoriano y colombiano. También con buena técnica legislativa se reúnen las causales de nulidad de testamento en un solo artículo, el 2467, y aquí debemos destacar que en sin-

³⁸ MENDEZ COSTA, María J: en LLAMBIAS-MENDEZ COSTA: Código Civil Anotado, Abeledo Perrot, Bs.As., 2001, t. V-C, coment. arts. 3744/374, n° 2, pág. 346; FERRER, Francisco A.M.: La desheredación y el Proyecto de Código, La Ley 5/12/2013.

³⁹ MARTINEZ PAZ, Enrique: Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, TEA Bs.As., 1953, pág. 368.

tonía con los loables objetivos de promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad que se propone la Convención Internacional sobre los Derechos de dichas personas, se han definido dos cuestiones: las personas declaradas judicialmente incapaces pueden testar en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces, con lo cual se concluye con una polémica clásica del derecho sucesorio respecto a si podían o no testar válidamente en esos intervalos lúcidos. Y también se dispone que las personas que padecen limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral, y que no saben leer ni escribir, pueden también testar por escritura pública y con el auxilio de un intérprete (arts. 2467 incs. d) y e). Dos innovaciones valiosas en materia testamentaria que deben celebrarse.

X. Conclusión

Y concluyendo: podemos apreciar que nuevos valores dominan hoy el derecho sucesorio: el retroceso del régimen protector de la legítima hereditaria en función de la seguridad jurídica; la protección y promoción de los derechos del heredero discapacitado por solidaridad familiar; la protección de la empresa, que se manifiesta en la admisión creciente de los pactos sobre herencia futura, y en el régimen de las indivisiones forzosas y de las atribuciones preferenciales; y la ampliación del margen de libertad de testar y del ejercicio del derecho a testar de personas discapacitadas.

Como toda obra humana, el nuevo Código es perfectible. Se han incorporado nuevas normas que traen innovaciones convenientes o definen acertadamente cuestiones controvertidas, se han cubierto vacíos del antiguo Código, y se ha sintetizado la extensa reglamentación del derecho de sucesiones. Pero también hemos señalado omisiones, errores, e imprecisiones, consecuencia seguramente del apresuramiento en la sanción y también por la ausencia de un trabajo coordinado y conjunto, deficiencias que aumentarán la litigiosidad y abrirán un panorama de incertidumbre hasta tanto, por el trabajo de los abogados y la labor de la jurisprudencia, se consoliden líneas definidas de interpretación. Asistimos entonces, al inicio de una nueva etapa en la evolución de nuestro derecho civil, que constituye un verdadero acontecimiento histórico, y seguramente con la práctica del nuevo Código vendrán nuevas evaluaciones, aprobatorias y crí-

ticas, y reclamos de rectificaciones, pero confiamos en que finalmente se imponga la orientación dirigida a realizar el bien común y que se concrete en normas precisas y claras que aseguren en las relaciones humanas más bien, más verdad y más justicia.

Un statut pour le beau-parent?

*Quelques réflexions sur la nécessité des lois en matière familiale**

HUGHES FULCHIRON

« Lorsqu'un homme a deux femmes, l'une qu'il aime et l'autre qu'il n'aime pas, si l'une comme l'autre lui donnent des fils, et si l'aîné est le fils de la femme qu'il n'aime pas, alors, au jour où il donnera ses biens en héritage à ses fils, il ne pourra pas donner le droit d'aînesse au fils de la femme qu'il aime, au détriment de l'aîné, le fils de la femme qu'il n'aime pas, et lui donner double de tout ce qui lui appartient : ce fils, prémices de la virilité du père, a droit aux privilèges de l'aîné ». Cette citation du Deutéronome (Deutéronome, 21 18), montre que de tous temps, de la polygamie au remariage ou au concubinage, du temps de Moïses à nos jours, la question des familles que l'on désigne aujourd'hui en français par l'expression maladroite mais bien utile de familles « recomposées », s'est posée aux sociétés humaines.

De plus en plus d'enfants partagent de nos jours une partie de leur vie avec des personnes qui les ont pris en charge et ont participé à leur éducation : ceux que, faute de mieux là encore, on nomme en français les « beaux parents », i.e. l'homme ou la femme avec qui le père ou la mère.

De l'enfant a reconstruit son couple après séparation, en mariage ou hors mariage. A l'autre bout de la chaîne, de plus en plus d'adultes sont appelés à s'occuper de celui ou de celle qui partage ou a partagé la vie de leur père ou de leur mère, lorsque l'intéressé est frappé par la vulnérabilité liée à l'âge ou à la maladie : la question des beaux-parents intéresse l'enfance mais aussi le grand âge.

* *Exposición efectuada en sesión especial del acto de incorporación del 5 de junio de 2015. El académico correspondiente fue presentado por el Sr. académico Presidente, Dr. Juan Carlos Palmero.*

En France comme ailleurs, les familles recomposées sont non seulement de plus en plus nombreuses mais aussi de plus en plus diverses (cf. le rapport préparé par le Commission présidée par I. Théry et A. M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité: le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles*, La Documentation française, 2014). Le phénomène est lié, bien sûr, à la fragilisation des couples et à la multiplication des séparations, en mariage et hors mariage. Un enfant mineur sur dix vivrait aujourd'hui dans une famille recomposée en France métropolitaine, soit 1,5 million d'enfants de moins de 18 ans. Parmi eux, 530 000 seraient issus du nouveau couple et auraient au moins un demi-frère ou sœur, et 940 000 seraient issus d'une union antérieure de l'un et/ou de l'autre, et vivraient donc avec un parent et un beau-parent. La majorité de ces beaux-enfants (79%) vivent principalement avec leur mère et leur beau-père, et 21% avec leur père et leur belle-mère. Encore faut-il avoir conscience, pour interpréter correctement ces chiffres, de la grande diversité des situations. L'autre parent peut être décédé ou juridiquement inexistant (c'est le cas des enfants qui n'ont pas été reconnus par leur géniteur). Dans chaque foyer, il faudrait également distinguer entre les enfants qui voient régulièrement l'autre parent et ceux qui ne le voient pas. Il conviendrait également de tenir compte des progrès, en droit français, de la résidence alternée et, plus généralement, des différentes modalités de partage de l'hébergement. La majorité des enfants nés d'une union antérieure cohabitent avec des demi-frères ou sœurs issus de l'union actuelle (51%); viennent ensuite les familles où les enfants sont tous issus d'une union antérieure, cohabitant avec un beau-parent (41%) et enfin 8% des familles regroupent des enfants issus d'unions antérieures de chacun des deux adultes (ceux que l'on appelle aujourd'hui des «quasi» frères et sœurs).

Au delà de ces données chiffrées qui témoignent de l'importance croissante du phénomène, il convient de souligner le contexte nouveau dans lequel il se développe. Analysant l'histoire des recompositions familiales, historiens et sociologues ont montré que l'attitude de la société, et donc du droit, à l'égard des secondes familles s'était construite en trois temps.

- Pendant des siècles, la présence d'un beau-parent fut considérée comme la conséquence malheureuse mais inévitable des veuvages précoces: il fallait remplacer, et souvent très vite, l'époux ou l'épouse disparu(e), par un substitut capable de remplir les tâches propres au défunt. On estime qu'au XVIII^e siècle plus d'un quart des mariages étaient des remariages. Cependant la seconde

union ne s'intégrait pas aisément au système occidental de parenté. Elle se heurtait également au principes de conservation des biens dans la famille: les hommes passent, la famille et son fondement matériel demeurent. Or le remariage risque de bouleverser cet ordre en faisant passer des biens d'une famille à une autre: par passion ou par nécessité, le veuf ou la veuve ne risque-t-il pas de sacrifier les intérêts des enfants de sa première union? L'hostilité vis à vis des secondes familles se nourrissait également d'un discours moral et théologique: les Pères de l'Eglise, attachés à l'idéal de chasteté autant qu'au principe d'indissolubilité du mariage, ne cachèrent pas leur hostilité au remariage qu'ils toléraient seulement par considération pour l'humaine faiblesse.

La triste jeunesse des enfants victimes de leur parâtre ou de leur marâtre, les menaces portées contre l'ordre familial patrimonial, les réticences de l'Eglise, tout concourait donc à alimenter l'hostilité à l'égard des familles recomposées. De Cendrillon à David Copperfield, de Blanche Neige au Malade imaginaire, les contes populaires, les romans et le théâtre sont pleins de ces enfants orphelins de père ou de mère dépouillés par leur marâtre ou leur parâtre, relégués au rang de servante ou envoyés au loin dans quelque collège ou dans quelque couvent. Le terme de marâtre et de parâtre devinrent d'ailleurs si négativement chargés que, par antiphrase, ils furent remplacés par ceux de «beau» père et de «belle» mère... En droit, cette méfiance à l'égard des secondes noces se traduisit non seulement par l'exclusion des beaux-parents, mais encore par un ensemble de règles tendant à protéger le patrimoine des enfants issus du premier lit.

- La sécularisation du mariage, l'accroissement de l'espérance de vie, l'autorisation du divorce pour faute ouvrirent peu à peu une seconde phase. A partir du dernier quart du XIXe et au cours du XXe siècle, les secondes unions après veuvages devinrent progressivement plus rares cependant que les remariages après divorce demeuraient statistiquement marginaux. La perception de la famille recomposée se transforma. Selon certains auteurs, le tournant serait intervenu dans les années 1950, avec la montée du nombre des divorces. A une époque où triomphe le modèle de la famille nucléaire, le remariage acquit une nouvelle légitimité: celle de réintégrer les victimes d'une faillite conjugale dans la normalité sociale et de prouver leur capacité à dépasser la crise liée au divorce. La seconde famille est vue comme celle qui efface la première (ratée) et peut devenir la «vraie famille» des enfants du premier lit. On refait alors sa famille comme on refait sa vie: en repartant à zéro, quitte à effacer l'«autre parent» (que

les règles de l'autorité parentale après divorce tendent d'ailleurs à marginaliser au nom de l'intérêt de l'enfant et de sa stabilité retrouvée) et à traiter le beau-parent comme un parent, en favorisant par exemple l'adoption de l'enfant du conjoint.

- La troisième phase de l'évolution est celle que nous vivons depuis une trentaine d'année. Elle présenterait deux grandes caractéristiques. D'une part, la multiplication des situations de recomposition familiale contribue à les banaliser et donc à les «normaliser» socialement. D'autre part, en des temps où se multiplient les séparations, nos sociétés n'ont cessé de rappeler les droits et les responsabilités des deux parents à l'égard de leurs enfants mineurs. «On est parent pour toujours», «le couple parental doit survivre au couple conjugal», «l'intérêt de l'enfant est d'être élevé par ses deux parents, quelque soit le devenir du couple»: tels sont les principes (les slogans?) sur lesquels se construit le droit contemporain de la famille. S'impose en droit le principe de coparentalité. La question de la place des beaux-parents change dès lors de nature: il n'est plus question de travailler dans une logique de substitution ou d'exclusion, mais de s'interroger sur la spécificité du rôle du beau-parent, qui n'est pas un parent, même s'il peut être appelé à remplir une fonction parentale, *in loco parentis*. Pour reprendre la formule d'un sociologue de la famille, la question de la place du beau-parent doit être pensée non pas en terme généalogique, mais en terme générationnelle, dans une logique de complémentarité.

C'est dire combien la question des familles recomposées est complexe. Au croisement de diverses problématiques sociales et familiales (celle du mariage et de sa dissolution, celle des familles créées hors mariage, celle de l'enfant dans les familles désunies, celle, bien sûr, de l'homoparentalité), elle en reflète les évolutions et, à bien des égards, les contradictions.

En France, plusieurs rapports s'y sont intéressés, plusieurs projet ou propositions de loi ont été déposés au Parlement. Et pourtant peu de choses ont été faites. La situation semble même totalement bloquée. Il est vrai qu'au fil du temps, le contexte a profondément évolué: à l'esprit de faveur qui régnait dans les années 90, malgré les inquiétudes de certains sur les risques de concurrence entre parents et beaux-parents, a succédé l'hostilité d'une partie des «spécialistes» de l'enfance qu'attisent les débats sur l'homoparentalité: car le beau parent, marié ou non marié, c'est aussi le beau parent de même sexe...

L'intensité et la richesse des débats, mais aussi la situation actuelle de blocage, permettent de prendre un peu de recul et de réfléchir à nouveau à ce qui devrait être la question préalable à toute intervention législative: une loi sur les recompositions familiales, un loi portant statut juridique du beau-parent, est-elle nécessaire? De fait, la seule existence de familles recomposées ne rend pas forcément nécessaire leur encadrement par des règles de droit.

De façon générale, le législateur contemporain a bien du mal à résister à la tentation de l'interventionnisme, notamment en matière familiale: puisque la réalité est ce qu'elle est, puisque que la situation existe en fait, on tend à présumer qu'il serait socialement utile de lui donner une traduction légale. En quelque sorte, toute loi serait un bien, en ce sens que l'appréhension juridique de la réalité, notamment en matière de mœurs, serait socialement opportune, qu'il s'agisse de consacrer, d'interdire ou d'encadrer. En réaction à cette idée, Jean Carbonnier, un des plus grands juristes français de la seconde moitié du XXème siècle, se demandait avec un brin de provocation si, au contraire, toute loi n'était pas un mal. Il insistait sur l'importance du non droit, i.e. sur le rôle d'autres modes de régulation sociale de la famille. La loi serait un mal, un mal nécessaire; mais encore faut-il être sûr de cette nécessité.

A vrai dire, Jean Carbonnier n'a pas été prophète en son pays. On a plutôt l'impression qu'en France, comme dans nombre de sociétés (serait-ce une pathologie caractéristique des sociétés postmodernes?), on fait de plus en plus appel à la loi pour tenter de régler les problèmes de société, aussi illusoire que puisse être l'emprise du droit sur certaines réalités sociales. A la limite, on serait tenté de dire que plus la réalité semble échapper au législateur, plus il tente d'en conserver une certaine maîtrise par le droit. Le phénomène est particulièrement sensible en France, où, au delà de la dénonciation classique de l'inflation législative (la canonomanie?), existe un rapport très particulier à la loi : dès qu'un problème nouveau se pose, chacun en appelle à l'intervention du législateur, comme si la loi pouvait, sinon régler le problème, du moins affirmer la maîtrise de la société sur la réalité. Sans doute faut-il y voir l'héritage des Lumières et de la Révolution française attachées à la toute puissance de la loi comme expression de la volonté générale. Mais cette croyance est sans doute plus profondément ancrée encore dans le corps social. Pour apaiser un trouble social, les sociétés traditionnelles organisaient de grandes cérémonies publiques, des processions, des prières collectives, des danses et des chants. En France, on fait une loi. Songez

qu'en France, à la suite d'une période de grande sécheresse, on fit une loi... anti-sécheresse. La loi tourne à l'exorcisme.

Quoiqu'il en soit, la question de la nécessité d'une loi est une question qui, dans un contexte général de multiplication des lois ou de pseudo lois (mais c'est un autre débat), prend une importance particulière, tant il est vrai que l'inflation normative fait perdre à la norme une partie de sa valeur et de sa crédibilité. Le législateur contemporain en a conscience, qui multiplie les recommandations sur la « qualité » de la loi et pose des obligations de rapports préparatoires et d'études d'impact. Or je ne crois pas avoir vu ce genre de travaux conclure à l'inutilité d'une intervention du législateur. Sauf dans un cas: lorsque le sujet est si sensible politiquement que le recours à des analyses préalables ou complémentaires, apparaît comme le moyen le plus efficace pour ne pas avoir à traiter le problème. Il y a quelques années la question du beau-parent, parasitée par les débats sur l'homoparentalité, en a fourni un bel exemple.

Plutôt que de parler des instruments juridiques qui permettraient de construire un statut juridique du beau parent (instruments qui, au demeurant, dépendent étroitement du système juridique dans lequel ils doivent s'inscrire), je souhaiterais donc, à partir de l'exemple des familles recomposées, vous livrer quelques réflexions très générales sur une question qui est apparemment toute simple, mais qui en réalité est d'une redoutable complexité : celle de la nécessité d'une loi en matière familiale.

De façon générale, le problème doit être posé à un double niveau, celui la nécessité pratique de la loi (son utilité), celui de la nécessité symbolique de la loi (l'opportunité de la loi).

I . La nécessité pratique: l'utilité de la loi

Un statut légal du beau parent correspond-il, en pratique, à un besoin? La réponse à cette question dépend évidemment du système juridique (mais aussi du contexte social) dans lequel elle se pose. De façon générale, on peut dire que le problème se situe à trois niveaux: l'éducation, la transmission et la solidarité.

- L'éducation: est en jeu la prise en charge de l'enfant au quotidien, dans les démarches les plus simples (aller chercher l'enfant à l'école) ou les plus complexes (associer le beau parent aux choix éducatifs), en passant par l'urgence (une opération chirurgicale par exemple). Le problème ne se pose pas seulement pour le

beau-parent qui vit quotidiennement avec l'enfant (le conjoint ou partenaire du parent «gardien»), mais aussi pour l'autre beau-parent potentiel, celui avec qui vit «l'autre» parent, celui qui ne dispose que de droits de visite et d'hébergement. Au delà de cette prise en charge quotidienne, l'absence de règles spécifiques pourrait poser de graves difficultés lorsque, en raison de la maladie ou de décès du parent «gardien», le beau-parent souhaiterait prendre en charge l'enfant, notamment si celui-ci vit dans une fratrie recomposée.

En France, la question de l'utilité pratique d'une loi sur le statut du beau-parent a été très discutée. De nombreux auteurs ont nié l'existence d'un besoin de droit. Selon eux, le système juridique français posséderait déjà les instruments nécessaires pour traiter les problèmes. Surtout, en pratique, ceux-ci ne se poseraient pas: en témoignerait la rareté du contentieux en la matière. La première affirmation est fausse: le droit français ne dispose que de règles partielles et inadaptées, pour les beaux parents et plus généralement pour tous les tiers (grands-parents, personnes de confiance...) appelés à prendre en charge l'enfant. A la première difficulté, le beau-parent sera renvoyé au néant de son statut. Telle est la conséquence du dogme selon lequel l'autorité parentale appartient aux père et mère et à eux seuls (on y reviendra). Le second argument mérite en revanche qu'on s'y arrête, d'autant qu'il se double d'une crainte: en créant un statut ne risque-t-on pas de susciter un nouveau contentieux, contentieux de revendication, contentieux de contestation? Et l'on sait qu'en cas de séparation familiale tout peut devenir pathogène. Après tout l'absence de pouvoir et de responsabilité permet de fixer les choses: seuls comptent les père et mère de l'enfant.

Les réflexions sur le statut du beau-parent ont été renouvelées, et à bien des égards parasitées, par la question de l'homoparentalité. De fait, donner un statut au beau-parent aurait pu permettre à celui qui partage la vie du père ou de la mère de l'enfant de prendre en charge ce dernier sans que soient créés des liens de filiation. Certains conseillaient donc de reconnaître l'homoparentalité pour éviter d'avoir à consacrer l'homoparenté. Les adversaires de la famille homosexuelle luttèrent au contraire de toutes leurs forces pour couper les ailes à un projet de réforme sur le beau-parent: la parentalité aujourd'hui, la parenté demain, disaient-ils. On sait ce qu'il est advenu: faute de parentalité, la parenté fut admise en France avec l'ouverture de l'adoption aux couples mariés homosexuels dans le cadre de la loi sur le «mariage pour tous». Le débat est aujourd'hui dépassé. Juridiquement le beau-parent homosexuel est un parent comme les autres.

- Seconde dimension d'un éventuel statut du beau-parent, celle de la transmission. La question est d'autant plus intéressante qu'elle implique un renversement total de perspective. Pendant des siècles, tout l'effort du législateur tendit à protéger les enfants du «premier lit» (pour reprendre la terminologie juridique traditionnelle) contre la seconde famille : il s'agissait d'éviter que le parent remarié ne sacrifiât les intérêts de ses enfants à ceux de son conjoint (Bélise dans le *Malade imaginaire* de Molière) ou à ceux des enfants issus de la nouvelle famille (Cendrillon ou *Blanche neige*, et tant de contes qui dessinent la figure du beau-père ou de la belle-mère « voleur », voir «tueur» d'enfant). Plus généralement, il s'agissait d'éviter que des biens ne passent d'une famille à une autre. En France, un véritable arsenal législatif fut mis en place à cette fin. En particulier, un célèbre Edit des secondes nocces, pris par le roi Henri II en 1560 interdit à la femme qui se remariait de consentir quelque donation que ce soit à son nouveau mari. Je ne résiste pas au plaisir de vous en lire un extrait (dans le beau français de la Renaissance):

«Comme souvent les femmes veuves ayant enfans, sont souvent invitées et sollicitées à de nouvelles nocces, et ne connaissent pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et faveur du mariage, leur font des donations immenses, mettant en oubli le devoir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles se dussent éloigner par la mort du père, que les voyant destitués du secours et aides de leur père, elles devraient par tous moyens s'exercer à leur faire double office de père et de mère ; desquelles donations, outre les querelles et divisions entre les maris et les enfans, s'ensuit la diminution des bonnes familles, et conséquemment diminution de la force de l'état public» (Préambule de l'Edit, cité par Pothier, *Traité du contrat du mariage*).

Le danger existe toujours aujourd'hui, et le droit conserve certains instrument assurant la protection des enfants du premier lit, malgré la faveur croissante pour le conjoint survivant et, plus généralement, pour l'autonomie de la volonté en matière successorale. Mais il convient de tenir compte de nouvelles aspirations. De plus en plus de beaux parents, souhaitent transmettre leur patrimoine aux enfants qu'ils ont élevé comme leurs enfants; de même, lorsque des enfants sont nés de différentes unions, nombre de beaux parents s'adressent au notaire pour lui demander comment partager à égalité leur patrimoine entre les enfants qui composent la nouvelle constellation familiale: frères et sœurs,

demi-frères et demi-sœurs, «quasi» frères et «quasi sœurs»: à affection égale, droits égaux. Or ils se heurtent aux vieilles règles juridiques mises en place pour assurer, au contraire, l'étanchéité entre les patrimoines des différentes familles. Il sont surtout confrontés à l'obstacle fiscal: fiscalement, enfants et beaux-parents sont considérés comme des étrangers; en droit français, la transmission sera taxée à 60%.

Témoin de la réalité de la demande sociale, on voit se multiplier les demandes d'adoption de l'enfant (adulte) du conjoint: la création d'un lien de filiation assurera la transmission du patrimoine dans des conditions financièrement acceptables. Mais est-il opportun de passer par la filiation pour résoudre un problème de transmission? N'est-ce pas là une source de confusion, et parfois de tension dans les familles?

- Au delà, penser le statut du beau-parent en terme d'utilité sociale suppose que l'on s'interroge sur ses éventuels prolongements dans le domaine des solidarités familiales : solidarité des beaux-parents à l'égard des enfants mineurs avec qui ils vivent (faut-il créer une obligation alimentaire entre enfant et beau-parent ? les dépenses liées à l'éducation et à la prise en charge de l'enfant entrent-elles dans la contribution aux charges familiales ?), mais aussi solidarité des enfants devenus majeurs à l'égard des beaux-parents que la maladie ou le grand âge auraient rendu vulnérables.

Une première balance doit donc être opérée pour apprécier l'utilité sociale d'une loi nouvelle: une balance entre les besoins, bien réels, et l'impact d'une intervention législative. Or en matière familiale plus peut être qu'en toute autre domaine, cet impact ne doit pas être apprécié seulement au regard des effets pratiques de la loi mais aussi, de ses effets symboliques.

II. La nécessité symbolique: l'opportunité de la loi

La question pourrait s'exprimer de la façon suivante: est-il socialement opportun de consacrer en droit la réalité nouvelle que constituent les familles recomposées? On sait en effet que faire entrer dans la loi, c'est «consacrer», «reconnaître», «légaliser», dans tous les sens du terme. Dans l'hypothèse, non plus de situations mais de comportements ou de pratiques, c'est, plus profondément encore, «normaliser», i.e. rendre conforme à la norme, norme juridique et norme sociale. La

loi constitue une sorte de bénédiction, dans la double dimension du terme: j'accepte et je dis que c'est bien, i.e. que je dis que socialement la situation ou le comportement sont acceptables, voire, dans certains cas, qu'ils peuvent être posés comme modèle. En matière familiale, cette dimension symbolique de la loi revêt une importance essentielle: que l'on songe aux débats sur le divorce, sur la fidélité dans le mariage, sur les unions entre personnes de même sexe ou sur l'homoparentalité.

Quid pour les familles recomposées? L'importance symbolique d'une intervention du législateur doit être appréhendée à un double niveau: au regard des beaux parents et au regard des parents, étant entendu que conformément au credo législatif actuel ces deux questions doivent être traitées en considération de l'intérêt de l'enfant.

Au regard des beaux parents, reconnaître en droit la place que le beau-parent occupe dans la vie de l'enfant, ce ne serait pas seulement lui donner les instruments juridiques correspondant à la fonction qui est la sienne; ce serait aussi affirmer que la société attend de lui, dans l'intérêt de l'enfant, qu'il joue le rôle qui lui est reconnu. Le beau-parent ne serait plus un tiers comme les autres: au statut est liée une responsabilité. Toute la difficulté est de déterminer l'ampleur des droits qui lui seraient ouverts et donc de la responsabilité qui lui incomberait, compte tenu de l'extrême diversité des situations, des pratiques et des aspirations des beaux-parents, des parents et de l'enfant. Le rôle des parents est socialement et juridiquement assez bien défini. Rien de tel avec les beaux-parents, d'où la difficulté à construire un statut.

Quel en serait d'ailleurs le fondement? On ne peut plus le fonder sur le mariage car une grande partie de la réalité lui échapperait. Faut-il assimiler mariage et partenariat? Mais ce serait laisser le concubinage en dehors du champ de loi et faire produire aux unions hors mariage des effets en matière de parentalité qui ne correspondent pas vraiment à l'idée que seul le mariage constitue l'acte fondateur d'une famille. En fait, le seul fondement possible semble l'engagement personnel du beau-parent: engagement qui se manifesterait par une déclaration de volonté selon des formes (convention, déclaration devant le juge ou une autorité publique, acte notarié) qui varieraient selon les systèmes juridiques. Mais ne dira-t-on pas que c'est prêter la main à la contractualisation de la famille?

Au regard des parents, ces questions de rôle et de statut prennent toute leur importance. Pour certains, reconnaître en droit la place du beau-parent ne pou-

rrait se faire qu'au détriment des parents, notamment au détriment du parent avec qui l'enfant ne vit pas quotidiennement. Présenté du point de vue de l'enfant, cette reconnaissance légale serait contraire à son intérêt. De nos jours, l'intérêt de l'enfant est en effet présumé reposer sur le principe de coparentalité : l'enfant doit être élevé par ses deux parents ; quelque soit le devenir du couple conjugal, tout doit être fait en droit pour assurer la survie du couple parental : l'enfant, dit-on, aurait le droit d'être élevé par ses deux parents. Reconnaître des droits au beau-parent, lui reconnaître des obligations, supposerait que lui soient transférées des prérogatives parentales (droit d'accomplir les actes de la vie quotidienne, droit de prendre des décisions en matière d'éducation, obligation de contribuer à la prise en charge financière de l'enfant etc) : on prend aux parents pour donner aux beaux-parents. En résulterait soit un conflit entre parent et beau-parent, dont l'enfant serait l'enjeu, soit une déresponsabilisation du parent avec lequel l'enfant ne vit pas quotidiennement : dès lors que ses obligations sont remplies par un tiers...

En France, l'argument a été répété à l'envie lors des débats suscités par les différents projets de lois déposés au Parlement. Il a été relayé par les associations de parents divorcés, notamment par les associations de pères divorcés qui se battent pour l'égalité entre les père et mère après la séparation. Plus généralement, des juristes, des spécialistes de l'enfance (psychologues, pédopsychiatres, travailleurs sociaux), ont dénoncé les risques, pour l'enfant de perte de ses repères : reconnaître au beau-parent des droits et des devoirs, ce serait mélanger les rôles et les statuts au risque de couper l'enfant de ses racines identitaires.

Le danger, très présent pendant la vie commune, se prolongerait après l'éventuelle séparation. Reconnaître des droits et des devoirs au beau-parent pendant la vie commune, c'est en effet lui ouvrir potentiellement d'autres droits, d'autres devoirs, après la séparation : et certains auteurs de brandir la menace de ces droits de visite multiples (avec le parent, avec les grands-parents, avec le ou les beaux-parents), entre lesquels l'enfant serait écartelé. Conflits d'affections, conflit de loyauté : autant de danger pour un enfant en perte de repères.

Pour répondre à ces accusations, des sociologues, des anthropologues et des juristes ont tenté d'expliquer que loin de s'opposer, la coparentalité post-divorce et la reconnaissance de la place spécifique du beau-parent, étaient complémentaires. Comme l'explique très bien le Rapport Théry-Leroy, l'affirmation du principe de coparentalité et la réflexion sur la place du beau parent se sont dé-

veloppés de concert : dans les années 70/80 le droit de l'autorité parentale après divorce était encore marqué en France par l'idée que lors de la séparation, tous les pouvoirs devaient être confiés à un seul parent, afin d'éviter que le conflit conjugal ne se perpétue autour de l'enfant ; régnait donc le système de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Face à l'explosion des séparations, de plus en plus nombreuses et de plus en plus précoces, avec des enfants qui dans l'immense majorité des cas étaient pris en charge par leur mère, s'est imposée l'idée de partage des responsabilités au delà de la séparation: on est parent pour toujours. Comme l'écrit Irène Théry, «de plus en plus, on a pensé la famille des enfants de parents divorcés non plus seulement à partir d'un foyer qu'il faudrait choisir comme leur «vraie famille», mais à partir de leurs allées et venues entre les foyers respectifs de leurs deux parents. On a alors pris conscience de l'existence d'une constellation familiale au sein de laquelle circulent non seulement les enfants, mais des pensions alimentaires, des biens, des services, des sentiments, des souvenirs et des interdépendances, même si chaque foyer a son autonomie et veille à la protéger. Or non seulement cette constellation fonctionne d'autant mieux que l'esprit de coparentalité est partagé par les deux parents, mais les beaux-parents en sont eux-mêmes des agents, parfois très actifs». Différents travaux prouveraient que «désormais ils (les beaux-parents) ne se définissent ni en rivaux ni en substituts des parents, mais comme des figures familiales originales, dont la valeur est justement de s'ajouter aux parents, sans contester leur place unique». Et le rapport de conclure : «Cette évolution dessine encore une fois le passage du «ou» au «et» (...): non plus un père ou une mère, mais deux parents quoi qu'il arrive ; non plus une mère ou une belle mère, mais une constellation familiale recomposée capable de ne pas imposer à l'enfant d'insupportables conflits de loyauté. Il en va de la capacité des adultes à offrir l'enfant le moyen de construire sa propre histoire, sans se couper en deux. Dans la perspective d'une réforme, valoriser la coparentalité et reconnaître une place familiale au beau-parent vont ensemble: de fait, il s'agit d'un seul et même objectif». Lorsque l'on réfléchit à la question du statut du beau-parent, il conviendrait donc avant tout de se garder de vouloir faire du beau-parent un parent, même si celui-ci est amené à assumer, au moins partiellement, une fonction parentale. Le beau-parent occupe une place complémentaire dans la vie de l'enfant, qui varie largement selon les personnes et selon les circonstances. La place centrale est celle des père et mère. Par là même, on comprend qu'il importe de ne pas se lais-

ser enfermer dans un débat (un combat) stérile: parents v. beaux parents. Sans confondre les rôles et les statuts propres à chacun, il importe au contraire d'inventer les instruments juridiques permettant de penser rôles et statuts en termes de complémentarité, et, en toute hypothèse, dans l'intérêt de l'enfant. C'est à cette condition que la création d'un statut pour le beau-parent pourrait être symboliquement nécessaire en ce qu'elle permet de sortir du flou dans lequel vivent actuellement les familles recomposées et d'affirmer la responsabilité individuelle et collective de adultes vis à vis des enfants qui partagent leur vie.

C'est donc à partir d'une appréciation d'ensemble de la nécessité d'une loi, nécessité pratique et nécessité symbolique, que devrait être prise la décision d'intervenir ou non en matière familiale en générale et dans le cas du beau-parent en particulier. Position de sagesse dira-t-on. Mais le législateur, surtout le législateur familial, est-il toujours sage?



La contienda intergubernamental en sistemas federados*

JAMES GARDNER

Mi tema de hoy es el federalismo, y en particular, cómo este trabaja en los complejos estados de hoy día.

La meta del diseño constitucional federal es la sustentabilidad. Los sistemas federados cortejan dos riesgos diametralmente opuestos. Otorgarles demasiado poder a los gobiernos nacionales conlleva un riesgo de colapso interno hacia la centralización y su concomitante amenaza a la libertad individual. Brindarles poder excesivo a unidades subnacionales es arriesgarse a la fragmentación del estado y la consiguiente pérdida de los beneficios y protecciones que provee la vida en un gran estado moderno.

En la tradición Madisoniana del diseño constitucional, se cree que evitar estos riesgos -así como la sustentabilidad del sistema federado- depende de un balance cuidadosamente planificado entre fuerzas opuestas¹. Se considera que una distribución simétrica de poder entre los gobiernos nacionales y subnacionales es el prerequisite para una descentralización sostenida de poder.

Aun así, visto desde afuera, parece imposible lograr el difícil diseño de un balance entre el poder nacional y el poder subnacional. En estados federados modernos, el balance de poder entre las unidades constituyentes parece inclinarse casi siempre hacia el gobierno central. Los gobiernos nacionales son más grandes que los subnacionales.

Tienen acceso a más ingresos públicos y empuñan mayores recursos. Son los puntos de foco de la identidad nacional y los agentes de relaciones externas en la plataforma mundial. Los tribunales constitucionales a menudo apoyan el uso de expansivos poderes nacionales, especialmente en tiempos de crisis. Sin

* *Exposición en sesión especial de incorporación del 11 de agosto de 2015. El académico correspondiente fue presentado por el Sr. académico de número Dr. Antonio María Hernández.*

¹ Madison, *The Federalist*, Nos. 48-51 (Clinton Rossiter, ed. 1961).

embargo, es igualmente evidente que los gobiernos nacionales en estados federados no siempre se salen con la suya. A veces -y con frecuencia en algunos estados- las unidades subnacionales prevalecen cuando sus objetivos y política contienden con los del estado central. Las políticas nacionales se pueden alterar para la satisfacción de las unidades subnacionales o se pueden bloquear por completo. Los gobiernos subnacionales pueden exitosamente poner en agenda puntos de diseño de políticas nacionales. En resumen, el poder nacional en las federaciones a menudo se blande en servicio de las metas subnacionales.

¿Cómo es esto posible ante las ventajas aparentemente inherentes del estado central? Contestar esta pregunta requiere investigar cómo opera realmente el federalismo. Ni el texto constitucional ni los principios de teoría constitucional pueden contestar estas preguntas. La constitución no siempre guía o controla por completo la conducta de los actores gubernamentales. Y los seres humanos tienen una descuidada tendencia a ignorar principios teóricos que, según los estudiosos, deberían guiar su conducta.

Para contestar esta pregunta, entonces, es imperativo examinar las herramientas y métodos a los que las unidades subnacionales en los estados federados realmente acuden a la hora de influenciar, cambiar frustrar o instigar las políticas nacionales. Ciertamente, la constitución siempre es pertinente dado que la estructura formal del derecho constitucional en un estado federado crea o retira, de manera inevitable, opciones y arenas para la contienda gubernamental. Pero no se debe asumir, sin evidencia a tales efectos, que los gobiernos nacionales y subnacionales compiten por el poder utilizando métodos y lugares contemplados por esquemas constitucionales. Por el contrario, debemos investigar dónde y a través de qué métodos ocurre la contienda. Eso es lo que propongo que hagamos hoy.

Por consiguiente, me refiero a dos ejemplos, el de Estados Unidos y el de Canadá. Para cada uno, describiré brevemente las herramientas que los estados de la Unión y las provincias canadienses han desarrollado y utilizado a través del tiempo en aras de lograr su cometido. Lo que veremos tiende a validar la propuesta reciente de Moisés Naím sobre la manera en que lo que él llama “micropoderes” logra lo que se propone aun contra oponentes mucho más poderosos: *“Desgastan, impiden, minan, sabotean y rebasan a los mega-actores en formas que los últimos, aun con la inmensidad de sus recursos, no están equipados o preparados para resistir”*².

² Moisés Naím, *The End of Power: From Boardrooms to Battlefields and Churches to*

Federalismo estadounidense

Los miembros de la generación que fundó a los Estados Unidos reservaron una profunda sospecha hacia la centralización concentrada del poder, modelo del imperio nacional contra el cual se rebelaro³. Como resultado, aun aquellos que profesaron la necesidad de crear una autoridad central estabilizadora concordaron en que hacerlo implicaría graves riesgos. Los Constituyentes resolvieron este problema creando un gobierno nacional que creían que tendría el poder de hacer lo que hiciera falta hacer a nivel nacional, pero nada más un gobierno nacional de grandes pero limitados poderes. Esta solución se implementó a través de una descentralización constitucional del poder que creó un gobierno nacional de poderes enumerados y limitados⁴, y asignó los poderes generales restantes al nivel subnacional⁵. Los Padres de la Constitución anticiparon que cada nivel de gobierno tendría suficiente poder para monitorear y supervisor al otro, y que este diseño podría ser auto-estabilizador al institucionalizar una lucha perpetua entre los dos órdenes en la cual ninguno pudiera prevalecer.

Si los Constituyentes claramente contemplaron la posibilidad de fricción, desacuerdo y supervisión mutua entre los gobiernos nacionales y estatales, entonces, ¿cómo anticiparon que estas luchas, de hecho, se desatarían? El mecanismo principal de la Constitución de los Estados Unidos provee para la afirmación rutinaria de objeciones estatales a la política nacional o el uso del poder nacional en el Senado. Concebido como una cámara de representación de los estados en su capacidad corporativa⁶, el Senado debía proveerle a los estados un foro disponible para la afirmación de sus intereses.

La pregunta más interesante, en ciertos sentidos, es cómo los Constituyentes anticiparon que los estados podrían avanzar y proteger sus intereses en aquellas ocasiones en que no habría disponibilidad de modos de expresión e influencia constitucionalmente permitidos. En estas circunstancias, los Padres de la Constitución evidentemente contemplaron que los estados pudieran acudir a una

States, Why Being in Charge Isn't What It Used to Be 52 (2013).

³ Malcolm M. Feeley and Edward Rubin, *Federalism: Political Identity and Tragic Compromise* 101-102 (2008).

⁴ U.S. Const., Art. I § 8.

⁵ Id., enmienda. X: "Los poderes que la constitución no le ha delegado a Estados Unidos, o que los Estados no le han prohibido, se les reservan a los Estados respectivamente, o al pueblo"; *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

⁶ U.S. Const. Art. I, § 3.

serie de medidas que incluyeran manifestaciones intensificadas, no en las salas de gobierno, pero sí en la esfera pública. En caso de crisis, se esperaba que los estados primero manifestaran desaprobación, y luego invocaran la práctica revolucionaria de protesta, para luego llegar al desafío y la obstrucción, y finalmente, de ser absolutamente necesario, a la resistencia militar activa al poder federal⁷.

La asignación contemporánea de poder entre los gobiernos nacionales y subnacionales en los Estados Unidos se ha alejado mucho del diseño constitucional original. Para finales del siglo XX, las condiciones de la modernidad se habían adentrado tanto en el plan constitucional original que la distribución real de poder entre los gobiernos nacional y subnacional se inclinó dramáticamente en favor del poder nacional. El crecimiento del estado administrativo, las exigencias de haber luchado en dos guerras mundiales y la Gran Depresión, y el rol básicamente de apoyo del gobierno federal al movimiento de los derechos civiles le confirió gran legitimidad al gobierno nacional a costa de los estados⁸. Además, durante un periodo que duró más de cuatro décadas, el Tribunal Supremo le concedió legitimidad constitucional a estos desarrollos en una serie de sentencias que ratificaron la inmensa expansión del poder nacional que ha ocurrido en la práctica⁹.

En estas circunstancias, se podría asumir que el poder subnacional en los Estados Unidos se ha vuelto ampliamente irrelevante, pero esto está muy lejos de la verdad. De hecho, aun en condiciones hostiles para el ejercicio eficaz del poder formal subnacional, los estados de la Unión, no obstante, han logrado desarrollar una amplia variedad de técnicas -algunas claramente contempladas por la Constitución, otras, no tanto- para protegerse con éxito del poder nacional, afirmando los intereses de sus ciudadanos contra invasiones del gobierno nacional e influenciando la dirección y el contenido de la política nacional.

1. Amenazas de resistencia violenta. Entre las estrategias extra constitucionales más poderosas -y más arriesgadas- que los estados de la Unión han empleado

⁷ Larry Kramer, Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism, 100 Colum. L. Rev. 215 (2000).

⁸ Feeley and Rubin, supra esolcio 3, págs. 110-15.

⁹ Véase, por ejemplo, NLRB v. Jones & Loughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937); Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111 (1942); Heart of Atlanta Motel v. U.S., 379 U.S. 241 (1964); Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641 (1966).

se encuentra el uso o amenaza de fuerza para resistir ejercicios de poder nacional.¹⁰ Aunque el uso final de la fuerza -la secesión- ha fallado muy mal, en ocasiones, los estados han recurrido a la fuerza de menores y mejor calculadas formas para obtener lo que quieren. La Crisis de la Anulación de 1832 probablemente es el ejemplo más prominente. En aras de protestar un impuesto nacional que suprimía el mercado extranjero, Carolina del Sur creó un ejército pequeño que amenazó con bloquear cualquier esfuerzo de oficiales de la aduana nacional de recolectar el impuesto en el puerto de Charleston. La amenaza de violencia se difundió eventualmente cuando el gobierno nacional tomó medidas cuidadosas para evitar una confrontación abierta, y Carolina del Sur se echó hacia atrás en su amenaza de utilizar la fuerza¹¹.

Otro ejemplo más reciente de alguna amenaza estatal de uso de fuerza es la bravuconada de Arkansas de 1957 en respuesta a esfuerzos nacionales por implementar una orden judicial federal que requería terminar con la segregación racial en la Central High School de Little Rock, la capital estatal. El Gobernador de Arkansas envió a la Guardia Nacional a la escuela para prevenir por la fuerza que los estudiantes demandantes entraran y trataran de terminar con dicha segregación.¹² A medida que se cocinaba una confrontación, el gobernador retiró sus tropas, dejando que los estudiantes se encararan a una turba blanca. El Presidente Eisenhower, entonces, envió una unidad militar estadounidense regular para implementar la orden del tribunal y mantener la paz¹³.

Más recientemente, los estados han amenazado con confrontación física con el gobierno nacional sobre asuntos de política ambiental. En 1988, conforme a una política de Idaho de negarse a aceptar desecho nuclear de fuera de su estado, el Gobernador envió a la policía al borde estatal para confiscar un envío ferroviario de desecho radioactivo generado en una instalación nuclear en Colorado¹⁴.

¹⁰ Los siguientes ejemplos se encuentran en James A. Gardner, *Interpreting State Constitutions* (2005).

¹¹ William W. Freehling, *Prelude to Civil War: The Nullification Controversy in South Carolina, 1816-1836* (1968).

¹² Taylor Branch, *Parting the Waters: America in the King Years, 1954-63* (1989), pág. 222-24.

¹³ *Id.*

¹⁴ Fox Butterfield, *Idaho Firm on Barring Atomic Waste*, *New York Times*, Oct. 23, 1988, 1:32.

2. *Fuerte desafío*. Desde luego, la violencia es solo el método más extremo que los estados emplean a veces para desafiar al gobierno nacional. En una categoría de conducta desafiante que algunos podrían relacionar con la desobediencia civil individual¹⁵, los estados han tomado acción oficial abierta para resistir, impedir o minar la efectividad de ejercicios legales de autoridad nacional. Un ejemplo tiene que ver con la Ley USA Patriot¹⁶, la cual fue promulgada por el Congreso tras los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001. La Ley contenía disposiciones que expandían significativamente la autoridad del gobierno nacional para investigar el terrorismo y detener individuos que fuesen considerados como amenazas a la seguridad doméstica. Algunas de dichas disposiciones crearon serias preocupaciones de derechos civiles. Algunos estados respondieron con legislación que desafió la afirmación de poder nacional de la Ley. Más prominentemente, Alaska, Colorado y Montana proclamaron estatutos que no permitían que personal estatal policial cooperara con oficiales federales en investigaciones antiterroristas bajo los términos descritos en la Ley¹⁷.

Los estados también han proclamado las llamadas “*leyes de libertad de portar armas*”, con el propósito de, -bajo la Cláusula de Comercio-, exceptuar las armas de fuego del poder regulador federal,¹⁸ las leyes de medicalización de la marihuana, dirigidas a legalizar el uso médico de la marihuana, claramente prohibido por las leyes federales antidrogas¹⁹; y las restricciones o abiertas prohibiciones al aborto en circunstancias claramente protegidas por la ley constitucional nacional al momento de la proclama²⁰.

3. *Desafío débil*. El desafío estatal también puede ser más débil o disimulado, como fallar por completo en el cumplimiento o en la implementación de la ley

¹⁵ Jessica Bulman-Pozen and Heather K. Gerken, *Uncooperative Federalism*, 118 Yale L.J. 1256, 1272 (2009).

¹⁶ Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

¹⁷ Bulman-Pozen and Gerken, *supra* escolio15, págs. 1278-79.

¹⁸ John Dinan, *Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism*, 74 Albany L. Rev. 1635, 1650-51 (2011).

¹⁹ *Id.* págs. 1645-49; John Dinan, *How States Talk Back to Washington and Strengthen American Federalism*, Policy Analysis 1 (No. 744, Dec. 3, 2013), págs. 3-4. La validez de las prohibiciones generales al uso de la marihuana se afirmó explícitamente en *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop*, 532 U.S. 483 (2001) y *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

²⁰ Dinan, *How States Talk Back*, *supra* escolio19, págs. 8-10.

federal. Aquí, el estado no desafía la ley nacional abiertamente, sino que, en la pose de hacer valerla, la sabotea con medidas flojas o inapropiadas²¹.

4. *Negación de cooperación necesaria.* No todos los métodos de resistencia estatal a abusos del poder nacional son tan complejos. Cuando el gobierno nacional utiliza su poder de gasto antes que su poder de comercio para proclamar programas a lo largo de la Nación induce a los estados a participar en los programas condicionando recompensas económicas a la participación y cumplimiento estatal. En estas situaciones, los estados podrían resistirse a lo que perciben como abusos de poder nacional simplemente rehusando los incentivos financieros.²² Aunque es mucho más común que los estados acepten fondos nacionales condicionados que el que los rechacen²³, estos han sacrificado ocasionalmente dichos fondos para poder rechazar políticas que ven como adversas para el bien público. Por ejemplo, Nuevo Hampshire se ha negado reiteradamente a proclamar una ley de uso obligatorio de cinturones de seguridad, renunciando así a una porción de su asignación federal de mantenimiento de carreteras y fondos de construcción²⁴. Por años, Nevada y Wisconsin han sacrificado fondos federales de carreteras al declinar bajar su umbral estatutario para sanciones por conducir en estado de embriaguez a un nivel de 0.8 por ciento de alcohol en la sangre, en desafío del ajuste que quiere la ley federal²⁵.

La forma más fuerte de retención de cooperación a la que han recurrido los estados a veces es la prohibición legislativa directa de cooperación de los oficiales estatales y locales. Por ejemplo, algunos estados utilizaron la ley para prohibirle a sus oficiales participar en la implementación de la Ley Federal de Identificación Real, una ley anti-terrorismo diseñada para restringir la capacidad de los terroristas de obtener licencias de conducir de Estados Unidos imponiendo requisitos

²¹ Gardner, *supra* note 10, at 92-93.

²² *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987).

²³ Albert J. Rosenthal, Conditional Spending as a Regulatory Device, 26 San Diego L. Rev. 277-288 (1989); Calvin R. Massey, Etiquette Tips: Some Implications of "Process Federalism," 18 Harv. J. Law and Public Policy 175-226 (1995).

²⁴ Donn Tibbetts, Lift Seat-Belt Sanctions, Merrill Urges DOT Chief, Manchester Union Leader, Jan. 28, 1995, A-1; Editorial, Buckled by Choice: The Useless Seatbelt Mandate, Manchester Union Leader, April 29, 2009.

²⁵ Ed Vogel, Lower Drunken Driving Standard Sought, Las Vegas Review-Journal, Mar. 7, 2001; Amy Rinard, State Pays for Its 0.10 Standard, Milwaukee Journal Sentinel, Apr. 21, 2002.

onerosos en los procesos a través de los cuales los estados otorgan dichas licencias²⁶.

5. *Influencia política.* Aun cuando los estados no tienen el poder de actuar por cuenta propia, tienen medidas enteramente legales de influenciar el contenido de la política nacional. Una herramienta importante de influencia subnacional es la explotación de varias avenidas de influencia política²⁷. Los oficiales estatales a menudo tienen la capacidad, por ejemplo, de presionar a la delegación congresional del estado a trabajar para la implementación a nivel nacional de las políticas que el estado favorece²⁸. A través de dichos medios, los oficiales estatales pueden bloquear legislación que desapruéban antes de que se proclame, u obtener modificaciones de propuestas de políticas nacionales para eliminar o moderar disposiciones a las que se oponen.

Los estados también pueden recurrir a las herramientas de influencia política que empuñan grupos de intereses ordinarios. Por ejemplo, estos han formado una variedad de “*asociaciones comerciales*” especializadas para desarrollar posturas coordinadas y cabildear en el Congreso, que incluyen la Asociación Nacional de Gobernadores, el Consejo Nacional de Legislaturas Estatales, la Liga Nacional de Ciudades, la Asociación Nacional de Condados y ciertas asociaciones de gobernadores regionales y de un solo asunto²⁹.

Adicionalmente, como otros grupos de interés, los estados pueden ejercer presión política en Washington movilizand la opinión pública³⁰. Por ejemplo, los oficiales electos pueden, y a menudo convocan ruedas de prensa para anunciar su oposición a la legislación nacional o a decisiones de políticas³¹.

²⁶ John D. Nugent, *Safeguarding Federalism: How States Protect Their Interests in National Policymaking* 194 (2009); Dinan, *How States Talk Back*, supra escolio19, pág. 5.

²⁷ Herbert Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, 54 Colum. L. Rev. 543 (1954); Jesse Choper, *Judicial Review and the National Political Process* (1980).

²⁸ Donald H. Hadier, *When Governments Come to Washington: Governors, Mayors, and Intergovernmental Lobbying* (1974); Anne Marie Cammisa, *Governments as Interest Groups: Intergovernmental Lobbying and the Federal System* (1995); John Dinan, *State Government Influence in the National Policy Process: Lessons from the 104th Congress*, 27 Publius 129 (1997).

²⁹ Nugent, supra escolio26, págs. 118-126.

³⁰ John Dinan, *Shaping Health Reform: State Government Influence in the Patient Protection and Affordable Care Act*, 41 Publius 395, 404 (2011).

³¹ Id.

6. *Negociaciones y convenios.* Otra herramienta disponible a los estados a la hora de influenciar el ejercicio de poder nacional es la negociación. Aun cuando el gobierno federal tiene la autoridad de actuar unilateralmente -con frecuencia, este es el caso en áreas de autoridad nacional por operación de la Cláusula de Supremacía-, lograr una negociación intergubernamental significativa obviamente requiere que los estados tengan algo que los oficiales federales deseen. Usualmente, lo que los oficiales federales quieren de los estados es cooperación. Dado que la cooperación estatal se puede dar o retener en distintos puntos del proceso de desarrollo e implementación de políticas nacionales, el sistema ofrece numerosas posibilidades de regateo³².

7. *Litigación.* Una manera totalmente legal y formalmente reconocida en que los estados de la Unión influyen el desarrollo de políticas por las ramas legislativas y ejecutivas nacionales es invocar el poder de la rama judicial nacional contra ellos. Los estados a menudo tienen éxito demandando al gobierno federal en tribunales federales en cuanto a alegados abusos de autoridad nacional³³.

Ocasionalmente, los estados no solo han demandado para impugnar políticas federales ya promulgadas como leyes, sino que han usado la amenaza de la litigación para influenciar la creación de políticas nacionales durante su etapa de desarrollo. Por ejemplo, durante el tratamiento congresional de la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Asequible, los gobernadores y los fiscales generales utilizaron la amenaza de demandas “*para tratar de influenciar el diseño del proyecto antes de su promulgación*”³⁴. En otros casos, los estados han creado estrategias coordinadas de legislación y litigación, promulgando legislación que desafía los límites del poder estatal en un esfuerzo de suministrar pruebas para futuras demandas³⁵.

Federalismo canadiense

A continuación, me moveré hacia el norte para considerar la misma incógnita en relación a Canadá: ¿cómo se salen con la suya las provincias canadienses contra el mayor y más rico gobierno nacional? Como veremos, los mecanismos que

³² Erin Ryan, *Federalism and the Tug of War Within* 281 (2011).

³³ E.g., *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

³⁴ Dinan, *Shaping Health Reform*, supra esolío30, pág. 405.

³⁵ Dinan, *How States Talk Back*, supra esolío 19, pág. 8-10.

emplean las provincias canadienses a menudo difieren de aquellos utilizados por los estados de la Unión, y las diferencias se pueden trazar grandemente a distinciones que subyacen en las estructuras constitucionales de los federalismos estadounidense y canadiense.

Bajo la Constitución Canadiense, el poder legislativo nacional está revestido en el Parlamento, que está compuesto de la Cámara de los Comunes y el Senado. El pueblo escoge a los miembros de los Comunes. Los senadores son usualmente asignados por el Gobernador General, un oficial asignado por la Reina, pero la práctica común es que el Gobernador General asigne los puestos solo por recomendación del gabinete³⁶.

Como en los Estados Unidos, el Senado canadiense se originó para servir como foro de representación de los intereses de las provincias. Sin embargo, la posibilidad de que el Senado pueda servir como un foro eficaz para el poder subnacional se sabotó totalmente gracias al método constitucional de asignación. Más que delegarle la asignación de Senadores a las mismas provincias, la constitución se lo otorga, para todo propósito práctico, al gabinete federal, con el predecible resultado de que el Senado se componga de séquitos de aliados escogidos a mano del partido de turno que gobierne en los Comunes. Por consiguiente, históricamente, el Senado no ha servido ni como vehículo de influencia subnacional sobre el poder nacional ni como un supervisor efectivo del poder legislativo nacional de los Comunes³⁷.

Existe la práctica de “*federalismo ejecutivo*”³⁸. Este término describe un proceso de creación de políticas en el que las decisiones de mayor envergadura sobre la política nacional se toman no en deliberaciones de una legislatura nacional representativa, sino a través de negociaciones intergubernamentales entre los jefes ejecutivos de los gobiernos nacional y subnacionales³⁹. En general, se cree que el surgimiento del federalismo ejecutivo en Canadá obedece a un conjunto inusual de interacciones entre las estructuras constitucionales canadienses. Dado que Canadá, contrario a muchas democracias parlamentarias, también es un es-

³⁶ Constitution Act, 1982, Arts. 17, 24, 37; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), 1:21, 282.

³⁷ Id. at 283-284.

³⁸ Se le acredita el término a Smiley. Donald V. Smiley, *The Federal Condition in Canada* (1987).

³⁹ Como lo ha puesto un jurista, “[e]n Canadá, las relaciones intergubernamentales se han vuelto el sustituto del compromiso a través del Parlamento”. David E. Smith, *Federalism and the Constitution of Canada* 93 (2010).

tado federado, se crean las condiciones en las cuales los primeros ministros ejercen un control muy ajustado sobre sus parlamentos, y todo gobierno nacional o subnacional está gobernado por esos ministros inusualmente poderosos. Esto crea condiciones como las internacionales, o aquellas que prevalecen en la Unión Europea, en las cuales los jefes de estado pueden conducir una cantidad considerable de negocios mientras operan fuera de sus procesos legislativos formales⁴⁰.

Herramientas y métodos de influencia subnacional

A continuación, discutiré los métodos concretos que las unidades subnacionales de Canadá utilizan para obtener lo que quieren del gobierno nacional. En resumen, dada la institucionalización del federalismo ejecutivo, el método más común al cual recurren las provincias canadienses es la negociación. Como resultado, las decisiones de mayor importancia relacionadas a la creación de políticas se toman a través de un proceso que Richard Simeon ha llamado muy acertadamente “*diplomacia provincial*”⁴¹.

Negociación y tratados

En este sistema, que se caracteriza por “consulta y negociación extensa que va de caso en caso”⁴², las provincias canadienses buscan influenciar las acciones del gobierno nacional a través de la negociación.

Negociaciones multilaterales abarcadoras. En su forma más pura, el regateo intergubernamental asociado al federalismo ejecutivo ocurre a través de los con-

⁴⁰ Ronald L. Watts, *Executive Federalism: A Comparative Analysis 1* (Queens University Institute of Intergovernmental Relations 1989), <http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/researchpapers/Researchpaper26ExecutiveFederalismWatts.pdf>.

⁴¹ Richard Simeon, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada* (1972).

⁴² Herman Bakvis and A. Brian Tanguay, *Federalism, Political Parties, and the Burden of National Unity: Still Making Federalism Do the Heavy Lifting?*, in Herman Bakvis and Grace Skogstad, *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy* (2d ed., 2008), at 130.

venios colectivos entre los catorce jefes de gobierno. Este tipo de procedimientos podría suscitarse dentro de los confines formales de la institucionalizada y rutinaria Conferencia de Primeros Ministros; o sobre una base más ad hoc en la forma de Reuniones de Primeros Ministros convocadas para lidiar con crisis ocasionales; o una que otra vez, en consultas a puerta cerrada, tras bastidores, y fuera del ojo público.⁴³ Muchas negociaciones intergubernamentales canadienses son manejadas por ministros y burócratas con carteras específicas que actúan como representantes de sus gobiernos⁴⁴.

Una de las negociaciones intergubernamentales abarcadoras más exitosas es el Acuerdo sobre Comercio Interno, un trato entre los gobiernos federal y provincial en 1994 que prohíbe la creación de barreras internas de comercio, garantiza la no-discriminación a oportunidades por motivos de origen o residencia, y compromete a todos los gobiernos a la liberalización del comercio⁴⁵.

Negociaciones bilaterales. Las provincias canadienses también pueden -y lo han hecho frecuentemente- influenciar exitosamente la política nacional a su favor a través de negociaciones bilaterales con el gobierno federal. A veces, las negociaciones bilaterales pueden darse sobre un solo asunto de interés primordial para una o unas cuantas provincias. Un ejemplo muy conocido es la negociación entre Ottawa y las provincias de Terranova y Labrador y Nueva Escocia, que han llevado a lo que se conoce como los Acuerdos Atlánticos. Bajo estos tratos, que le dieron fin a una disputa sobre la titularidad provincial o nacional de depósitos de petróleo encontrados mar adentro, se estableció una Junta de Petróleo en Alta Mar como agencia conjunta provincial-federal para manejar el desarrollo de los recursos en controversia. La fórmula federal de igualación también se ajustó en favor de las dos provincias⁴⁶.

⁴³ Martin Papillon and Richard Simeon, *The Weakest Link? FirstMinisters' Conferences in Canadian Intergovernmental Relations*, in Peter Meekison, Hamish Telford, and Harvey Lazar, eds., *Canada: The State of the Federation, 2002: Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism* (2004), pág. 119 y texto cercano.

⁴⁴ La analogía de Simeon a la diplomacia internacional tiene gran tracción aquí: tal como en el reino internacional, las relaciones intergubernamentales canadienses podrían ser continuadas por los jefes de estado, o por oficiales de niveles progresivamente menores, dependiendo del grado de interés y compromiso que los gobiernos quieren demostrar, consistente con las convenciones diplomáticas.

⁴⁵ Acuerdo sobre Comercio Interno, disponible en [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ait-aci.nsf/vwapj/AIT_agreement_2007-05_en.pdf/\\$FILE/AIT_agreement_2007-05_en.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ait-aci.nsf/vwapj/AIT_agreement_2007-05_en.pdf/$FILE/AIT_agreement_2007-05_en.pdf).

⁴⁶ James P. Feehan, *Equalization 2007: Natural Resources, the Cap, and the Offset Payment Agreements*, in John R. Allan, Thomas J. Courchene, and Christian Leuprecht, eds.,

Otra circunstancia en la cual se llega a arreglos bilaterales es la negociación de la autoridad provincial para salirse por completo de un acuerdo entre el gobierno federal y las otras provincias. Por ejemplo, las negociaciones sobre el Plan de Pensión Canadiense en 1960 resultaron en la inclusión -ante la insistencia de Quebec- de una disposición que le permitiera a las provincias salirse del acuerdo y recuperar por sí mismas fondos perdidos a través de su propio alivio del impuesto de rentas federales en las provincias que ejerzan dicha opción⁴⁷. Este arreglo -no el primero en su categoría. autorizó a Quebec a “*hacerse totalmente responsable de programas manejados en el resto del país por gobiernos federales o provinciales, o por Ottawa sola*”⁴⁸. Aunque las disposiciones de salida a menudo están disponibles para cualquier provincial, regularmente se incluyen aunque solo una o dos provincias expresen interés en ellas.

Negociaciones constitucionales. La combinación en Canadá del federalismo ejecutivo y una fórmula de enmienda constitucional que no requiere participación popular crea condiciones en las que las negociaciones intergubernamentales canadienses se pueden extender no solo a las políticas dentro del entramado constitucional, sino a los términos del mismo entramado básico constitucional. Aun cuando ha sido imposible llegar a un acuerdo en cuanto a las enmiendas constitucionales formales, la negociación intergubernamental, de todas formas, produjo de vez en cuando un equivalente funcional⁴⁹.

Canada: The State of the Federation, 2006/7: Transitions: Fiscal and Political Federalism in an Era of Change (2009).

⁴⁷ Kenneth McRoberts, *Misconceiving Canada: The Struggle for National Unity* 41 (1997); Simeon, *Provincial Diplomacy*, supra esolío 41, págs. 58-59.

⁴⁸ McRoberts, supra esolío 47, pág. 41. Bakvis and Brown llevan un punto similar. Herman Bakvis and Douglas Brown, *PolicyCoordination in Federal Systems: Comparing Intergovernmental Processes and Outcomes in Canada and the United States*, 40 *Publius* 484, 492 (2010). Otro programa abarcador en el cual la participación resultó ser asimétrica fue un acuerdo de desarrollo mercado-laboral llevado a cabo en 1996 que cubría información, la asignación de recursos laborales a distintos mercadosy programas de adiestramiento y mejoramiento de destrezas. Cuando se asentó el polvo, Ontario no pudo llegar a un acuerdo; cinco provincias establecieron convenios en los que los gobiernos federales y provinciales ejecutarían diferentes aspectos de los programas relevantes sujeto a coordinación voluntaria. Herman Bakvis, *Checkerboard Federalism? Labour Market Development Policy in Canada*, in Bakvis and Skogstad, *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy* (2002).

⁴⁹ Simeon, supra esolío 41, pág. 41. Gibbins toma un punto de vista un tanto distinto ante el mismo fenómeno: “*es importante notar la capacidad de las relaciones intergubernamentales de rescribir el libreto federal en Canadá sin la necesidad de un cambio constitucional*”. Roger Gibbins, *Federal Societies, Institutions, and Politics*, in Herman Bakvis

Las iniciativas provinciales, especialmente ante la insistencia de Quebec, ha precipitado rondas de políticas metaconstitucionales, en las que el primer ministro y los jefes de gobierno han acordado reescribir la Constitución Canadiense de maneras abarcadoras y trascendentales. En 1987, un acuerdo -el Acuerdo del Lago Meech- se concluyó en principio. Dicho convenio, entre tantas otras cosas, hubiera reconocido a Quebec como una “*sociedad distinta*”, le hubiera otorgado un rol mayor y asimétrico en la inmigración, le hubiese provisto a cada provincia el poder de vetar enmiendas constitucionales, y hubiese impuesto límites en el poder federal de gasto⁵⁰. Luego de llegar a un trato pero antes de que se pudiese implementar, ciertos cambios inesperados en el liderazgo político de dos provincias eliminaron la unanimidad necesaria para formalizar las enmiendas constitucionales acordadas. Un proceso similar de negociación metaconstitucional se completó en 1992, esta vez con el aval unánime de los líderes provinciales, que resultó en el Acuerdo de Charlottetown. En una movida inusual, sin embargo, el Acuerdo dispuso participación del pueblo en forma de un referéndum nacional, llevando el resultado de las negociaciones constitucionales intergubernamentales a una extraña y angosta derrota⁵¹.

Ignorar al gobierno federal

Sin importar la norma dominante de consultoría y negociación mutua, las provincias canadienses a veces obtienen lo que desean simplemente ignorando al gobierno federal por completo y yendo directamente por las metas provinciales, a través del ejercicio directo y sin mediación del poder provincial. Hasta cierto punto, esto es más posible en Canadá que en otros estados federados dada la gran cantidad de poder que se le asigna constitucionalmente a las provincias.

and William M. Chandler, eds., *Federalism and the Role of the State* 112 (1987).

⁵⁰ Hogg, *supra* esolio 36, 1:72-73.

⁵¹ Para un recuento de la derrota del referéndum de Charlottetown, véase, por ejemplo, Michael Luszti, *Constitutional Paralysis: Why Canadian Constitutional Initiatives Are Doomed to Fail*, 27 *Canadian Journal of Political Science* 747 (1994).

Amenazas

La creación de amenazas constituye el opuesto de la preferencia canadiense de consultoría y negociación intergubernamental, y, aun así, las provincias en ocasiones han empuñado esta herramienta para obtener lo que quieren. El tipo más emblemático de esta amenaza es, por supuesto, la secesión, una táctica empleada por Quebec periódicamente a lo largo de los últimos treinta años, más o menos. Aunque nunca ha estado enteramente claro cuán serias son sus amenazas de separación, la amenaza ha sido suficiente para, por lo menos en dos ocasiones, arrastrar al gobierno federal -y con él, a las otras provincias canadienses- a la mesa de negociación para regateos metaconstitucionales atendidos más quenada para contemplar las quejas de Quebec en aras de mantener el territorio dentro de su Dominio.

Conclusiones

Permítanme ahora ofrecer brevemente algunas conclusiones provisionales sobre este menudo análisis comparativo. Primero, me parece que la Constitución de los Estados Unidos ha llegado a un punto de estabilidad relativa en cuanto a su presente balance entre el poder nacional y el subnacional. El gobierno federal es fuerte, pero los estados han desarrollado un conjunto de métodos de influencia que, unidos, los hacen ver como oponentes eficaces en múltiples instancias.

En contraste, me parece que el balance constitucional entre el poder subnacional y el nacional es inestable en Canadá. Las provincias son poderosas tienen poderosas herramientas a su disposición, y abogan efectivamente para los intereses de sus provincias. Las negociaciones son el vehículo primordial de contienda intergubernamental sobre las políticas, pero tienden a colapsar disputas y negociaciones constitucionales. Dado que la Constitución Canadiense puede ser modificada tan solo por acuerdo ejecutivo, existe una constante tentación de hacerlo. También vemos una serie constante de señuelos, modificaciones y esfuerzos ocasionales de renegociación global del convenio constitucional. Esto sugiere inestabilidad constitucional a largo plazo.

Así, para culminar donde comenzamos, el diseño del federalismo que ofrece la Constitución Canadiense podría no ser tan sostenible como la estructura de

diseño que dispone la Constitución Estadounidense. Esto no necesariamente hace del modelo estadounidense uno ideal por imitación de otros estados que aspiren a un convenio federal sostenible, pero sugiere que el modelo canadiense podría verse con escepticismo como fundamento de un estado federado sostenible.

Defensa de la libertad de Testar* **

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO

El tema de mi discurso se refiere a una manifestación de la libertad, que es una de las bases sobre la que se asienta el Derecho civil.

La protección a la persona, a la que sirve el Derecho civil, se hace de modo sustancial fortaleciendo su libertad de decisión. Por eso la autonomía de la voluntad se erige en principio que informa y preside la regulación de las relaciones privadas, especialmente en el ámbito del negocio jurídico.

Siquiera dicha protección exija una serie de límites connaturales, que se derivan de la responsabilidad por la voluntad expresada (respeto a la palabra dada), de la especial naturaleza de las relaciones que se crean, como la filiación o la convivencia, o de la misma defensa de la libertad, como las normas imperativas de protección al que contrata en situación de inferioridad.

Pero el negocio jurídico de la voluntad libre, por excelencia, es el testamento. El individuo expresa en él sus deseos, su voluntad, no sólo respecto al destino de sus bienes, incluso venciendo al tiempo (fideicomisos), sino también lo que

* Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en sesión espacial del 20 de septiembre de 2016. El académico correspondiente fue presentado por el Sr. académico de número Dr. Juan Carlos Palmero.

** Mis primeras palabras son de agradecimiento a la Academia de Derecho de Córdoba, que me ha honrado con la distinción de académico, integrándome en esta institución de prestigio internacional.

Mi gratitud especial al Dr. Juan Carlos Palmero por las palabras de presentación, llenas de generosidad y de afecto. Es, además, para mí honor especial entrar a formar parte de la nación argentina. Ahora de manera institucional. Pues, sentimentalmente, lo estaba ya desde siempre.

Mi abuelo materno vivió su juventud en esta nación tan querida. Y los nombres de las ciudades de Buenos Aires y General Madariaga, en las que desarrolló su actividad, están unidos a los recuerdos de mi infancia.

A la vuelta de mi vida me encuentro, ahora palpablemente y con especial acogimiento, con el sentimiento inicial, que se consolida y hace que sienta la nación argentina como propia. Muchas gracias por este enriquecimiento espiritual.

quiere para su cuerpo e incluso para su alma. Solo, sin correspectividad, sin contar con la conjunción de otras voluntades, y con la facultad de cambiarla. *Voluntas est lege. Voluntas ambulatoria est.*

Así se concibió, como veremos, por el Derecho romano clásico. En el cual se formuló la máxima “*in dubium pro libertate*”, referida inicialmente al ámbito sucesorio.

Sin embargo, la libertad para disponer mortis causa ha estado sujeta, a lo largo de la historia, a fuertes restricciones, debidas a la influencia de factores sociológicos, económicos, políticos y religiosos.

Aun siendo la sucesión proyección de la persona para después de la muerte, y la libertad el valor clave en las relaciones privadas, el Estado se interpone todavía hoy, en medio mundo, imperativamente, estableciendo una reserva de parte del patrimonio de las personas a favor de otras, de modo excesivo y desajustado, como intentaré demostrar.

Pero conviene hacer, antes, un breve recuerdo histórico.

En el **Derecho Romano**, que tanto rigió e influyó en la evolución del Derecho civil, la libertad de testar sólo estaba limitada por la exigencia de la mención de los hijos en el testamento, pero **podían ser desheredados sin necesidad de justificación alguna**.

Una reserva de parte legítima se introduce a fines de la República, por la vía de un procedimiento especial: la *querella inofficiosi testamenti*.

Mediante este recurso, en el que dominaba el arte de la retórica más que la ciencia del derecho, se atacaba el testamento como injusto (contra el *officium* del afecto familiar) so pretexto de que el testador no estaba en su cabal juicio al disponer de sus bienes (color *insaniae*).

Así, sin principios fijos, se fue sentando la práctica de que los hijos llamados a heredar abintestato debían recibir, si no habían dada causa que pareciere suficiente para desheredarlos, una porción de bienes, cuya cuantía, en un principio, se determinaba por el órgano judicial, atendiendo las circunstancias de cada caso. Posteriormente se fijó en la cuarta parte, y, por último, en un tercio¹.

Pero, en la medida que el *officium pietatis* vuelve a utilizarse hoy por algunos civilistas como equivalente de moral social o moral crítica, para justificar la limitación legítima, es preciso aclarar su verdadera significación.

¹ Alvaro D'Ors “Derecho Privado romano”, pág. 351. EUNSA 2004.

En Derecho romano, el posible componente ético del *officium pietatis* deriva de la especial estructura de la familia romana, en la que el hijo tiene el deber de reverencia y depende del padre para todos los actos de la vida. Por lo que existe, además, un trasfondo jurídico de justicia dada la situación de dependencia y aportación obligada que los sometidos a la potestad del padre hacían de su trabajo e ingresos al patrimonio familiar, del que el padre era titular y “administrador”.

El Derecho romano pervive durante toda la época medieval en los territorios del antiguo Imperio, en la sombra siempre y aflorando de modo más intenso en territorios como Italia, y Cataluña, a través de la escuela de Bolonia. Se puede decir que convive con el Derecho germánico y con las costumbres que se van gestando bajo la influencia del cristianismo.

En lo que se refiere a la libertad de testar, ya fuera por la consolidación de las costumbres germánicas de la comunidad familiar, ya por las conveniencias sociales y políticas, se fue asentando un sistema de fuerte restricción.

E incluso el modelo justiniano de herederos legitimarios colisionaba con el sistema hereditario del periodo medieval, en el que los hijos se consideraban herederos naturales y la única disposición patrimonial admisible era la cuota del alma, introducida por la doctrina de la Iglesia, a través de la obra de San Ambrosio, San Jerónimo y, sobre todo, San Agustín, al aconsejar en sus sermones que los fieles tuvieran a Cristo como un hijo más, dejándole una parte de la herencia como a ellos, aconsejando la caridad. Hasta tal punto que un autor como Schultze consideró que la cuota de libre disposición germánica es una consecuencia de la cuota disponible a favor del alma, producto de la caridad cristiana conforme a la predicación agustiniana.

Los diferentes derechos consuetudinarios desarrollan modalidades muy distintas de sucesión, pero, en general alejadas del modelo romano. Y una fuerte restricción de la libertad de testar se consolidó en la mayoría de los Fueros y Leyes reales, y pervive hoy después de resistir la obra sistemática de la Codificación.

El Código francés, que recibe el impacto de las ideas liberales e individualistas de la Ilustración, que exaltan la autonomía de la voluntad y las facultades omnímodas de disposición, sin embargo, paradójicamente, al considerar que la libertad de testar era fuente de desigualdades y un medio para concentrar la riqueza en pocas manos, establece la obligación de reservar a favor de hijos y ascendientes una parte importante de la herencia.

El Código civil alemán acoge un sistema de limitación a la libertad de testar, siguiendo la concepción germánica de la herencia como propiedad familiar.

También establecen fuertes restricciones el Código civil italiano y los de las demás naciones de Europa continental, salvo los de los países procedentes de la antigua Unión Soviética, que acogen la legítima asistencial.

Especial consideración merece el proceso codificador español, que dio lugar a un debate en relación con las legítimas, de los más apasionantes que se han producido en el mundo del Derecho privado. Defendieron la libertad de testar, de forma brillante y con argumentos de peso, juristas de la talla de Giner de los Ríos, Duran y Bas, Joaquín Costa y Sánchez Román.

Pero finalmente triunfó la tesis del entonces Ministro de Justicia Alonso Martínez, favorable a la legítima tradicional de Castilla. Y el Código Civil español reguló la legítima de los hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge, fijando la de aquéllos, en los dos tercios de la herencia, siquiera un tercio de la misma, el de mejora, es de disposición libre entre los descendientes.

El triunfo de la legítima castellana fue posible gracias a un pacto legislativo que permitió la conservación de los Derechos forales. Y así, al lado del sistema del Código Civil, conviven en España una diversidad de regímenes sucesorios, algunos de amplia libertad, que hace de la legislación española un fenómeno excepcional en la historia del Derecho. Su pervivencia, resistiendo la fuerza de arrastre del Código civil, constituye una demostración de cómo la libertad de testar ha superado la prueba del tiempo, sin que se conozcan efectos perjudiciales desde el punto de vista social y familiar. Así:

Cataluña, conserva la legítima romana de un cuarto de la herencia.

En la mayor parte del País vasco se conservó la legítima de los descendientes (4/5 del caudal, reducida hoy a 1/3) pero con una amplia libertad para distribuirla entre los sucesores de cada línea, apartando a los demás (legítima colectiva).² En el territorio de Ayala, en Álava, rige la absoluta libertad de testar.

En Aragón subsistió la legítima colectiva de los referida a los descendientes (2/3 del caudal, hoy reducida a 1/2).

En Navarra rige el sistema de absoluta libertad de testar.

Amplia libertad que se complementa con la obligación de alimentos a favor de los descendientes, y con el usufructo viudal, de fuerte carácter familiar, que no sucesorio.

² Completada por la troncalidad con la que se trata de evitar que los patrimonios se desvíen de la línea familiar de procedencia, a voluntad del heredero.

Pero en la mayor parte de la Europa continental triunfó y sigue vigente un sistema de fuerte limitación a la libertad de testar. Que se expandió a la mayoría de los países iberoamericanos, los cuales conservan sistemas restrictivos. Salvo Cuba, que siguiendo el de los antiguos países comunistas, acoge un sistema de legítima asistencial, limitada a parientes necesitados.

Contrasta con lo sucedido en el ámbito anglosajón. El liberalismo que triunfó plenamente en Inglaterra proyectó su influencia en el Derecho civil, y se manifestó en el reconocimiento del derecho de propiedad como derecho absoluto, que implica la libertad de transmisión tanto inter vivos como mortis causa.

Sólo el testador decide cómo se va a distribuir su herencia y quien va a recibirla, y la ley respalda el derecho de cada individuo a disponer de sus bienes por muy excéntrica que pueda parecer tal decisión a otras personas, a salvo la obligación de alimentos.

La libertad de testar así concebida se ha extendido por casi todos los países de la órbita del *common law*, e incluso a los de tradición hispana más cercanos geográficamente a los EEUU, como México, Costa rica, Honduras y Panamá.

Esta es, en síntesis, la situación legal actual.

Después de publicado el Código civil, en España la polémica que le había precedido, sobre la pertinencia de las legítimas, se acalló. Y los juristas no se preocuparon de los efectos de la restricción de la libertad en el ámbito familiar y social. Se limitaron a analizar los problemas técnicos que se derivan de su regulación, al que dedicaron toda su atención y estudio.

Así, los civilistas, incluso los que con más profundidad estudiaron las legítimas, eluden los problemas que en la realidad social y familiar plantea tan fuerte sistema restrictivo. Se han limitado a desplegar el ingenio interpretativo, tratando de flexibilizar el sistema, pero sin ponerlo en cuestión.

La mayoría de los juristas teóricos actuales siguen apegados, como luego veremos, al sistema legitimario tradicional, que consideran núcleo duro del Derecho sucesorio. Y a lo más que llegan es a proponer una reducción de la cuantía de las legítimas y una mayor flexibilidad cualitativa.

Pero los estudios del Derecho, con la mirada puesta en las necesidades reales de la vida, si se quiere que tengan verdadera eficacia, no puede limitarse a tímidos y a veces ingeniosos esfuerzos interpretativos, con el fin de sacar algún provecho de preceptos legales, a pesar de que se consideren estrechos e injustos. El

jurista tiene, a mi juicio, que denunciar y proponer las soluciones adecuadas, sin apegos inerciales basados en la veneración de normas, aunque estén desajustadas.

Por mi profesión de Notario, he podido comprobar que el sistema legitimario provoca serios problemas de justicia, limitando en exceso y sin fundamento sólido una de sus coordenadas, que es la libertad. Y también que causa un sentimiento de rechazo cada vez más generalizado en las personas que pretenden otorgar testamento.

En los despachos notariales se plantean, cada vez con más frecuencia, problemas como los siguientes:

Marido y mujer quieren otorgar testamento de modo que la propiedad plena de sus bienes, que, en la mayoría de los casos, se reducen a la vivienda y el mobiliario, pase íntegro al sobreviviente sin límites ni obligación de compensar a los descendientes. Pero la ley se lo impide.

Una persona desea dejar sus bienes al hijo que le cuida, pues sus otros hijos, ya situados, le visitan protocolariamente de vez en cuando. La ley se lo impide.

Una persona, a la que sus hijos ya mayores e independientes ni le ayudan en su negocio, ni se interesan por su vida, quiere designar libremente al heredero que continúe la empresa, y que el resto de sus bienes pasen a una institución que le recoja y atienda en su vejez.

Un padre viudo, que es dueño de un negocio, tiene un solo hijo soltero, ya mayor, que no muestra el menor interés por continuar la obra de su padre, salvo el de retirar de sus beneficios una cantidad para vivir cómodamente. Pretende hacer testamento de modo que el hijo no pueda acceder más que a lo necesario para cubrir sus necesidades.

Una persona casada y sin hijos, cuyo patrimonio lo constituye la vivienda, o, a lo más, el negocio conjunto, adquiridos con su esfuerzo, no puede dejárselo íntegro a su cónyuge. Pues la ley se lo impide con la legítima de los ascendientes.

En todos estos supuestos, y, generalmente casi siempre y en todo caso, los testadores se llevan una sorpresa al comprobar que la propiedad de lo que han ganado con el esfuerzo de muchos años está sometida a fuertes limitaciones. Y manifiestan rechazo y un sentimiento de injusticia, exclamando: pero ¿qué ley es esa!³

³ La justicia normalmente y de modo primario se manifiesta no como el resultado de un

Incluso en los casos en los que su voluntad no queda alterada por la imposición legal, les resulta chocante e inadmisibile; pues tal imposición resta valor a la generosidad, dejando en la sombra la causa de la disposición que es el amor o el afecto; oculta y desvalorizada por la imperatividad de la ley.

En la mayoría de los casos, los que otorgan testamento, lo hacen resignadamente, con la conciencia de que el Estado les está privando de un derecho tan sustancial como el de poder disponer libremente de sus bienes; la mayor parte de las veces en un momento tan delicado como es el de la jubilación o vejez. Y también de la posibilidad de ejercer la equidad mediante una distribución que les permita tener en cuenta comportamientos, afectos y méritos, que sólo ellos están en condiciones de conocer.

Por lo tanto, creo que también el jurista debe preguntarse qué ley es ésta. Y hacer una reflexión sobre el fundamento actual del sistema legitimario, analizar las razones por las que un gran número de ciudadanos manifiestan tal rechazo; y si no ha llegado la hora de modificar el sistema sucesorio para adaptarlo a las necesidades del tiempo en que vivimos.

Ante este panorama, en el año 1995, propuse a la Academia Sevillana del Notariado que entonces presidía, tratar el problema a fondo mediante estudios que analizaran rigurosamente las causas de lo que ya se percibía como una anomalía legal. Se inició con el trabajo del notario Adolfo Calatayud, quien, con seria argumentación, defendió la libertad de testar.

En el año 2005, solicité a la Asociación de Notarios Joaquín Costa que organizase un seminario sobre el problema de las legítimas. Se hizo en el Colegio Notarial de Madrid. Intervino como moderador Vallet De Goytisolo. Se presentaron tres ponencias: la del magistrado del Tribunal Supremo O'Callahan, y las del Notario Rafael Leña y la mía, las tres coincidentes en la defensa de la libertad de testar.

En el año 2012 presenté al Congreso del Notariado Español una ponencia titulada "La libertad de testar. Una reforma necesaria". Que dio lugar a un trabajo que se publicó en la Revista Internacional del Notariado, editada en Buenos Aires.

En las conclusiones del Congreso se aprobó que *"10.-Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las le-*

proceso intelectual, sino como un sentimiento, como una reacción psíquica de sufrimiento e indignación.

gítimas o bien modificando su sistema de protección y reduciendo su cuantía y ámbito personal”.

Contrasta la opinión de los Notarios con la de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en las Jornadas celebradas en Santander en 2006, que rechazó la propuesta de suprimir la legítima de los descendientes, aceptando su reducción a la mitad del caudal hereditario. En las Conclusiones de dichas Jornadas se recomendó la necesidad de abrir un debate sobre la reducción de la legítima de los descendientes y la generalización de su pago en dinero. Y se consideró que una modificación sustancial del sistema legitimario, “núcleo duro” del Derecho de Sucesiones, requiere particulares estudios y amplio consenso, ya que el valor simbólico de estas reglas es muy fuerte.

Sin embargo, en los últimos años cada vez son más los juristas que defienden la libertad de testar y, desde luego, una reducción considerable de las legítimas.

El propio legislador ha tomado conciencia del problema, mediante modificaciones para aligerar las restricciones, movido por la necesidad de proteger a discapacitados y de mantener viva la empresa familiar.

Así, las del Código civil español, al permitir gravámenes sobre la legítima y la posibilidad de pago en dinero. La Ley gallega de 2006 que la reduce a la cuarta parte. La aragonesa de 2011 que la reduce a la mitad de la herencia, y la del País Vasco de 2015 a un tercio.

Especial mención merece la reforma del Código civil de Cataluña por Ley N° 25/2010 de 29 de julio, en cuyo Preámbulo se dice que la reducción de los derechos de los legitimarios es ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en la que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores.

Los Códigos francés, italiano y alemán han sido modificados para favorecer a personas discapacitadas y la conservación de la empresa familiar.

También el nuevo Código civil de Argentina, aunque muy tímidamente, reduce la tradicional legítima, sin atreverse el legislador a introducir la libertad del tercio de mejora, que queda limitada a discapacitados (mejora asistencial).

Sin embargo, existe todavía una fuerte resistencia por parte, sobre todo, de los civilistas profesores hacia la libertad de testar. Utilizan para defender la pervivencia de las legítimas una serie de argumentos, que analizaré a continuación.

1º Se dice por algún autor que su supresión supondría un salto o bandazo que no es conveniente ni prudente realizar, teniendo en cuenta el peso de la tradición de tantos siglos y el carácter simbólico que la legítima tiene como elemento de protección de la familia. Aunque se reconoce la conveniencia de una reducción sucesiva de la cuantía.

Pero si se admite la pertinencia de la reducción sucesiva, lo que implica el reconocimiento de la falta de un fundamento sólido de la misma, retrasar la solución justa en base a la tradición o su carácter simbólico carece de consistencia.

En principio, la tradición como base de una norma carece de solidez si no existe un fundamento jurídico de peso añadido. Como pudiera ser, en el caso de la legítima, la protección a personas respecto de las cuales existe un deber de ayuda basada en la necesidad de atenderlas por su edad o discapacidad, como veremos.

Pero, además, los cambios sociales que afectan a la estructura de la familia, operados en los últimos años, hacen que el supuesto de hecho de la norma que ampara la legítima haya cambiado sustancialmente, y que la llamada a la tradición sea inoportuna.

Veamos tales cambios:

a.- El valor y significado del patrimonio en relación con la familia ha variado sustancialmente. Ya no es un factor de cohesión.

La casa ya no es referencia de una familia. La vivienda se ha hecho fungible.

También las fincas rústicas, que, normalmente se integran en una empresa agraria, bajo el manto de una sociedad atomizada en múltiples participaciones sociales.

En cuanto a la empresa familiar, en la que el nombre de la familia suele eludirse para que no resulte dañado por posibles avatares económicos adversos, los efectos perturbadores de la legítima son hoy más evidentes. Hasta tal punto que han sido causa de las modificaciones legislativas antes señaladas.

Hemos asistido, también, a la extinción de los oficios artesanales y cualificados de transmisión familiar, basados en un aprendizaje largo y minucioso, que sólo la convivencia constante y el apego o afección adquirida desde edad muy temprana permitió que sobrevivieran. Los hijos ya no trabajan en el taller u oficio de sus padres, de cuya dedicación resultaban lógicas expectativas hereditarias.

Los padres ya “no se sirven”, como en otros tiempos, de los hijos para que les ayuden en su profesión o empresa, sino que, por el contrario, normalmente destinan una parte importante de sus ingresos en favor de los hijos, para darles formación independiente y según sus preferencias⁴.

Ante esta situación de ausencia de vínculos socio familiares en relación con el patrimonio, ya no podemos fundar la legítima en la conveniencia de la continuidad de aquél en la familia, ni en el aspecto retributivo que pudiera tener la legítima debido a la colaboración y dependencia profesional, hoy inexistentes en gran parte de los casos.

b.- Desde otro punto de vista, el de la relación personal y afectiva entre padres e hijos, el cambio ha sido también profundo. Frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, actualmente predomina el distanciamiento físico y afectivo, que termina en soledad y abandono en muchos casos; especialmente cuando los padres se hacen mayores y se convierten en una carga, que los hijos, atareados en el quehacer múltiple y absorbidos y envueltos en el vertiginoso ritmo de vida actual, no están dispuestos a asumir.

En este trance, a las personas mayores no les queda otra opción que vivir solas los años en los que más necesitarían la integración con las nuevas generaciones, sin atención afectiva ni económica, mientras físicamente puedan, y, luego, la de trasladarse a una residencia en la que terminan aislados familiar y socialmente.

c.- Tampoco podemos olvidar que cada vez son más las personas con familias diversas, como consecuencia de divorcios y nuevas relaciones. Entonces, el distanciamiento de algunos de los hijos puede ser todavía mayor, sobre todo cuando la separación se produjo a edades muy tempranas.

d.- También afecta a la convivencia familiar el aumento de la expectativa de vida, que genera distanciamiento de los descendientes, ya que en muchos casos implica una carga asistencial, que no están dispuestos o en condiciones de asumir. Sin que se pueda olvidar que, normalmente, cuando fallecen los padres los hijos están ya situados, y, en muchas ocasiones, mejor que sus progenitores.

Todos estos factores de aislamiento intergeneracional provocan la necesidad de asegurar la propia protección y cuidado del testador hasta el día de su fallecimiento. Ya sea a través de disposiciones condicionales o modales, que chocan

⁴ La mecanización y robotización han ido desplazando los oficios artesanales, basados en la experiencia de un maestro.

con la intangibilidad de la legítima, o mediante la disposición libre a favor de las personas que lo merezcan, que una cuota legitimaria ciega e impuesta impide.

Ante esta nueva situación, a la que se ha llegado a causa de los cambios acaecidos en nuestra sociedad, la apelación a la tradición queda en vacío. Menos consistencia todavía tiene el carácter simbólico de la legítima; en la medida que ésta limita gravemente la facultad de disposición, ínsita en el derecho de propiedad.

2º Otro de los argumentos que se aducen a favor de la legítima es la solidaridad familiar intergeneracional.

El mismo Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 19 de abril de 2005, blindó la legítima marcando al legislador ordinario los límites y principios a los que tiene que sujetarse en base a aquella exigencia. Consideró dicho Tribunal que la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente, pues a pesar de los cambios progresivos en la evolución de las estructuras familiares, la legítima no pierde vigencia, y sus fundamentos aún se explican en base a los principios de solidaridad familiar y el de protección a la familia.

El Tribunal alemán, de modo dogmático e irreal considera que el patrimonio de padres e hijos se mantiene e incrementa gracias a la ayuda mutua y recíproca entre ellos.

Pero, aparte de la inconsistencia de aseveración tan radical, la solidaridad como fundamento de una restricción a la libertad sólo podría aceptarse jurídicamente cuando se refiere a personas necesitadas, lo que daría paso a una obligación de asistencia o de alimentos.

La solidaridad no puede constituir fundamento razonable para imponer el reparto o atribución forzosa a favor de personas a las que después de haber dedicado atenciones y desvelos durante media vida, de ayudarles en las necesidades de la niñez, sufrir las preocupaciones de la adolescencia, soportar los gastos y dedicación que requiere su formación integral, tengan, además, que dejarles forzosamente buena parte del resto que quede de su patrimonio. En tal caso no se puede hablar de solidaridad, en cambio sí de falta de equidad.

3º Otras de las razones que se utilizan es la moral social o moral crítica.

Aun reconociendo que la libertad de testar es el sistema más adecuado, algún autor, volviendo la mirada al viejo "*officium pietatis*" romano, pone de relieve la importancia que pudieran tener la moral social y la moral crítica como

criterios para rechazar contenidos testamentarios que “aparezcan como arbitrarios o injustificados”; y sugiere la utilidad de considerar el normal proceder de los testadores, que se entiende reflejado en el orden legal de suceder abintestato, como criterio generalmente justo, predeterminado por el legislador por razones de corrección, del que acaso los particulares sólo podrían desviarse por buenos motivos, es decir, por una “causa lícita” suficiente para legitimar la disposición.

Con lo que se desvía la solución del problema hacia una técnica semejante a la desheredación, causalizando la disposición en base al concepto difuso de moral social.

Sin embargo, el simple carácter supletorio del orden de suceder abintestato demuestra que la libre disposición debe ser prioritaria. Además, si se aplica aquella solución, la supresión de la legítima sería más dañosa para la libertad, ya que el sistema legitimario ofrece un mayor margen de disposición que el igualitario de la sucesión intestada.

En una sociedad avanzada el criterio moral no pueda basarse sólo en el parentesco, que tiene que ver más con la perpetuación del linaje o la estirpe. El parentesco, por sí solo, no puede constituir fundamento ético si no le acompañan otras circunstancias, como necesidades derivadas de la edad o de discapacidades.

Una moral auténtica nos lleva a preferir a personas que ayuden y asistan con dedicación y afecto al testador, o que puedan continuar con eficacia la obra social emprendida o proyectada por él. Y desde luego, a la atención a los más necesitados, directamente o a través de fundaciones u otras instituciones.

4º Por último se dice que la legítima es el medio de evitar la captación de voluntad de los padres de edad avanzada y los comportamientos oportunistas. Se entiende que las legítimas supondrían un freno o cinturón de seguridad frente a decisiones “erróneas” o debidas a “influencias excesivas”, considerando como tales las que desvían el patrimonio de su normal trayectoria familiar, es decir, las que marginan a los llamados “herederos forzosos”. Sin embargo, es preciso tener en cuenta:

1º Que el peligro de influencias afectivas existe en todos los actos de la vida, cualquiera que sea la edad y la situación en que una persona se encuentre.

2º Se incurriría en una injusta solución generalizadora, pues para evitar un comportamiento irregular excepcional, quedarían afectados todos los testadores.

3º El sistema de legítimas, y más con la reducción que se está operando en la mayoría de las legislaciones, es inadecuado para resolver el problema de la captación, pues siempre quedará un amplio margen de libertad “captada”.

4º Se pretende resolver un problema con un instrumento jurídico excesivo e inadecuado. Pues el Derecho tiene medios equilibrados y apropiados para ello. El preventivo de la intervención asesora y controladora notarial y el decisorio judicial que determinará si la disposición deberá quedar sin efecto por falta de capacidad o por consentimiento viciado.

Los problemas de “voluntad extravagante”, “testador vulnerable”, “limitada autonomía de personas de avanzada edad”, que siempre han existido, son problemas de incapacidad o de voluntad viciada, y en base a ello tendrán que resolverse.

Para lo cual sería conveniente impulsar medidas preventivas de defensa de la libertad. Regulando el amparo del negocio jurídico, a través de una actuación notarial rigurosa, que permita desvelar interferencias captatorias, así como comprobar la coherencia necesaria que evidencie el consentimiento libre y no viciado de los testadores.

Analizada la evolución legal del sistema legitimario, los cambios sociales operados, los problemas que plantea de equidad, el rechazo cada vez más extendido en los testadores, la resistencia de los civilistas contra la libertad de testar y sus argumentos, corresponde ahora exponer las razones para sustituir el sistema de límites por uno de libertad de testar.

La mayoría de las Constituciones acogen como derechos fundamentales la propiedad y la herencia, que no son más que derivaciones lógicas de la libertad, necesaria para el pleno desarrollo de la personalidad.

La libertad de disposición de los bienes para después de la muerte constituye contenido esencial del derecho de propiedad y de la herencia.

El Estado no puede imponerse a la voluntad del propietario señalando ciegamente qué tiene que hacer y cuál deber ser el reparto de sus bienes, en beneficio de unas personas que probablemente estén desvinculadas del grupo familiar, y cuyas cualidades y merecimientos sólo el propietario puede sopesar. El Estado no puede limitar la libertad de disposición vulnerando un derecho básico, salvo que exista razón de peso.

Tal razón o fundamento sólo podrá ser una función social. El quid está pues en saber si las legítimas cumplen hoy esa función social delimitadora.

No puede negarse que, pese a la polémica que suscitó siempre el fundamento de las legítimas, pudieron cumplir una función de equidad en un momento histórico en el que el poder del padre de familia condicionaba gravemente el porvenir de sus hijos, quienes, a la vez, contribuían con su esfuerzo al mantenimiento y desarrollo de la economía familiar.

Hoy, como ya hemos visto, se ha producido el fenómeno inverso. Los padres atienden a los hijos no sólo hasta la mayoría de edad, sino hasta que logran situarse social y económicamente, hasta que logran plena independencia. Para lo cual detraen de su patrimonio los recursos necesarios.

Una vez situados, los hijos siguen una trayectoria vital autónoma, y, en muchos casos, desentendida y desprovista de relación con los padres, hasta llegar a la despreocupación por ellos cuando se convierten en una carga⁵.

Pero, además, una atribución legal imperativa y ciega, al margen del mérito, a salvo los deberes a los que luego aludiré, crea unas expectativas que restan incentivo al esfuerzo personal, que es parte de la formación de los hijos, que los padres deben propiciar. La obligación de los padres de dejarles parte de sus bienes, al margen de su comportamiento, es también causa de desvíos y desatenciones que afectan negativamente a la cohesión familiar, a la que apelan los defensores de las legítimas.

Por otra parte, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, que la mayoría de los patrimonios están constituidos por la vivienda y, a lo más, un fondo de previsión que los padres van creando precisamente con el fin de atender a las necesidades de la familia que de ellos depende y luego las suyas propias, para cuando carezcan de energía y fuerza vital y no puedan generar nuevos recursos. Patrimonio resultante de muchos años de esfuerzo personal o compartido con el cónyuge, que les queda después de detraer un parte sustancial para mantener y formar a sus hijos.

En segundo lugar, que la familia ya no es una comunidad objetivada, al margen de afectos y desafectos, unida por apellidos y un patrimonio. La fuerza de la familia de hoy está en su intimidad, vinculada al amor y a la ayuda recíproca; aspectos que sólo el testador puede apreciar.

⁵ Resulta muy revelador, y paradójico a la vez, que hoy los hijos mientras permanecen solteros, continúen, en muchos casos, viviendo con sus padres o, mejor dicho, utilizando la vivienda y los servicios gratuitos de sus padres, sin contribuir para nada al sostenimiento de los gastos comunes. Y que aun casados se sirvan de sus padres ya ancianos para que les cuiden a sus propios hijos y les faciliten el descanso.

En tal situación la legítima no sólo no cumple función social alguna, sino que se ha convertido en un grave escollo para el desarrollo libre e independiente de la persona en el momento más delicado de su vida, que es el de la vejez. En el que la libertad de disposición de su patrimonio cumple una función primordial, que es subvenir a las atenciones que su vida reclama, sirviendo de substrato económico para que la persona pueda vivir plena y dignamente hasta el momento de su muerte.

La legítima constituye hoy, pues, una causa de desprotección familiar, de una parte, de la familia, que son los padres, que también son familia, precisamente la más necesitada y la generatriz, en beneficio de la otra parte que tiene su independencia, con la que han cumplido sus deberes y que ya no necesita especial protección.

Por eso existe cada vez más rechazo e inquietud cuando, a la hora de testar, se comprueban las restricciones impuestas por el legislador, y no convence ni el argumento de que ha sido siempre así históricamente, ni el de que con tales limitaciones se evitan los casos (excepcionales) de voluntad manipulada, ni el de una solidaridad indiscriminada, que se traduce en inequidad, tal como hemos visto.

Por eso la libertad de testar es hoy el instrumento más idóneo para ajustar el patrimonio a su finalidad, que es facilitar la proyección personal de su creador o titular, permitiendo que fije su destino del modo que cree conveniente. Pues el testador es el que puede conocer y sopesar todas las circunstancias y, por lo tanto, el que con mayor aproximación puede ejercer la equidad, y atender de modo más certero a la conservación de los patrimonios dinámicos, como la empresa, evitando su desintegración.

Solamente la protección de la parte de la familia que lo necesite y en la medida que lo necesite será razón para su limitación. Por ello, la libertad de testar deberá entenderse, sin perjuicio de los deberes de asistencia a los hijos durante su minoría de edad y aún después, hasta que puedan adquirir independencia económica, y en los casos de discapacidad, y a los ascendientes y al cónyuge o conviviente en este último supuesto.

Deberes que originan obligaciones y derechos correlativos, que no son, en sentido estricto, límites a la libertad de disposición sino obligaciones razonables derivadas de responsabilidades contraídas por las personas; que si no se cumplen en vida del causante inciden lógicamente en el ámbito sucesorio. Y cuya cuantía

debería determinarse en función de las necesidades que merezcan protección. No mediante una cuota fija, que difícilmente será proporcionada; ya que al depender de la cuantía de la herencia resultará normalmente insuficiente o excesiva.

El legislador debe tomar conciencia del problema y dictar las normas adecuadas. Pero al jurista compete señalar la insuficiencia o inadecuación de las leyes y proponer soluciones justas. Concretamente, en este caso, deberá denunciar que el sistema legitimario de la mayoría de los países no responde ya a las necesidades reales, y que su regulación es desproporcionada y, por lo tanto, injusta.

En base a las reflexiones expuestas en este discurso, considerando los cambios operados en la realidad social, el rechazo a la limitación legitimaria que de modo generalizado se advierte en los testadores, la falta de un fundamento consistente de la legítima, habrá que concluir que la libertad de disposición mortis causa responde hoy con mayor aproximación a las exigencias de la equidad, y que en cuanto constituye contenido esencial del derecho de propiedad y de la herencia merece y exige el amparo del legislador.

Es pues necesario que se impulse una modificación del sistema, en el que se recoja la libertad de disponer mortis causa, suprimiendo el privilegio de adquirir bienes por razón de parentesco forzando la voluntad de su titular, y, por lo tanto, al margen del afecto, del esfuerzo y del mérito. Sin perjuicio de las repercusiones sucesorias que se deriven de los deberes referidos de atención y alimentos.

Termino este discurso en defensa de la libertad de testar con unas palabras, esclarecedoras, que la escritora y jurista gallega Concepción Arenal dijo, hace más de un siglo⁶:

“Me parece altamente filosófico y equitativo el modo que tiene la Iglesia Católica de comprender los deberes de los padres, y que expresa el Catecismo diciendo que deben a sus hijos alimentarlos, enseñarlos, darles buen ejemplo; no dice dejarles herencias, ni procurar enriquecerlos. El precepto es claro como la justicia, sencillo como la verdad: alimentar a sus hijos, sostener su cuerpo, darles enseñanza y buen ejemplo, sostener su espíritu, darles estado, educar su inteligencia y,

⁶ La cuestión social: Cartas a un señor, 21ª.

por todos estos medios, ponerlos en condiciones de que quieran y puedan trabajar con fruto y sean hombres honrados, dichosos, cuanto es posible, y útiles a la sociedad. Ningún hijo en razón puede exigir más de su padre, que después que le ha dado esto podrá darle más porque quiera, no porque le deba ya cosa alguna”.



**La impronta de Jorge De La Rúa en el Instituto de
Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**

Palabras del Sr. académico de número y
Director del Instituto de Ciencias Penales,
DR. CARLOS J. LASCANO

Señor Presidente de la Academia, Dr. Juan Carlos Palmero
Señores integrantes de la Mesa Directiva de la Academia
Señores Académicos de Número e integrantes del Instituto de Ciencias Penales
Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Dr. Domingo Sesin, y Señora Vocal de ese Alto Cuerpo, Dra. Aída Lucía Tarditti
Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia, Dr. Luis Eugenio Angulo
Señores Vocales de los Tribunales Orales Federales en lo Criminal números 1 y 2 de Córdoba, Dres. José Vicente Muscará y José Fabián Asís
Señor Vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Dr. Ignacio María Vélez Funes
Señores Magistrados federales y provinciales
Queridos Angelina, María Antonia, nietos y nietas, al igual que otros familiares y amigos del Dr. Jorge de la Rúa
Señoras y señores

En primer lugar, deseo agradecer a todos Uds. su presencia en este trascendente acto institucional.

El Instituto de Ciencias Penales, a partir de hoy lleva el nombre del Dr. Jorge de la Rúa. En representación de los miembros del Instituto, quienes tuvimos la iniciativa de rendir de este modo un justo homenaje a la memoria de quien

honró la función de Director, agradecemos a los Señores Académicos integrantes de la Mesa Directiva de esta corporación por haber aceptado nuestra propuesta.

En esta oportunidad no puedo referirme -como ya lo hice en otros ámbitos- a la fructífera actuación de nuestro querido homenajeado como jurista de nota, universitario de vocación, recto servidor público, hombre de bien, amante esposo, padre y abuelo, quien hizo realidad las enseñanzas de su maestro Ricardo Nuñez: *“siempre decir lo que se piensa, siempre hacer lo que se dice”*.

Sin poder sustraerme al profundo respeto, cariño y gratitud por lo mucho que él aportó a mi formación y a mi vida, como sucesor del Dr. Jorge de la Rúa en la conducción de este Instituto, debo centrar mi exposición en algunas reflexiones sobre su valioso desempeño al frente de aquél.

El 20 de diciembre de 1990, por acta 9/90 el pleno de la Academia aprobó la creación del “*Instituto de Derecho Penal y Criminología*”, estableciendo la designación de su Director en fecha posterior. A su vez el 22 de marzo de 1991, el pleno eligió al académico de número, Dr. Daniel Pablo Carrera. Con fecha 22 de mayo de 1995, el Dr. Carrera presentó su renuncia al Instituto por razones particulares y por acta 2/95 se designa como nuevo Director al académico de número Dr. Justo Laje Anaya, quien ocupó dicho cargo hasta su renuncia como académico de número.

Con fecha 15 de diciembre de 2009, por acta 24/09 a propuesta del Dr. Jorge de la Rúa, se renuevan las actividades del Instituto bajo una nueva denominación “*Instituto de Ciencias Penales*”, siendo designado el académico de número Jorge de la Rúa como Director, el académico de número Dr. José I. Cafferata Nores como coordinador de Derecho Procesal Penal. y quien les habla como coordinador de Derecho Penal.

Al crearse el 12 de noviembre de 2013 el Instituto de Derecho Procesal, se disuelve la Sección de Derecho Procesal Penal dentro del Instituto de Ciencias Penales. En la sesión del 1º de abril de 2014, el Director del Instituto de Ciencias Penales, Dr. Jorge de la Rúa presenta su renuncia por motivos personales y es designado como nuevo Director el suscripto, quien propició y logró que la Mesa Directiva nombrara al Dr. Jorge de la Rúa como Director Honorario del Instituto, misión que cumplió activamente hasta su lamentable deceso ocurrido el pasado 15 de agosto de 2015.

Por haber trabajado casi seis años junto a mi Maestro en este Instituto, puedo dar fe que gracias a su voluntad e iniciativa fue posible poner en marcha

efectivamente la labor investigativa que constituye el fin primordial del Instituto, el cual se benefició con la impronta que le imprimieron su capacidad, su dedicación y sus ideas, tanto como Director cuanto como Director Honorario.

Jorge de la Rúa -junto a Julio Maier, José Ignacio Cafferata Nores y otros destacados juristas- lideró en nuestro país la tendencia doctrinaria favorable a restringir la intervención punitiva estatal en base a criterios de racionalidad y eficacia en la disponibilidad de la acción penal pública. En esa línea escribió: *“Con el pacífico reconocimiento de la imposibilidad de la aplicación plena del principio de legalidad, y la consecuente selectividad del sistema penal, la discusión sobre la disponibilidad, en la medida que pretende superar criterios ocultos o distorsionados, se ha colocado en el centro de la temática del Derecho Penal argentino. Se trata de una materia nacional, no obstante que algunas provincias como Mendoza han fijado sus propias reglas, pero no se ha avanzado en la legislación sustantiva. La discusión va en paralelo con la necesidad de un ministerio público independiente y confiable, en el que se deposite el poder de la oportunidad”*¹.

Por ello, resultó decisivo el impulso que en los años 2010 y 2011 le dio -como Director de nuestro Instituto- al proyecto de investigación realizado por ambas secciones del Instituto (Derecho Penal y Procesal Penal) sobre los *“Nuevos paradigmas en la persecución penal. Criterios de oportunidad”*, sin dudas un tema de gran actualidad y significativa trascendencia en nuestro país.

En la presentación de esa obra colectiva, el Dr. Jorge de la Rúa expresó: *“En nuestro sistema constitucional es posible un sistema de oportunidad, en tanto no afecte la igualdad ante la ley. Empero, si bien es prevaleciente doctrinariamente la concepción de que corresponde al Congreso de la Nación la regulación del ejercicio y extinción de las acciones penales, hoy la oportunidad se filtra por dos vías. En primer lugar, porque la impaciencia del legislador provincial, ante la morosidad del Congreso a adoptar un sistema que flexibilice el rígido legalismo, lo ha llevado a legislar, considerando materias procesales, formas de ejercicio, suspensión y, larvadamente, de extinción de la acción penal, al margen de la legislación penal sustantiva. La jurisprudencia local convalida esa legislación. El trabajo de la sección de derecho procesal muestra cómo esta posición se ha difundido, con mengua de la igualdad, y rige en relación a la mayoría de la población argentina. Otra vía, siguiendo los mismos objetivos, es la de sostener que esas facultades son provin-*

¹ *Disponibilidad de la acción*, “Revista del Colegio de Abogados de Córdoba”, enero de 1996, en “Derecho y Democracia”, 2007, pág. 101.

ciales, al considerar que la competencia nacional es solo un artificio ordenador creado por Rivarola, negar la diferencia entre derecho sustantivo y procesal, y atribuir la competencia legislativa a las provincias por la vía de las facultades de organizar la administración de justicia (C.N.)”.

La solución a dicho problema -propuesta en esa misma presentación por Jorge de la Rúa y basada en la correcta doctrina constitucional consiste en promover una ley de reforma del Código penal que introduzca los criterios de oportunidad; ello hizo los anteproyectos de Código Penal de 2006 y 2014, en los arts. 49 y 42, respectivamente.

Así lo ha hecho la Ley N° 27147 (B.O. 18/06/2015), que agregó al art. 59 del C. Penal -el cual regula las causales de extinción de la acción penal- el inciso 5 referido a los criterios de oportunidad, pero no de la forma correcta que planteaban los mencionados anteproyectos, sino a la inversa, pues aquel texto remite a “*lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”, con lo que “*se ha colocado el caballo después del carro*”.

Pero los criterios de oportunidad previstos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación regulado por la Ley N° 27063 (B.O. 10/12/2014) -en su mayoría razonables- no podrían ser aplicados todavía en el ámbito de la Justicia Nacional ni tampoco en el Fuero Federal por cuanto aquel digesto tiene suspendida su vigencia en virtud del DNU n° 257/2015.

Sin embargo, Marcelo A. Solimine,² afirma que el nuevo régimen nacional de enjuiciamiento criminal brinda un argumento legitimador adicional para las normas provinciales que consagran criterios de oportunidad reglada. Además, para aquellas provincias que no los prevén, «reaviva una polémica: si el Código Procesal Penal de la Nación, como ley marco, es piso mínimo de garantías, y por tanto si sus previsiones deben regir con dicho alcance en las provincias». En la nota al pie de página Solimine recuerda que la discusión fue instalada por el voto mayoritario en el fallo “Verbistky”³ de la Corte Suprema.

En ese sentido -en su reciente “Derecho Penal. Parte General”, cuyo segundo tomo nuestro homenajeado alcanzó a ver publicado y que ya constituye una obra de obligada consulta no sólo por los estudiantes, sino también por doctri-

² Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley N° 27.063, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, pág. 125.

³ Fallos, 328:1146, del 3/3/2005 (cons. 55 a 57), con disidencia de Carmen Argibay (cons. 56 de su voto).

narios, jueces y abogados- Jorge de la Rúa y Aída Tarditti⁴ opinan que la regulación de la materia en el Código Procesal Penal nacional y federal expandirá su aplicabilidad a los ámbitos jurídicos provinciales, pues en todo caso se trata de una ley emanada del Congreso de la Nación⁵. Por otra parte, es la única forma de saldar la igualdad ante la ley. *«Esta solución es preferible a mantener la desigualdad en materia de las reglas de persecución penal y las causas extintivas, por derivación de esta materia a las regulaciones procesales locales y muchas provincias omitirán esta regulación, agravando la situación precedente»*.

Tal sería el caso de Córdoba que carece en su Código Procesal Penal de reglas de disponibilidad de la acción penal, razón por la cual se produce un vacío legal, pero no estamos convencidos que éste podría ser llenado con los criterios de oportunidad contenidos en la nueva ley nacional de enjuiciamiento, sin una ley provincial que los regule expresamente.

Pensamos que, para disipar cualquier duda, en aras de la seguridad jurídica nuestra Legislatura Unicameral debería -a la mayor brevedad posible reformar el Digesto procesal penal local para adecuarlo a tales pautas.

Finalmente, como Director Honorario, Jorge de la Rúa nos acompañó hasta el año pasado con sus sabios consejos y sus atinadas intervenciones en varias de las discusiones generadas durante las exposiciones realizadas por los miembros de nuestro Instituto, especialmente cuando abordamos el Anteproyecto de Código Penal de 2014.

Por todo ello, su pensamiento y su ejemplo estarán siempre presentes en la memoria de quienes tuvimos la suerte de compartir con él las tareas de este centro de investigación, que ahora lleva su nombre, y también serán un faro que orientará el rumbo de las generaciones que nos sucedan. Muchas gracias.

⁴ Derecho Penal. Parte General, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 423.



Índice

EXPOSICIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO.....	5
Sistema societario	
<i>Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades</i>	
EFRAÍN HUGO RICHARD.....	7
El encuentro de los ciudadanos con el mundo jurídico	
<i>Perspectivas sociológicas sobre la construcción de la legitimidad</i>	
MARÍA INÉS BERGOGLIO.....	37
Vigencia actual de la Teoría General del Proceso	
ANGELINA FERREYRA DE DE LA RÚA.....	57
Responsabilidad del Funcionario Público	
JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA.....	73
Reflexiones constitucionales sobre el Nuevo Régimen Legal de Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios	
GUILLERMO E. BARRERA BUTELER.....	93
El derecho de daños a principios del siglo XXI	
JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ.....	117
La Buena Fe en los Contratos	
GUILLERMO P. TINTI.....	135
El valor de la Pericia Antropológica en el Proceso Penal en los casos de delitos culturalmente motivados	
JOSÉ DANIEL CESANO.....	155
Vélez Sársfield y algunos aspectos de las sucesiones en el nuevo Código Civil y Comercial	
FRANCISCO A. M. FERRER.....	181

Un statut pour le beau-parent? <i>Quelques réflexions sur la nécessité des lois en matière familiale</i> HUGHES FULCHIRON.....	209
La contienda intergubernamental en sistemas federados JAMES GARDNER.....	223
Defensa de la libertad de Testar VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO.....	239
La impronta de Jorge De La Rúa en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Palabras del Sr. académico de número y director del Instituto de ciencias penales, DR. CARLOS J. LASCANO.....	257



