

LECCIONE Y ENSAYOS

LECCIONES

CAYUSO, SUSANA G.: Control de razonabilidad. Pautas de revisión.

GRECO, CARLOS M.: Tipicidad del acto administrativo y reservas de revocación.

MARTÍNEZ BUIZ, ROBERTO: Apostillas sobre el régimen de la responsabilidad civil de los médicos.

ENSAYOS

ALBORNOZ, SERGIO: Régimen jurídico de las empresas binacionales Argentino-Brasileñas.

GARRIEL, SILVIA C. - TOLEDO, SELVA M.: La responsabilidad civil en el derecho de familia.

SILVESTRONI, MARIANO H. - ISOLA, MARIA A.: Homicidio agravado por la pluralidad de agentes.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Doctor Eduardo A. Pigretti

Vicedecano

Doctor Jaime L. Anaya

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Doctor Carlos E. Colautti

Consejo Asesor

Prof. Héctor Alegría

Prof. Julio C. Cueto Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo 1992

Director : Manuel Esteban Adrogué

Secretaria de Redacción: Josefina Mathó

Secretaria Adjunta: María José Izurieta y Sea

Redactor: Alberto G. Santamaría

Colaboran en este número: Marcelo Basso Destague

Luz Díaz de Vivar

Marcela Furlotti

Florencia L. Mirrahi

Javier F. Núñez

María Daniela Pinheiro

Carina Salerno

Marcelo Sliminsky

Asesora Académica : Abog. Catalina M. Donnelly

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES
Y
ENSAYOS

1992

LyE

57



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
U. B. A.
BUENOS AIRES
1992

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas
y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo
no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores
en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2263 — CP-1425
Buenos Aires - Argentina

© FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de publicaciones
Figueras Alcorta 2263 — CP 1425 — Buenos Aires

ISSN: 0034-0079

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos Daniel E. Lastra
en el mes de Octubre de 1992

A MODO DE EDITORIAL

(Por el Dr. Ignacio Winiaky, fundador de *Lecciones y Ensayos*)

CONSEJOS PARA EL ESTUDIANTE DE DERECHO

Con estas líneas tratamos de sintetizar normas de conducta o más bien consejos para que la riqueza de tu tiempo en la Universidad lo aproveches al máximo. Te pedimos un momento de reflexión y un esfuerzo continuado para seguir los que consideres más válidos, en la medida que te sea dado.

Con este espíritu te entregamos este pretencioso *Derecho* que se suma a los que entre muchísimos otros redactaron, para los abogados, el profesor uruguayo Couture, para los jueces, nuestro eminente Enrique Díez de Guisurro, y el que estaba a los clientes de un abogado que escribimos hace más de veinte años.

CONSEJOS PARA UN ALUMNO DE DERECHO

1. Has ingresado a la Facultad de Derecho.
Todos esperamos mucho de ti. ¡Estudia!
2. Trabaja y estudiar es duro. Mas si no tienes ocupación, búscatela.
Ella te valoriza y aumenta experiencias.
3. No estudies para aprobar. Hazlo para aprender.
No te apures. Un diploma no es todo.
4. Usa tus propios apuntes. Estudia en libros, ensayos, trabajos en revistas.
5. Aprovecha todas las bibliotecas para encontrar más material y otras lecturas.
6. Acostumbra a leer algún diario de jurisprudencia.
Empieza aunque sea sólo por sus sumarios.
7. No temas preguntar a tus profesores y ejercítate en la discusión con ellos y tus compañeros.
8. Razona. Lee mucho. Escribe conciso, claro y aplica el orden clásico: prólogo, desarrollo, conclusiones.
9. Esté atento a todas las manifestaciones del ser de tu tiempo y participa en las que están cerca de ti mismo.
10. Gosa de tu juventud. Canta, baila, ama. ¡Vive!
¡Ah! Y no olvides mejorar tu idioma y aprender otro.
Son las herramientas básicas del camino que tomes en la vida.

(de *Lectura y Ensayos*, N° 47)

INDICE

LECCIONES

Cayuso, Susana G., <i>El control de Razonabilidad. Puntos de Revisión</i>	11
Grecco, Carlos M., <i>Tipicidad del acto administrativo y reservas de revocación</i>	25
Martínez Ruiz, Roberto, <i>Apostillas sobre el régimen de la responsabilidad civil de los médicos</i>	57

ENSAYOS

Albornáz, Sergio, <i>Comentarios al Estatuto de Empresas Binacionales</i>	71
Gabriel, Silvia C. - Toledo, Selva M., <i>La responsabilidad civil en el Derecho de Familia</i>	95
Silvestroni, Mariano H. - Isola, María A., <i>Homicidio agravado por la pluralidad de agentes</i>	147

LECCIONES

EL CONTROL DE RAZONABILIDAD, PAUTAS DE REVISIÓN

SUSANA G. CARUSO *

I. Introducción

En un tiempo durante el cual el sistema republicano necesita fortalecerse mediante el redescubrimiento de los valores que lo animan, no podemos dejar de reflexionar acerca de la cuota de responsabilidad que le cabe a la función judicial respecto a la internalización de los principios democráticos. Desde ya, participamos de la convicción de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en su carácter de «cabeza» de una de las funciones de gobierno— combina en su accionar las características de un tribunal político y de un tribunal jurisdiccional.

Resulta ingenuo, o hipócrita, negar que cada resolución del Superior Tribunal descansa sobre una decisión política, que variará su intensidad y/o explicitación según los supuestos en juego.

Cuando el *Juez Marshall* se pronunció en el caso «*Marbury v/Madison*»¹ parece haber tenido muy claro lo que signifi-

* Prof. Adjunta (R) de Derecho Constitucional (Cátedra Alberto A. Spota) a cargo con carácter de Titular del curso «Bases Constitucionales del Derecho Privado» - C.P.D. Facultad de Derecho U.B.A.

Prof. Adjunta de la materia Derecho I en la Universidad de San Andrés.

¹ *Marbury v/Madison*, 1. Cranch 137, 5 L. Ed. 80 (1803), en *Constitución y Poder Político*, Miller-Gelín-Cayuso, Ed. Astrea, 1987, T. I, pág. 6.

caba, para el poder judicial en general y para la Suprema Corte de Justicia en particular, defender la cuota de poder político que la estructura constitucional había reservado para el poder menos representativo pero —en la filosofía política jurídica de los constituyentes— el que mayor independencia podía alcanzar.

En aras de tal objetivo rescató para los jueces el control de constitucionalidad. Luego, la Constitución es lo que los Jueces dicen que es.

Entonces, el gran interrogante es de qué modo garantiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación —y el Poder Judicial en su totalidad— la efectividad y vigencia de la axiología de la Constitución Nacional en cada oportunidad en que es llamada a ejercer su control político jurisdiccional.

II. EL LERIDO PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL INDOENADA

La cuestión constitucional clave a resolver parece centrarse en las relaciones entre: derechos individuales, poder reglamentario del Estado y control judicial.

El art. 14 de la Constitución Nacional dispone que: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...», sentando un principio general que nos indica que no hay derechos que sean absolutos en su ejercicio o, lo que es lo mismo, que los derechos se ejercen dentro del marco establecido por la ley, único instrumento idóneo para limitar la convivencia en sociedad.

Este principio general está dirigido al hombre dentro del sistema y encuentra su correlato en lo dispuesto en la última parte del art. 19 de la Constitución Nacional que dispone: «...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Esto significa que para el individuo la capacidad para actuar es la regla y la incapacidad la excepción.

No hay duda que la necesidad de algún principio para limitar el ejercicio de los derechos es fácil de demostrar pero, ¿es suficien-

te garantía para el hombre y su libertad —traducida en la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la norma base— disponer que la ley constituye el marco de tal ejercicio? ¿Es suficiente exigir, jurídicamente, que se cumplan un conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos para sostener que una ley, decreto, sentencia o resolución administrativa, en la que se regula la libertad individual, es válida?

El art. 28 de la Constitución Nacional establece que, además de mecanismos formales para controlar el ejercicio del poder, es necesario un control del contenido sustantivo de las normas. Dice: -Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio-. Idéntica limitación está consignada para los decretos, en la disposición del art. 86, inc. 2º de la C.N. .

El juego de las normas constitucionales indicadas configura la garantía innominada del debido proceso legal. Esta garantía reconoce, pues, dos aspectos: a) el *debido proceso adjetivo*, que hace a la *faz procesal* y constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos y b) el *debido proceso sustantivo* que hace al contenido de fondo de las normas y que permite analizar si la restricción es *axiológicamente compatible* con la filosofía del sistema y ha sido establecida dentro del marco de facultades de los respectivos órganos.

Cada uno de los aspectos reseñados resguardan, respectivamente, los principios de legalidad y razonabilidad.

Ahora bien, ¿es posible imaginar una Constitución que no requiriese el control de constitucionalidad de la sustancia de la ley, y que sólo se conformara con revisar sus aspectos formales?

Si tenemos en cuenta los antecedentes iusnaturalistas de la Constitución, y especialmente los de su declaración de derechos y garantías, ¿no está implícito que estos tienen que ser interpretados y protegidos por los tribunales? ¿Es posible el ejercicio efectivo de la función moderadora del Poder Judicial sin el control sustantivo?

Según el profesor Juan Francisco Linares: «...la garantía del

debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción establece dicho acto...²

Este tipo de análisis, que se ha convertido en el eje del control por parte de los tribunales, distingue dos aspectos: el primero destinado a precisar si el fin de la legislación es legítimo; el segundo destinado a establecer la existencia o no de un vínculo razonable entre el medio elegido y el fin propuesto.

El concepto del debido proceso sustantivo ha sido invocado en formas muy distintas en la Argentina y en los Estados Unidos. Si bien en ambos países esta garantía puede ser considerada como el instrumento apropiado para la protección de los derechos, los jueces norteamericanos pocas veces la invocan para interpretar y proteger derechos constitucionales específicos. En cambio, si recurren a ella, para fundar derechos no enumerados que surgen del concepto de libertad. Como ejemplo puede citarse el caso «Griswold v/Connecticut»³ en el cual se utilizó el concepto de debido proceso sustantivo para fundar el derecho a la privacidad (Invocación de las enmiendas IX y XIV de la Constitución de los Estados Unidos). Es utilizada como una garantía general contra la acción arbitraria y es invocada cuando no hay norma constitucional específica. Cuando el derecho afectado es de los enumerados, la Corte estadounidense siempre evalúa la restricción a ese derecho a la luz de las reglas de interpretación que su jurisprudencia ha ido desarrollando al respecto.

² Linarez, Juan F., *Reserva de los derechos... EL debido proceso (interpretación constitucional en la Constitución Argentina)*, 2 Ed. Bs. As., Astrea, 1970, págs. 163-166.

³ «Griswold v/Connecticut» 381 - U.S. 479, 1965, en *Constitución y Derechos Humanos*, Miller-Gelli-Capasa, Ed. Astrea, 1991, T¹, pág. 208. Del Juez Harlan, por su voto: "... En mi opinión, la pregunta constitucional apropiada en este caso es si este estatuto de Connecticut infringe la cláusula del debido proceso de la enmienda XIV, porque viola valores básicos implícitos en el concepto de "libertad ordenada..." , pág. 209.

El control de razonabilidad es, pues, el instrumento que posee el poder judicial para fijar los alcances del ejercicio del poder de policía. Lo importante, entonces, es tratar de identificar qué tipo de «standards» utiliza la Corte para determinar si un derecho constitucional ha sido o no violado.

Uno de los grandes desafíos legales es darle al concepto de razonabilidad un contenido que nos permita elaborar métodos de análisis —para este tipo de control— de mayor intensidad.

III. PAUTAS DE CONTROL DE RAZONABILIDAD — TIPO DE ANÁLISIS

Al exigirle al control de razonabilidad una mayor intensidad a través de pautas más precisas, debemos preguntarnos ¿cuál es el límite a la capacidad de la Corte para revisar la legislación de manera de no invadir zonas del Poder Legislativo exentas de fiscalización judicial? ¿Sobre qué aspectos de la ley se realiza o puede realizarse el control? ¿Qué pautas pueden utilizarse para verificar el cumplimiento del debido proceso sustantivo? Al realizar el control de razonabilidad ¿distinguen los tribunales entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales? ¿Es ajustado a la filosofía político-jurídica del sistema que la Corte aplique el mismo tipo de análisis tanto en supuestos en los cuales están en juego derechos fundamentales, como en aquellos donde no lo están?

Siguiendo, como ya lo hicéramos antes, al profesor Juan Francisco Linares⁴ podemos distinguir dos especies de razonabilidad jurídica: la de la ponderación y la de la selección. Casi cualquier norma puede ser analizada en ambos aspectos.

En efecto, cuando el legislador se dispone a reglamentar determinados derechos debe, necesariamente, evaluar las circunstancias fácticas —que son las que lo motivan a dictar la norma— los fines que tiene en mira y los medios de los que se va a valer para alcanzarlos.

Para revisar cada uno de estos aspectos no puede dejar de

⁴ Linares, Juan Francisco. *Conf. obra citada*, págs. 124-128.

ponderar las implicancias que rodean a cada uno de ellos, las alternativas posibles y, finalmente seleccionar; todo ello merituando y balanceando la equivalencia entre los hechos, derechos, valores e intereses en juego.

Nos parece que en esta tarea se puede distinguir la interrelación entre la ponderación y la selección.

Ahora bien, entendemos que el análisis de estos dos aspectos debe efectuarse de modo tal que resulte resguardado el principio de libertad dentro del sistema o, lo que es lo mismo, en contra de las excesivas limitaciones al mismo.

La razonabilidad ponderativa de la ley indica que para obtener ciertos fines, que se aprecian como valiosos, se utilizan ciertos medios. Entonces, debemos suponer que el legislador considera que el medio elegido satisface el objetivo propuesto.

El control debería determinar si existe una relación de causalidad entre motivos, fines y medios. Dicha relación de causalidad parece ser la condición para reconocer la existencia de proporción entre los medios y los fines.

En lo que hace a la razonabilidad en la selección, y conforme lo expuesto, consideramos que la misma puede ser analizada no sólo respecto del criterio por el cual se dispone afectar los derechos de algunas personas y/o grupo y/o situación en forma distinta, sino que puede ser aplicada a la elección de medios.

De manera tal que, conforme el tipo de análisis que se adopte, podemos concluir sosteniendo:

a) Que el poder judicial sólo puede efectuar un control entre medios y fines. La eficacia dependerá del criterio o pauta a la que se recurra para establecer la relación entre ambos extremos. La eficacia resulta —a nuestro entender— directamente ligada a la mayor o menor intensidad de la revisión.

b) Que el poder judicial nunca puede cuestionar el criterio de selección que encierra la norma, entendiendo la selección como elección de personas, grupos o situaciones y, también de medios.

Pareciera que aceptar estos dos presupuestos como únicas alternativas significa transar con una revisión de razonabilidad meramente formal e insuficiente.

IV. GRADOS DE INTENSIDAD DEL CONTROL.

Previo a plantear pautas o criterios para efectuar el control de razonabilidad, es conveniente recordar algunos principios generales enunciados por nuestra Corte Suprema cuando se aboca al control de constitucionalidad.

Al respecto, y recurriendo a una apretada síntesis, podemos señalar que:

a) El Estado, en cumplimiento de la primera parte del art. 14 de la Constitución Nacional, tiene facultad para restringir el ejercicio de los derechos. El principio constitucional es que el ejercicio de aquellos no es absoluto sino relativo.

b) La ley es el instrumento idóneo para la reglamentación de los derechos y garantías reconocidos. (Conf. art. 14 y 2da. parte del art. 19 C.N.).

c) Esa facultad de restricción a los derechos individuales será más o menos amplia de acuerdo al criterio de poder de policía en que se enrole la Corte.

No parece haber duda que a partir de 1922 la Suprema Corte adopta el concepto amplio de poder de policía y, en consecuencia, enfrenta—de alguna manera—los derechos individuales a los de bienestar general y/o bien común. Sin embargo olvidó interrogarse acerca de cómo mantener el necesario equilibrio entre la ampliación de facultades a los poderes esencialmente políticos y la función del poder judicial. El espíritu del sistema republicano no nos indica que a mayor poder mayor control.

d) Es función del poder judicial en general—y del Superior Tribunal en particular—revisar si la reglamentación ha excedido del marco constitucional—interpretado conforme los presupuestos que sintéticamente expusieramos en los puntos 1 a 3—.

Para ello aplicará el control de razonabilidad—debido proceso sustantivo—cuyo fundamento es el art. 28 de la Constitución Nacional.

e) La Suprema Corte ha elaborado determinados subprincipios acerca de su propia capacidad para controlar actos de los otros poderes. En este sentido, ha explicitado que carece de facultades para revisar el mérito, oportunidad y conveniencia de la ley. Lo

contrario implicaría la violación a un caro principio del sistema: la división de poderes.

f) Luego, el control sólo puede efectuarse alrededor de la proporcionalidad entre los medios y los fines.

Es en torno a este último aspecto que aparece una de las mayores dificultades. En efecto ¿qué significa enunciar que el medio es proporcional al fin? ¿Elaboró la Corte alguna pauta objetiva que permita, en cada supuesto, caracterizar la proporcionalidad? El término «proporcional» ¿está identificado con la necesidad de relación causal entre medios y fines? ¿Ha analizado el tribunal los términos de esa causalidad? ¿Resulta suficiente —para lograr un adecuado resguardo del debido proceso sustantivo— sostener que el medio elegido es proporcional tan sólo porque los fines de la norma aparecen como aceptables en el contexto de las circunstancias de hecho que ponderó el legislador?

Nuestra impresión es que durante muchos años la Corte no contestó satisfactoriamente estos interrogantes. La consecuencia ha sido un débil control de razonabilidad y, por lo tanto, un inadecuado resguardo al debido proceso sustantivo.

A partir de algunos fallos relativamente recientes, la Suprema Corte ha introducido algunos elementos de análisis que permiten aplicar una revisión más intensa y que pueden ser útiles para elaborar una estrategia que obligue al poder judicial a un control más estricto. Volveremos más adelante sobre el punto, indicando algunos ejemplos.

IV. 1. EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Resulta útil e interesante conocer —en una primera aproximación al tema— algunas de las pautas de revisión que ha elaborado la Corte de Justicia de los Estados Unidos. La intensidad de tales pautas dependerá de que los jueces consideren que se encuentra involucrado un derecho fundamental, de que exista o no norma constitucional expresa y del interés estadual en juego.

Veamos algunas de las elaboradas para aquellos supuestos en los cuales se plantearon cuestiones de discriminación y fue invocada la garantía de igualdad.

a) *Análisis de revisión estricta con una presunción casi irrefutable de inconstitucionalidad.*

Esta pauta ha sido elaborada para revisar cuestiones en las que se invocaba discriminación racial, según su explicitación la segregación fundada en motivos de raza priva a los sujetos involucrados de la igual protección de la ley, garantizada por la enmienda XIV (último párrafo). Esta disposición expresa hace innecesaria cualquier discusión sobre si la segregación viola o no la garantía del debido proceso, también amparada por la misma enmienda al enunciar: «...Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico...».

Extraemos como conclusión que cualquier tipo de segregación racial es, a priori, violatoria del principio de igualdad. La cláusula de «igual protección» de la enmienda XIV sirvió de parámetro expreso para efectuar un escrutinio rígido sobre aquellas normas que contenían clasificaciones raciales. Tal tipo de escrutinio parece indicar que toda vez que se halle en juego la cláusula de «igual protección» es necesario analizar el criterio de selección y no sólo de ponderación del legislador.

Conforme esta pauta, los objetivos del legislador resguardando el interés del Estado nunca podrían sustentarse en aspectos raciales⁴.

De esta manera, en aquellos casos en que a la Corte de los Estados Unidos le tocó resolver cuestiones relacionadas con cuotas o cupos reconocidos por la ley a minorías desprotegidas, sostuvo que el escrutinio estricto que el Poder Judicial debe utilizar para analizar si una cuota reparatoria es constitucional debe constar de dos partes. Primero, debe existir prueba sólida de que el

⁴ *Confírmese tal vez: "Brown v. Board of Education" (I, Regla Constitucional); II, Implementación); "Loving v. Virginia"; Regents of University of California v. Bakke; en Constitución y Derechos Humanos, Miller-Grell-Cayano... etc., págs. 164-165.*

legislador recurrió a ella con el objeto de subsanar una limitación de participación, de esa minoría ocasionada por una discriminación del pasado.

Segundo, la cuota establecida debe guardar una estricta relación con la reparación buscada.

En conclusión, el Tribunal norteamericano ha elaborado el criterio de que las categorías formuladas por el legislador con fundamento en diferencias raciales, merecen el calificativo de sospechosas «a priori», pues han surgido de un concepto discriminatorio y, por lo tanto, motivan una presunción —difícil de refutar— de ser violatorias del principio de igualdad.

b) Análisis intensivo

Esta regla de revisión puede sintetizarse del modo siguiente: el legislador tiene facultad para reglamentar sobre personas, grupos y/o situaciones siempre que se funde en un criterio de diferenciación que tenga una vinculación sustantiva y justa con el propósito de la ley.

En este supuesto ya no se habla de categoría sospechosa, sino que se trata de revisar el interés concreto del Estado para regular una situación determinada y la relación entre dicho interés y la restricción impuesta.

Vemos, pues, que el control recae sobre el interés gubernamental que motivó la norma y el nexo existente entre el medio elegido y el logro del fin propuesto.

La decisión del caso radica en determinar si el medio adoptado tiene una relación razonable y sustancial con el objetivo perseguido. No parece ser suficiente sostener que el fin es legítimo sino que es imprescindible que quede demostrado que era imperioso para el Estado recurrir a esa clasificación o restricción para obtenerlo.

Pareciera que la Corte norteamericana recurre a este tipo de análisis en casos en los cuales utiliza la garantía general del debido proceso sustantivo para fundar derechos no enumerados o cuando se encuentra cuestionada la cláusula de igual protección por reglamentaciones que no son «a priori» sospechosas pero que

deben ser sometidas a una revisión crítica a los efectos de demostrar la relación entre intereses estaduales y medio seleccionado.⁴

IV. 2. EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Nuestra Corte Suprema al ejercer el control de razonabilidad ha recurrido —casi en forma constante— a un mero análisis de medios a fines. Análisis que ha aplicado con absoluta independencia de los derechos constitucionales involucrados. En la práctica, según nuestra opinión, tal regla de revisión se ha limitado a enunciar que ante un fin legítimo —expuesto por el legislador— el medio elegido resultaba proporcional o razonable.

Nos parece que tal regla no tiene contenido y, en consecuencia, no nos permite conocer qué extremos serán considerados a los efectos de realizar un cuestionamiento crítico.

Sin embargo, en jurisprudencia de hace algunos años, podemos identificar algunas señales que nos muestran que el Tribunal argentino comenzó a incorporar matices al control de razonabilidad, con el propósito de intensificar el escrutinio.

a.) *Análisis clásico de medios a fines pero con un control más intenso de la relación de causalidad.*

La Corte ha introducido, de modo más explícito y concreto, el criterio que acentúa la necesidad de una relación causal objetiva entre el fin perseguido por la norma o acto y el medio elegido para lograrlo.

Que en la medida que estos últimos aparezcan como exigencias arbitrarias y/o puramente discrecionales, no esenciales al objetivo pretendidamente protegido, la razonabilidad no resultaría acreditada. La restricción a los derechos involucrados no puede ser ajena a los motivos que le dieron origen. Además pare-

⁴ Conforme fallos "Griswold v. Connecticut", "Roe v. Wade" en Constitución y Derechos Humanos, Miller-Gold-Cayson...etc., T° I, págs. 202 y 242 y "Reed v. Reed", "Craig v. Boren". Constitución y Derechos Humanos, T° II, págs. 1574/1586.

ce insinuarse la necesidad de fundar y demostrar los argumentos esgrimidos para justificar la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Tal justificación tiene estrecha vinculación con el interés estadual invocado.⁷

b) Comienzo de un análisis intenso

Así como hemos sostenido, en el punto anterior, que la pauta de revisión era de medios a fines pero con un análisis crítico del nexo de causalidad, encontramos otros fallos en los que creemos visualizar la incorporación del control intenso a que nos hemos referido al mencionar la jurisprudencia de la Corte norteamericana.

En efecto, en fallos como «Portillo»⁸ y «Repetto»⁹ el tribunal no se limita a analizar el alcance del derecho invocado frente a la obligación o prescripción legal cuestionada sino que indica que deberá evaluarse el interés esgrimido por el Estado para justificar la restricción u obligación que establece la norma. Tal evaluación tiene por objeto sopesar la eventual interferencia que en el logro de aquel —interés estadual— pueda producir privilegiar los derechos individuales involucrados.

Asimismo, tal evaluación tendrá por objeto merituar la posibilidad de que los propósitos perseguidos por la disposición puedan ser satisfechos a través de medios alternativos que, a la vez que satisfacen el interés del Estado, resguardan —en mayor medida— los derechos en juego. A su vez, la existencia de un interés legítimo por parte del Estado no puede ser invocado en forma genérica para aceptar la validez constitucional de la norma impugnada.

⁷ Ver fallos: «Almirante «Nación Argentina» C.S.J.N. F.305: 1488 y «Arzonon of Nación Argentina» F. 305: 408, en *Constitución y Derechos Humanos*, Miller-Gelli-Cayuso... etc., T^o I, págs. 1979807.

⁸ «Portillo», C.S.J.N., E.D. 133: 373 en *Constitución y Derechos Humanos*, Miller-Gelli-Cayuso... etc., T^o II, págs. 667680.

⁹ «Repetto, Ints. «Provincia de Bs. As., C.R. 338—LXX—, en *Constitución y Derechos Humanos*, Miller-Gelli-Cayuso... etc., T^o II, págs. 16197818.

En el fallo «Repetto» citado, los doctores Petracchi y Bacqué hicieron referencia a que aquel que sostiene la legitimidad de la norma cuestionada debe acreditar la existencia de un interés estatal urgente, no siendo suficiente sostener que la medida adoptada resulta razonable.

Es preciso señalar que en los casos en los cuales la Corte ha comenzado a intensificar el control de razonabilidad estaban en juego derechos personalísimos y, por lo tanto, interpretados como fundamentales para el concepto de libertad concebido por el sistema constitucional.

V. CONCLUSIÓN

La efectiva vigencia de la garantía del debido proceso sustantivo requiere un poder judicial activo que, sin violar el principio de división de poderes, extirpe los recaudos para exigir del poder legislativo el máximo respeto por los derechos constitucionales. La búsqueda de pautas concretas que permitan revalorizar el principio de razonabilidad parece ser el camino adecuado para asegurar el prudente equilibrio entre los intereses estatales y los intereses individuales.

Conforme lo que hemos expuesto, por análisis de medios a fines entendemos una forma de realizar la evaluación de una norma. En este análisis la Corte debe evaluar, por lo menos, si el fin de la legislación es legítimo y, luego, si hay causalidad suficiente entre el medio elegido y el fin. Negándose a revisar la conveniencia.

En cambio, en análisis más intensos el Juez evalúa la razonabilidad de la selección balanceando todos los valores constitucionales en juego y la existencia de medios alternativos. La mera causalidad entre el medio y el fin no es suficiente para que la selección sea razonable.

En nuestro caso, la realidad nos demuestra que el tradicional control de medios a fines efectuado por la Corte no ha hecho más que avalar la conveniencia de la ley, en los términos del poder político.

TIPICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y RESERVAS DE REVOCACION

CARLOS MANUEL GREGGIO*

I

Una de las singularidades más relevantes del régimen jurídico de los actos administrativos radica, según propone una tradición notablemente difundida y sistemáticamente reproducida, es que, distintamente a lo que acontece con los actos jurídicos ejecutados por los particulares dentro del ámbito de la autonomía individual, las decisiones administrativas resultan «típicas», en el sentido de que deben estar contempladas y corresponder al esquema predeterminado por la norma expresa, con rigurosa adherencia a la hipótesis legal fijada.

Es habitual practicar, al respecto, una comparación con fines instructivos del acto administrativo y del acto de la autonomía privada, y destacar que mientras en estos la iniciativa individual es libre de perseguir todo interés socialmente apreciable, con tal que sea de una naturaleza que pueda merecer la tutela jurídica, los actos administrativos se encuentran sometidos a una inflexible tipicidad legal por lo que concierne a los presupuestos de competencia y a los requisitos de estructura, siendo objetivamente determinable el problema de interés público a resolver con cada tipo de acto o de disposición.

* Jefe de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Cada tipo de acto, se afirma, es destinado a resolver un específico problema práctico y, por ello, a cumplir una típica función de interés público que lo caracteriza y que se puede calificar correctamente como «causa» siguiéndose, de tales premisas, que tanto para quien es llamado a decidir, como para quien ha de interpretarlo una vez dictado, la correspondencia del acto concreto a su destino típico es una exigencia y una directiva deontológica que mide tanto la legitimidad como la conveniencia u oportunidad de la decisión.

Nada traduce tanto el sentido de la tipicidad del acto administrativo como la reflexión de G. Zanobini (probablemente quien mejor ha desarrollado el punto) enunciada en la prolección pisana del 21 de Enero de 1924 (que posteriormente identificamos en los comentarios bibliográficos), conforme a la cual media una notoria diferencia en la disciplina legislativa de la regulación de los actos jurídicos que puede cumplir la autoridad administrativa con la que corresponde a los negocios jurídicos de los particulares. Para éstos últimos, el interés de la ley es limitado a fijar los requisitos esenciales que deben presentar para ser reconocidos, tutelados y garantizados por el ordenamiento jurídico; pero cuando, por cualquier circunstancia de la vida y por cualquier fin práctico, los sujetos deben recurrir a éste o a aquél tipo de acto, la ley civil no se ocupa de precisarlo y sería en realidad extraño pretender que lo hiciera.

La ley administrativa, en cambio, disciplina los actos administrativos no sólo para establecer los elementos y requisitos, sino, básicamente, para delimitar de vez en vez cuando concurre el caso en el que deben ser emitidos uno y otro tipo de acto. Mientras en la ley civil de un determinado acto jurídico se intenta, de una sola vez, consignar los elementos y el estatuto jurídico, en la ley administrativa de un mismo acto administrativo se quiere, infinitas veces, en infinitas leyes diversas y todas las veces que al legislador le parezca oportuno, prescribir el uso de un determinado acto para conseguir un determinado fin.

La predicada «tipicidad» del acto administrativo supone, para mejor comprender su funcionalismo en el ámbito de la acción administrativa, examinar previamente (una cierta pers-

pectiva metodológica es aquí inexcusable, aunque se trate de una brevísima síntesis en la cual un buen número de cuestiones importantes han de ser fatalmente relegadas) la noción (general y jurídica) de «tipo»; aspectos al cual seguidamente nos hemos de referir acudiendo a la decisiva contribución de K. Larenz, matizada con los comentarios y reflexiones de otros autores.

II

Es adecuado entonces, ante todo, retener que, en términos de teoría general, jurídica o no, el «tipo» se presenta, sustancialmente, como una forma de pensamiento que opera allí donde el concepto abstracto-general y el sistema lógico-conceptual no alcanzan a cancelar la pluralidad y multitud del ser o del sentido; vienen así distinguidos el «tipo de frecuencia», dirigido a referir modos de comportamiento y el «tipo de totalidad» o «tipo de figura»; el «tipo» sólo contemplado o representado y el «conocido» en su peculiaridad y aprehendido con el pensamiento; el «tipo ideal normativo» y el «tipo empírico». Es justamente en este último aspecto, donde Larenz observa que mientras el tipo ideal normativo aparece como paradigma, el tipo empírico funciona como reproducción de un arquetipo en el que se basan las cosas (encontrándose los fusionados, por ejemplo, en la idea platónica, a la cual se puede reconducir muy bien desde el punto de vista de la historia de las ideas). El tipo normativo (así, el mejor Estado ideal) representa una imagen-meta, siendo misión y cumplimiento del destino vital tender a ella, aunque nunca pueda realizarse plenamente. Con ello se transforma al mismo tiempo, en criterio de valoración para todas las realizaciones, más o menos conforme al ideal que encontramos empíricamente (el tipo «ideal normativo» desempeña en la ciencia jurídica el papel de referencia cuando lo que interesa es, por ejemplo, la diligencia con la que deben actuar quienes pertenecen a un determinado grupo profesional: comerciante, médico, etc.). En lo que hace al campo específico de

la ciencia jurídica, el tipo es formado con fundamento en los casos «típicos» que se encuentran en el campo conceptual de la certeza o de los cuadros fácticos que el legislador utiliza como puntos de partida, constituyendo un medio para designar elementos del supuesto de hecho y como forma de aprehensión y exposición de relaciones jurídicas. Aquí cabe señalar que, detrás de algunos conceptos relativamente indeterminados de objetos, suele esconderse un tipo de frecuencia empírico, susceptible de ser ilustrado con ejemplos aunque no resulte definible, siendo también apropiado precisar que los conceptos-tipo (sub-especie de los conceptos jurídicos indeterminados) no se confunde con el tipo como figura ideal, puesto que aquellos contienen —como ha puesto de relieve H.E. Henke— una vasta zona de duda comprensiva de los cuadros fácticos que el legislador no ha tenido en cuenta y que, precisamente crea al Juez el deber de incluir en el concepto también un caso de configuración especial, cuando ese caso merezca la misma valoración que los cuadros fácticos sintetizados en el tipo.

El tipo, pues, en el sentido primario de «modelo, forma, esquema o conjunto coaligado de características que puede ser repetido en un número indefinido de ejemplares» y con las correspondientes modulaciones que suscita su proyección al plano jurídico, aparece (empleamos aquí la excelente síntesis de Gente-Alonso y Calera) conectado siempre a una cierta realidad social, promovida mediante el fenómeno de la tipificación, a la categoría de «jurídica». Es afirmada, desde tal perspectiva, la idea de que el concepto o noción de «tipo» es abstracta y general, concibiéndoselo más que nada como un resultado, es decir, como «aquella noción de conducta o fenómenos que compuesta de una serie de elementos y de ciertos datos por los cuales es concretada la abstracción primaria, es consecuencia de la percepción de una realidad social determinada, empleándose para discernir las diversas conductas a las que el ordenamiento confiere la calidad de jurídicas y como contrapunto al método conceptual, meramente definitorio y no edificado sobre la realidad». Del tipo social (conducta configurada en la realidad) se pasa, mediante el fenómeno de la «tipificación»,

a establecer ulteriormente el tipo «jurídico», por lo que, inicialmente, se puede calificar la tipicidad como un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos: ordenación practicada como mecanismo o dispositivo jurídico que, modelado sobre la base del tipo operante en la realidad social, culmina en la creación del tipo jurídico. La tipicidad traduce así una «manera peculiar de organización de la regulación de los actos humanos y la conducta sólo será jurídicamente eficaz en tanto y cuanto coincida con cada uno de los tipos descritos en cada sistema», verificándose, correlativamente, una función individualizadora y una función jurídica. Individualizadora en tanto los tipos se predicen, en principio, de una previa realidad común: los actos humanos. La tipicidad es ordenación y valoración de conductas más regulación concreta, lo cual determina una individualización dentro de cada rama y especie; la idea de tipo no se puede aplicar a realidades heterogéneas, es decir, a distintos órdenes de la realidad, sino a fenómenos pertenecientes al mismo orden, individualizando y diversificando entre ellos: la tipicidad individualiza y ordena, distinguiendo tipos delictuales, contractuales, fiscales, etc. A tal función individualizadora se suma la función concretamente jurídica irradiada en una doble dirección: tipicidad de configuración y tipicidad de regulación; es decir, a un esquema o conjunto diseñado por la norma (conducta humana más elementos y datos complementarios: tipicidad de configuración del supuesto normativo) le es conferida una específica disciplina en íntima conexión de dependencia con los elementos y caracteres predicados de ellos (tipicidad de regulación).

Ahora bien, si se prescinde de la función de la tipicidad en el ordenamiento penal (análisis que completamente desborda nuestras posibilidades), parece indudable que el mayor desarrollo de la teoría de los tipos (operante en otras áreas del conocimiento, inclusive en las ciencias naturales) es ubicable en el derecho contractual, donde si bien, por otra parte, la tipicidad sigue cumpliendo una función reguladora o normativa, el amplísimo margen remitido a la autonomía de la voluntad respecto de la creación, regulación y modificación de las relacio-

nes jurídicas (ad. ex. arts. 944, 1197, 1200, Cód. Civ.) comporta una disímil disciplina de actuación de las diversas figuras contractuales, flexibilizándose así la rigidez propia de la tipicidad penal. Quienes detalladamente estudian el punto discernen, por lo demás, una tipicidad de configuración de primer grado (ad. ex. el contrato en cuanto acto jurídico distinto de todos los demás que pueden idóneamente provocar el nacimiento de obligaciones) y una tipicidad de segundo grado, que resuelve la especificación y concreción, es decir, adición de nuevos datos a los elementos constitutivos de la figura básica.

De ahí que la tipicidad contractual sea modulada como -la regulación jurídica fundada en la individualización de las normas jurídicas concretas de cada contrato en particular que está definido como tipo contractual-, distinguiéndose, igualmente, en función de las diferentes fuentes, entre una tipicidad social y una tipicidad legal; entre una tipicidad que proviene de las calificaciones técnico-legislativas y otra que es la resultante de la regulación y reordenamiento por tipos que lleva a cabo la autonomía privada, aceptada por el ordenamiento jurídico y que supone reiteración, constancia y conciencia de que los tipos, así creados, lleguen a tener una validez general (ad. ex. tít. prel. Cód. Com., ap. II; art. 219, Cód. cit.). La configuración por tipos —indica en tal sentido E. Betti— no se opera inexorablemente mediante la remisión a los que son producto de las calificaciones técnico-legislativas, sino que se puede producir también en función de las concepciones dominantes en la conciencia social de la época, en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral, agregando que -éste parece, en efecto, el camino preferible apenas la necesidad de tutela de la autonomía privada se hace sentir en una esfera tan amplia que convierta las denominaciones tradicionales en inadecuadas e insuficientes para cubrir su campo. En el puesto de la rígida tipicidad legislativa, apoyada sobre un número cerrado de denominaciones, ingresa otra tipicidad que, cumpliendo siempre la finalidad de limitar y orientar la autonomía privada es sin embargo, comparativamente a aquella, bastante más elástica en la configuración de los tipos y que, en cuanto funciona mediante remisión

a la conciencia social, económica o ética, se puede llamar tipicidad social.»

III

El principio de tipicidad, así modulado, engarza, coherentemente con la posición de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico. Las decisiones de la Administración (y aquí se vuelve a establecer, una vez más, el paralelismo con la sentencia) resultan «actuaciones de la ley» y es la ley, justamente, la que habilita las potestades administrativas. No es factible consignar aquí las diferentes cuestiones relativas al significado del principio de legalidad en aquello que se ha dado en denominar «Estado de Derecho», su construcción técnica (doctrinas de la vinculación negativa y de la vinculación positiva), su funcionalismo como técnica de atribución de potestades a la Administración (aspecto que, naturalmente, involucra el examen previo del concepto técnico de potestad, así como de sus distintas clases) siendo suficiente, para la finalidad del presente trabajo, ofrecer un resumen de las explicaciones, plásticamente diseñadas, por cierto, de García de Enterría-Fernández Rodríguez, autores que califican la tipicidad de los actos administrativos como una de las consecuencias espontáneas del principio de legalidad. La legalidad, en efecto, define y atribuye potestades a la Administración, siendo la acción administrativa el ejercicio de tales potestades jurídicas concretas: el interminable fluir de la vida administrativa tiene su causa, precisamente, en éste mecanismo técnico. Dichas potestades, por lo demás, aparecen singularizadas negativa y positivamente: negativamente en tanto las potestades administrativas no se pueden ejercer sino en servicio de un interés comunitario, que es ajeno y absolutamente superior al interés propio de la Administración como organización; positivamente, por cuanto la Administración se encuentra obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija. Todo lo cual no es una mera exhortación ética, sino un mecanismo técnico

preciso influido por la adherencia al fin (ad. ex., en nuestro derecho positivo, art. 7, inc. f, LNPA: «el acto administrativo... habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto-), del mismo modo que la omisión del ejercicio de las potestades cuando el interés colectivo lo exige constituye una irregularidad en el funcionamiento de la Administración, que puede determinar una condena a ese ejercicio, como eventualmente la responsabilidad del funcionario y de la Administración (aquí debemos señalar que, para los autores citados, las potestades conferidas a la Administración se manifiestan como auténticos poderes fiduciarios, es decir, poderes en los que se produce una disociación entre la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último de la actividad; en sentido análogo se orienta la idea subrayada por Villar Palasi, del carácter «vicarial» o subordinado de la Administración).

Es, precisamente, la naturaleza del acto administrativo configurado como una traducción específica e inesorable de una potestad, aquello que conecta la decisión a la legalidad y la funcionaliza de una manera singular en el seno de la misma. Así como no hay potestad sin norma previa y todas las potestades son, además, tasadas especiales (es decir, no existen potestades indeterminadas) el acto administrativo ha de reflejar una de esas potestades anteriormente concretadas por el ordenamiento.

En consecuencia, se debe concluir que las decisiones administrativas, por diferencia sustancial con el negocio jurídico privado, son esencialmente típicas desde el punto de vista legal; nominadas, no dependientes de ningún genérico principio de la autonomía de la voluntad, sino, exclusivamente, de la previsión de la ley. Tampoco hay una correspondencia o un paralelo posible entre los negocios jurídicos, como manifestación de una efectiva autonomía y los actos discrecionales, simple revelación de una potestad construida y asignada como tal por la ley, en la que existe necesariamente una pluralidad de elementos reglados, que no son simples límites exteriores sino que integran

positivamente el acto de ejercicio y en la cual no se expresa como en el negocio privado la idea de un «autoseñorío», sino por el contrario, la idea de un deber funcional.

IV

De la pregonada «tipicidad» del acto administrativo se ha de deducir inmediatamente una consecuencia primordial: la problemática aceptación teórica de la incorporación a las decisiones administrativas de cláusulas de modulación, pues aquí se parte, conviene insistir en ello, de una radical distinción entre los actos administrativos y los negocios jurídicos privados y en el casi nulo juego en los primeros de la autonomía de la voluntad.

Con todo, tal conclusión se resiente por el esquematismo con el que es planteada la cuestión en términos de dogmática general. Ni el «autoseñorío» del que habla Flume es un principio absoluto (no sólo actúan los límites propios que el ordenamiento estatuye en orden a la forma y contenido de los negocios jurídicos privados, sino que además la versión presentada reproduce sólo la concepción tradicional del contrato como particular expresión y consecuencia de la idílica teoría de la libre economía de mercado en tanto sistema que se autorregula) ni, por otro lado, se puede descartar de plano la posibilidad de que la Administración emita decisiones que pueden perfectamente ser ubicadas en el ámbito de la autonomía consensual. Uno de los autores que últimamente ha estudiado la cuestión (González Mariñas) anota, precisamente, que para cohenestar teoría y práctica se ha procedido a sentar una regla general que consiste en clasificar los actos administrativos, según la más o menos explícita tipicidad observada en ellos, en dos bloques presuntamente bien delimitados: actos administrativos discrecionales que admiten la incorporación de cláusulas accesorias y actos administrativos reglados en los cuales no sería posible tal incorporación; lo cual conduce, en la práctica, a perceptibles inconsecuencias. Inconsecuencias —señalamos por nuestra

parte— que no son sino el producto de las fluctuaciones, quizás inevitables, en la tarea de conformación dogmática del derecho administrativo en la que se ha basculado permanentemente entre la proyección al campo de las decisiones administrativas de las fórmulas tradicionales de la dogmática común, por un lado, y la necesidad, por otro, de afirmar una elaboración autónoma que confiera respuesta singular a relaciones y situaciones jurídicas en las que interviene la Administración y en las cuales, aparentemente, no resultaría procedente la aplicación de los mecanismos del derecho común. En este aspecto, de todas formas, se debe tener en cuenta tanto la idea de que la singularidad de las decisiones administrativas requiere una organización distinta a la de la ley civil, como la simultánea negación de prescindir irreflexiva y apriorísticamente, sin compulsar alguna de la realidad concreta que se debe analizar, de las fórmulas de la dogmática general, siendo oportuno, por ello, recordar, con E. Betti, que todo derecho positivo, en cuanto disciplina la vida de relación, tiene necesidad de mantener sus enunciaciones normativas con un entramado dogmático, destinado a orientar la vida social en la dirección de sus valoraciones y que, desde tal perspectiva, la dogmática, en la tarea de una representación conceptual de la norma y su conexión recíproca, constituye en las manos del intérprete un instrumento representativo cuyo uso no puede ser limitado a las construcciones legislativas que entran a formar parte de la norma, pues no sería legítimo, aparte de ser indispensable para reconstruir en su coherencia el entero sistema del ordenamiento jurídico al que la norma particular pertenece. Tal consideración, por los demás, es la única que torna posible la plena aplicación del canon hermenéutico fundamental de la «totalidad y coherencia», mediante el cual, dejando de lado específicas preocupaciones de índole práctica, se recaba del concepto mismo de orden jurídico, elaborado por la moderna dogmática, la idea de que toda norma que forma o entra a formar parte del mismo, ha de ser referida al todo necesariamente y que éste todo constituye una operante concatenación productiva y creadora de una orgánica correlación, interdependiente y coherente no sólo

entre normas de un mismo grupo o sector, sino también entre normas de grupos o sectores diversos en la medida en que llegue a manifestar en ellos las partes o ramificaciones de un único sistema coherente. Para una concreta experiencia de la función que puede cumplir la dogmática general y la consideración hermenéutica de la totalidad, alcanzará con remitirse a la aplicación del denominado «silencio» administrativo en hipótesis de aclaraciones y precisiones pre o post-contractuales, ámbito en el cual la fórmula del art. 10 de la LNPA (normalmente presentada en una proyección omnicompreensiva) carece de sentido, siendo, en cambio, más apropiadas las previsiones consignadas en los arts. 918 y 919 del Cód. Civ. (particularmente la primera de ellas en lo que hace a los «hechos y comportamientos concluyentes»). Igualmente habría que ver en qué quedan las solemnes declaraciones del art. 7 de la LNPA frente a, por ejemplo, los llamados «actos administrativos implícitos» que la doctrina admite pacíficamente. Todo lo cual sugiere que así como el menosprecio de la dogmática puede llevar a funestos resultados (sobre todo cuando proviene de quienes no tienen la intención de informarse convenientemente), a situaciones igualmente nocivas conduce la exacerbación dogmática que frecuentemente degenera, en el ámbito del derecho administrativo, en una constelación de espejismos. El Derecho Administrativo —subraya O. Naas— tiene comprensión sin duda para la ventaja política de una eufemía organizatoria, pero busca su secreto, equivocadamente, en la simetría jurídica de la Administración. Un ordenamiento de cuño elástico jamás puede explicar, sin embargo, la merma en principios administrativos que se produce de arriba hacia abajo y que se puede comparar con la ejecución de instrucciones centrales; así como los rayos de luz que atraviesan un medio más denso son refractados con arreglo a leyes naturales inmutables, la eficacia de las disposiciones centrales se debilita cuando quedan absorbidas por la práctica de los organismos de nivel inferior e intentan atravesar la densa masa laberíntica de los asuntos administrativos. Además de tales razones (casi de estructura) concurren otras, ya más específicamente condu-

centes al punto que estamos examinando. Acentuar el carácter típico del acto administrativo (Guarino lo ha señalado con relación a la experiencia italiana, pero sus observaciones muestran carácter general) remite, en definitiva, a un análisis de la decisión administrativa en relación a la sola norma específica que regula la potestad y el procedimiento y a su correlación con el mecanismo habilitador concreto; juega, entonces, una verdadera «estrangulación necesaria y vinculante para el obrar administrativo» que volatiliza, en cuanto la valoración es centrada en el específico poder conferido, la evaluación del resultado. No es superfluo añadir, por otra parte, que las restricciones que teóricamente son postuladas en orden a la incorporación al acto administrativo de cláusulas accesorias o de modulación operan, fundamentalmente, aunque no siempre se aclare, en la clase de los actos administrativos de gravamen (es decir, en aquellas decisiones administrativas que restringen o limitan derechos de los particulares; parece indudable, sin embargo, que el de tales cláusulas debe ser distintamente apreciado cuando se trata de decisiones que amplían la esfera jurídica de los particulares. La administración de fomento o promotora (o lo que reste de ella) conoce, en efecto, una relativamente extensa formulación práctica de tal principio.

V

De todas maneras, aquí no se trata tanto de trazar una crítica de un criterio difundido habitualmente como dogma (tarea que exigiría, naturalmente, una más profunda meditación y un acopio informativo de mayor extensión que el utilizado) sino de analizar la tipicidad del acto administrativo y las consecuencias que de tal principio se suelen extraer. En conexión con las llamadas cláusulas accesorias o de modulación (como a continuación se verá también hay en todo esto un cierto problema metodológico y hasta de terminología) y dentro de éstas a las reservas de revocación.

Debemos recordar, por lo tanto —la referencia a uno de los

pocos textos que monográficamente se ha ocupado de la cuestión (me refiero a R. Lucifredi: *L'Atto Amministrativo nei suoi Elementi Accidentali*, Milán, 1963) es aquí inexcusable— que las cláusulas accesorias o accidentales son, genéricamente, consideradas como todas aquellas disposiciones que el órgano administrativo emisor incorpora al acto administrativo para obtener que los efectos jurídicos que de su dictado se deben seguir sean más limitados o más amplos que los efectos normales que el acto mismo confiere, el ordenamiento jurídico. Sigue así, una primera distinción: cláusulas o elementos con función restrictiva del contenido normal del acto y cláusulas con función ampliatoria del contenido normal.

Entre las primeras (que son aquellas que interesan para el objeto del presente ensayo) es habitual incluir: a) el término, entendido tradicionalmente como el momento del tiempo en el cual un acto debe comenzar a producir sus efectos o en el cual debe cesar de producirlos, y al que se le atribuye la calidad de cláusula restrictiva en las hipótesis de término inicial, que hace que la producción de los efectos del acto venga retrasada respecto de aquella que sería la normal actuación y de término final cuando la cesación de los efectos del acto es anticipada respecto de la normal (aunque Lucifredi no lo indica expresamente, es obvio que tales reflexiones son válidas para los actos favorables, ya que únicamente en esta clase es factible asignar al término —en las condiciones expuestas— una función restrictiva o limitativa); b) la condición, suspensiva o resolutoria, positiva o negativa; c) las reservas de revocación; ch) las reservas de rescate; d) las reservas de anulación.

Modernamente, sin embargo, a fin de evitar las inconsecuencias que una rígida aplicación del principio de tipicidad provocaría, se propone —por González Mariñas— distinguir en el acto administrativo dos sectores o grupos de componentes: sustancialmente típico el primero, modalizable el segundo. Se afirma así que en la estructura de las decisiones administrativas hay un tronco típico, integrado por elementos generales no modulables (causa, motivos, fin; forma y presupuestos jurídicos del acto, tanto a los atinentes al sujeto —competencia y legiti-

mación— como los que afectan al objeto, es decir, condiciones, modos y términos). Ninguno de tales factores admitirían la incorporación, exclusión o modulación voluntaria por parte de la Administración, debiéndose cumplir siempre en los términos estrictos fijados por la ley (aquí se debe observar que, según González Mariñas, de tal forma quedaría obviada la primera inconsecuencia en tanto doctrina y jurisprudencia no han sabido siempre diferenciar estos planos, calificando como cláusulas de incorporación voluntaria aquello que no son sino meras «condiciones iuris, dies iuris o modus iuris» en la terminología civilista— o, en otras palabras, presupuestos jurídicos del acto administrativo). Frente a este eje típico, sería posible acotar otro sector interno del acto (su objetivo mismo) que admitiría, en ciertas circunstancias, la modulación voluntaria por parte de la Administración, pues aunque la dinámica del principio de tipicidad construye la voluntad administrativa a unos límites reducidos, la autoridad no puede escapar en la elección y determinación del objeto del acto a las indicaciones que recibe de la norma que, en múltiples ocasiones, no describe totalmente el objeto de la decisión. Tales cláusulas, que se denominarían «sustantivas» (por contraposición a «accesorias») resaltarían mejor el punto de incidencia (el objeto de la decisión) a la vez que evocarían toda la trascendencia posible de sus efectos, ya que las cláusulas sustantivas, cuando se incluyen afectan a la misma perfección y validez del acto, es decir, producen la aptitud abstracta de la decisión a la cual se incorporan para la producción de efectos jurídicos en alguna forma inculcados por la cláusula. Y finalmente, ya fuera del orden interno, se debería considerar también con qué alcance y con qué técnicas, puede operarse la modulación voluntaria del acto en cuanto a su eficacia, es decir, si en presencia de una decisión válida y perfecta, puede la Administración demorar o zanjar su aptitud concreta para producir los efectos que le son propios en atención a circunstancias externas y extrañas a su misma naturaleza. Aquí encuadrarían, por lo tanto, las llamadas «cláusulas accesorias» de los actos administrativos, consideradas casi siempre como género cuando, en realidad, no

son más que una especie (y además la menos frecuente e importante) de la modulación voluntaria. En el esquema clasificatorio sugerido, las cláusulas sustantivas serían aquellas determinaciones relativas a la validez que la Administración incorpora al acto ejerciendo una potestad discrecional conferida, explícita o implícitamente, por la norma, delimitándose con ellas el objeto de la decisión, es decir, el propio contenido de la declaración de derechos. No se trata ni de componentes accesorios —pues suministran un «quid novum» al mismo objeto de decisión— ni tampoco de los presupuestos jurídicos de existencia (de por sí inmodulables) ya que la cláusula sustantiva es contingente en su incorporación, aunque adquiera toda su virtualidad sustantiva, afectando a la misma validez del acto, cuando se la inserta.

Queda así perfilada en función de las reflexiones detalladas, una categoría conceptual modular dotada de una identidad precisa, que consiste, por un lado, en la especificidad del título habilitante (siempre una potestad discrecional, una potestad que no se confunde con la libre voluntad de la Administración) y de otro, en la aptitud para fijar, dentro de la gradación de efectos posibles, tres regímenes jurídicos referenciales que se corresponden con tres tipos definidos de cláusulas sustantivas: las revocatorias «*ipso iure*» que provocan la decadencia instantánea del acto total; las cláusulas de reserva de revocación, que abren una posibilidad revocatoria total o parcial y las cláusulas que imponen obligaciones, que generan, como efecto primordial, aunque no único, la obligatoriedad del cumplimiento.

Es evidente que la propuesta de González Mariñas constituye un importante esfuerzo teórico por encontrar una ubicación sistémica de las cláusulas accidentales, accesorias, de modulación o como, en definitiva, se las quiera designar, del acto administrativo. No obstante, es posible advertir, por más que el autor destacara previamente las incoherencias a las que conduce, que el influjo del principio de «tipicidad» del acto administrativo se sigue haciendo sentir, particularmente cuando se intenta negar absolutamente la posibilidad de que la libre voluntad de la Administración pueda fundar una cierta deci-

sión. No es que la tesis carezca de atractivos; es sencillamente irreal.

VI

Independientemente de la opinión que merezca la articulación legal concreta, lo cierto es que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos ha suprimido una discusión teórica interminable respecto del concepto y de las hipótesis de revocación de los actos administrativos. La experiencia de otros ordenamientos (es paradigmático el comentario de Lucifredi: 203, n. 51 donde se enumeran nada menos que diez criterios distintos) demuestra el acierto de fijar normativamente los supuestos de revocación. A partir de tal premisa, encontramos ya una primera distinción a formular: las reservas de revocación pueden estar contenidas en la norma o bien ser incorporadas como reserva especial al acto o negocio jurídico del cual se trate. Y en la primera de las hipótesis mencionadas hasta se podría discernir entre la cláusula general que la ley consagra (art. 18, segundo párrafo) y las reservas de revocación establecidas en regímenes sectoriales, también con carácter normativo. Una disposición como la consignada en el art. 18 de la LNPA (que habilita la revocación, modificación o sustitución del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia con indemnización de los perjuicios causados a los administrados) cancela las discusiones dirigidas a esclarecer si las reservas de revocación comportan un elemento accidental del acto administrativo, a determinar si, en tal caso, se trata de un término o de una condición o, inclusive, a precisar si se le debe, o no, atribuir autonomía conceptual en la dogmática general. Se podrá, ciertamente, discutir la perequidad de la fórmula (pues, en efecto, no cualquier clase de decisión administrativa se presta a la revocación por razones de oportunidad) e, inclusive, debatir la constitucionalidad de un mecanismo que globalmente otorga a la Administración (Gordillo ha dedicado a la cuestión páginas insustituibles) pero parece in-

dudable que el precepto aludido conforma, por sí mismo, una verdadera reserva de revocación de carácter general normativamente estatuida. Como la comentada disposición es, en el derecho comparado, excepcional, la materia de discusión no puede girar alrededor de la validez de las reservas de revocación según han sido estudiadas tradicionalmente por la doctrina, sino en torno a la eventual exclusión del resarcimiento que la norma (también con carácter general) determina para los supuestos de sacrificio de derechos por razones de oportunidad. De ahí que pese a que algunos autores incluyen dentro de las reservas de revocación por desajuste del acto con el ordenamiento jurídico (ad. ex. art. 17, LNPA: revocación del acto nulo; art. 18: revocación del acto cuando el interesado hubiere conocido el vicio) la mecánica de las reservas de revocación no encuentra aplicación.

Se ha sustentado también (concretamente: Marienhoff) que corresponde excluir la revocación por oportunidad de toda razonable «reserva de revocación» ya que tal situación sería redundante: «la revocación por razones de oportunidad tiene por objeto satisfacer exigencias del interés público y su fundamento es análogo al de la expropiación por utilidad pública. Siendo así, va de suyo que, en este orden de ideas, una reserva de revocación no se justifica, pues ella por principio procede en cualquier momento en que el interés público lo requiere». Añade el autor mencionado que, inclusive, sería «trita cualquier estipulación en que la Administración Pública abdicase de su facultad de revocar un acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia».

Dejemos de lado —y en forzosa incógnita— por qué sería «trita» una abdicación de la Administración del ejercicio de la potestad revocatoria (es pensable, por ejemplo, una renuncia temporalmente confinada) y señalemos que ante un criterio como el sancionado por el art. 18, segundo párrafo, de la LNPA la reserva de «revocación viene a cumplir la función de dispositivo excluyente de la reparación; desde tal perspectiva, su importancia es obvia, por cuanto en la medida que el ordenamiento consagra la potestad de revocar las decisiones administrativas

por razones de oportunidad, las consecuencias de la incorporación al acto de una reserva de revocación únicamente puede tener por objetivo modular los efectos que normalmente se seguirían del ejercicio de la potestad conferida. Es, por ello, más ajustado el diagrama conceptual bosquejado por Alessi (la sistematización había sido ya anticipada por Lucifredi), quien al examinar las reservas de revocación indica que se trata de cláusulas con función restrictiva, es decir, dirigidas a cercenar los efectos normales del acto administrativo en el que son incorporadas y que pueden destinarse a: 1º) tornar susceptible de revocación un acto que de otra manera sería irrevocable; 2º) tornar susceptible de revocación, por otros motivos, un acto que, según el ordenamiento, sólo podría ser revocado ante la concurrencia de circunstancias determinadas específicamente por la ley; 3º) tornar susceptible de revocación, sin indemnización conferida al destinatario, una decisión que, justamente, otorgaría derecho al resarcimiento en caso de revocación.

Las dos primeras hipótesis parecerían no admitir la inclusión de reservas de revocación mediante la autoatribución de la propia Administración, mediando silencio del ordenamiento. Ya hemos indicado que, pese al tenor literal de la disposición contenida en el art.18, segundo párrafo, de la LNPA, orientada a estatuir un criterio general, hay determinadas decisiones administrativas que no se prestan al ejercicio de la potestad revocatoria, por lo que mal podría ser aceptada la validez de la reserva. Por ello es que, en este caso, así como en el supuesto de inexistencia de los motivos que expresamente la ley establezca (donde la ley tasa concretamente las circunstancias fácticas que habilitan la revocación) la naturaleza propia de las potestades administrativas (conferidas por ley o por autoatribución normativa válida) y el sometimiento a la tipicidad normativa, enervan la validez de las reservas.

El último de los supuestos numerados muestra, por el contrario, cierta permeabilidad, pues, en última instancia, traduce una dispensa de la carga indemnizatoria que como principio grava a la Administración en las hipótesis de revocación por razones de oportunidad o conveniencia y que si es

libremente pactada ingresa dentro del ámbito de la autonomía consensual. García Trevijano —que acepta la fiscalización judicial de la cláusula— propicia que se la debe declarar nula cuando excluya «a priori» toda indemnización; señala que el derecho a ser indemnizado es una cosa y otra muy distinta el derecho a cobrar, porque se puede tener derecho y no demostrar los perjuicios, lo cual es una cuestión de prueba; pero no se puede —agrega— «incluir una cláusula que de antemano suprima el derecho a indemnización».

La conclusión no tiene presente, sin embargo, el hecho de que ninguna vinculación existe entre la validez material de la cláusula y la efectiva configuración de perjuicios. Es muy obvio que si no se acredita el daño, no existe derecho a indemnización; la operatividad de la reserva de revocación funciona en otro plano, o sea, en la posibilidad de suprimir el resarcimiento aún mediando perjuicio. En nuestro ordenamiento la cuestión debería ser apreciada en los términos de los arts. 21 y 953 del Cód. Civ. (cuya funcionalidad en las relaciones jurídico-administrativas no es dudosa) que marcan un límite a la validez de los pactos dispositivos. La indagación apunta entonces a determinar si una convención dirigida a excluir la indemnización en los casos de revocación de derechos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, puede transgredir aquellos límites de validez cuando está de por medio una renuncia concerniente a derechos establecidos en el interés del particular que interviene en la relación jurídica (art. 872 del Cód. Civ.) quien, inclusive, hasta podría lograr determinados beneficios en función de la dispensa de reparación. Cabe, en cambio, compartir la afirmación de García Trevijano en el sentido de que los privilegios y prerrogativas de la Administración ceden y desaparecen cuando falta el horizonte del interés público. Una cláusula de reserva de revocación, eventualmente incausada y sin indemnización, pugnaría con la validez de los pactos dispositivos. Bien indica De La Cuetara (con especial referencia a los permisos de uso) que «la posible revocación, en sus diversas formas, no es nunca una facultad libérrima de la Administración, pues en caso de no ser necesaria para la gestión concreta

del dominio público vinculado por una autorización, toda revocación arbitraria, sin causa justificada, debe ser repudiada en un sistema que proscriba la arbitrariedad de los poderes públicos». Por lo demás, la reserva de revocación no equivale a una condición resolutoria potestativa y absoluta que comporte la nulidad del acto condicional, sino a una reserva de revocación por motivos de interés general, lo cual implica un elemento objetivo admisible dentro de un acto administrativo; criterio éste que cuenta, a partir de la sanción de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos, con expresa cobertura normativa.

VII

En no pocas oportunidades, las reservas de revocación aparecen ligadas a las «cláusulas de precario». Martín Mateo, por ejemplo, afirma que el sentido singular que la precariedad exhibe es del de posibilitar a la Administración, por razones de oportunidad, modificar o extinguir unilateralmente una situación jurídica-administrativa mediante la inclusión de esta cláusula en el negocio que la origina. La cláusula de precario implica una declaración de voluntad, circunstancia que la diferencia de las situaciones meramente fácticas toleradas por la Administración y supone, además, una expresa reserva de poderes, sin la cual no podrían ser revocados los efectos del acto administrativo. Distingue, además, dos especies de precariedad: a) la de primer grado (que permite a la Administración revocar o modificar el acto originario, pero no lo exonera de indemnizar las consecuencias económicas que su intervención unilateral determina para el afectado, tratándose aquí de un supuesto especial de transformación de derechos que opera en virtud de la reserva que en tal sentido formula la Administración y que pertenece al «genus» más amplio de la conversión de derechos; b) la de segundo grado, cuyos efectos se prolongan hasta la eliminación de cualquier pretensión indemnizatoria.

El ámbito natural de este especie comprendería «aquellas situaciones que inequívocamente remiten a la provisionalidad

de la situación y a su intrínseca transitoriedad, conocida y aceptada por el beneficiario de la misma». En sentido similar se pronuncian García de Enterría-Fernández Rodríguez al indicar que si la finalidad de las reservas de revocación es excluir la indemnización y garantizar la absoluta libertad revocatoria de la Administración, sólo cabe admitirlas en circunstancias excepcionales, cuando se trate de situaciones efímeras por su propia naturaleza y planteamiento, es decir, en aquellos casos en que la finalidad propia del acto administrativo, según la norma en virtud de la cual se ha emitido, no es la de conferir un verdadero derecho, sino sólo una simple tolerancia de carácter provisional. Se afirma también (por Martín Mateo) que la precariedad se inserta plenamente en el elemento causal del acto administrativo, en cuanto permite el definitivo mantenimiento de los intereses atendidos por la Administración y posibilita la creación de situaciones jurídicas que no se hubieran podido configurar si no se velase anticipadamente porque el propósito negocial perseguido —prevalencia de unos determinados intereses públicos— se mantenga indefinidamente, pese al cambio de circunstancias. Sería desorbitado —añade— el tratar de legitimar de esta forma cualquier revocación de actos administrativos por razones de oportunidad.

Estrictamente, sin embargo, la precariedad —en el derecho positivo— no se vincula a la revocación por razones de oportunidad. La revocación debida a razones de conveniencia en el gestión de los intereses públicos exige, indispensablemente, fundar la valoración del interés concretamente perseguido, aunque tal apreciación se encuentra primariamente conferida a la Administración. El acto administrativo revocatorio de derechos por la causal aludida requiere (además del resto de los requisitos de validez) causa y motivación (art. 7. incs. b y e, LNPA) y la válida extinción o modificación de derechos previamente asignados se encuentra subordinada al cumplimiento de tales exigencias. La precariedad, en cambio, es algo diverso y juega en los casos en que los derechos nacen, para emplear una locución habitual, «debilitados» y en los cuales la Administración no está fatalmente obligada a, por ejemplo, motivar sus

decisiones. Sólo que estas hipótesis (rectamente interpretadas) son verdaderamente excepcionales en el ordenamiento jurídico.

VIII

Según el art. 16 de la LNPA, «la invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido». Al comentar esta disposición la doctrina, suele, por lo general, dar por sentado que dentro de tales cláusulas «accidentales» o «accesorias» se ubican las así tradicionalmente calificadas por la dogmática común (términos, condiciones, modos) y las que son producto de las singularidades de las relaciones jurídicas en las que interviene la Administración (p. ej. «reservas»). Tampoco es aquí factible ensayar, aunque la cuestión mereciera la pena, una explicación acerca de cómo una máxima de antigua raigambre —*utile per inutile non vitiatur*— reproducida con carácter general en el art. 1039 del Cód. Civil, ha sido incorporado positivamente al ordenamiento jurídico administrativo donde su función (ya muy discutida en el derecho civil al punto que Bibiloni restringía su incidencia a las disposiciones de última voluntad) parece ciertamente muy limitada. Claro es que todo depende de la significación concreta que se atribuya al carácter «accidental» o «accesorio» de una determinada cláusula. Giannini, al comentar la obra clásica de Lucifredi, criticaba, justamente, una cierta tendencia al «pan-accidentalismo» que hacía ingresar en tal calificación cualquier suerte de estipulación del acto administrativo, no referida estrictamente a los componentes esenciales; observación a la que no es difícil adherir, ya que llevando aquel original criterio hasta sus últimas consecuencias, resultaría que toda modulación que desbordara la específica materia que el acto trata o decide debería ser catalogada como un elemento «accidental» o «accesorio», lo cual no se ajusta a la realidad.

Los eslóganes habituales sugieren que para que opere la invalidez de la cláusula y proceda simultáneamente la redu-

civilidad del acto a sus elementos esenciales, la ley ha establecido dos requisitos fundamentales: la independencia o separabilidad de la cláusula accesoria de los demás elementos del acto y que la disposición inválida no constituya la esencia del acto o razón principal que hubiera inducido a la Administración a dictarlo (recuerdo éste último que traduce realmente una lógica inercial, pues si la cláusula forma la esencia del acto o la razón principal, es obvio que ya no sería «accesoria» o «accidental»). Marienhoff (glosando a Lucifredi) distingue los casos de actos emitidos en ejercicio de una actividad reglada o vinculada (en los cuales la invalidez de la cláusula o elementos accidental en nada afecta la validez del pertinente acto administrativo) de aquellos emitidos en ejercicio de la potestad discrecional. La distinción de Lucifredi (cláusula accidental consignada en beneficio de la Administración, con la subsecuente consecuencia de que mientras en el primer caso la invalidez de la cláusula no vicia el acto, en el segundo suscita la invalidez) es objetada con el argumento de que «el interés público es fundamental ciertamente y en modo alguno debe ser agravado, pero en estos casos no es el único a considerar; también debe ser tenido en cuenta el interés del administrado o particular quien puede haber querido el acto administrativo únicamente si éste contuviese la cláusula accidental en cuestión. El interés del administrado, aún en el campo del derecho público también merece y tiene el amparo del orden jurídico. En tales condiciones anular esta cláusula y dejar subsistente el acto principal implica una injusticia, aparte de que traduce una subestimación del valor de la voluntad del administrado en la formación y en los efectos de ciertos actos administrativos (los de «estructura bilateral»). Pareciera, pues, que la conclusión es que no se puede mantener la parte válida del acto. El reparo, con todo, silencia el núcleo principal del razonamiento de Lucifredi erigido en la circunstancia de que, en las hipótesis diseñadas, se trata de actos favorables al administrado, que contienen cláusulas que añaden un suplemento todavía más favorable, aunque con infracción al ordenamiento jurídico. Son elocuentes los ejemplos suministrados por el autor: a) autorización para construir en la cual figura una cláusula mediante la cual el constructor es dispensado de la observancia de

una obligación inderogable establecida en el reglamento de edificación; b) designación de un empleado, con la incorporación de una cláusula que disponga un estipendio superior al que le corresponda; c) concesión de trabajos industriales con dispensa de la obligación (que había sancionado el art. 5 del decreto ley 1741 del 2 de noviembre de 1933) de emplear personal de nacionalidad italiana). La solución predicada para estas hipótesis (anulación de la cláusula y validez del acto) es la que se impone, jurídica y lógicamente. Demostrada la ilegalidad de la disposición y la imposibilidad de que provoque efectos jurídicos, queda librada al particular aprovechar la parte válida de la atribución (recuérdese que se trata de actos favorables) o renunciar a ella. Nada se ganaría, pues, con la supresión o inaplicación total del acto, en contra, además, del principio capital que informa la materia y que, como es notorio, tutela la conservación de los hechos y actos creadores de derechos. De todas maneras, para el punto central del presente estudio, estas reflexiones exhiben un matiz más bien marginal: las reservas de revocación, en efecto, actúan en actos favorables, pero su función es restrictiva, es decir, son cláusulas impuestas en beneficio de la Administración. La tesis clásica, en línea de principio, apuntaba a la nulidad íntegra cuando la cláusula inválida restrictiva de los efectos normales del acto se dirigía a influir sobre todos los efectos del acto mismo o al menos sobre los efectos típicos del acto. Así, por ejemplo, si la reserva de revocación era ilegítima, ya que con su imposición la autoridad había querido asegurarse una facultad, más extensa que la conferida por la ley, para hacer cesar todos los efectos del acto. Pero ya hemos indicado que ante un texto expreso como el del art. 18 de la LNPA que, bien o mal, estatuye un apoderamiento global a la Administración para revocar decisiones atributivas de derechos por razones de oportunidad, una solución como la postulada es de índole realmente excepcional, pues la tésis cardinal de una reserva de revocación será, en la inmensa mayoría de los supuestos, dispensar la reparación de daños. Si, en definitiva, se resolviera la ilegalidad de una convención de tal tipo, la cuestión pasará entonces por la procedencia de la indemnización y no por la nulidad íntegra del acto donde se ha insertado la cláusula.

Comentarios Bibliográficos

1. El estudio de Zanobini situado en el texto —que, como se ha indicado, fue la prelección al curso de derecho administrativo y ciencia de la administración tenida en la Universidad de Pisa el 21 de Enero de 1934— lleva por título «L'Attività Amministrativa e la Legge». Publicado en la Riv. di Dir. Pubbl., Vol. XVI, 1934, I, 383 y ss., se publicó posteriormente en Zanobini: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Milán, 1938, 303-313; cfr. igualmente, Corso di Diritto Amministrativo, I, Milán, 1938, 358-360 (en la trad. esp., Buenos Aires, 1944, 332); Giannini: *L'Interpretazione dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, 364 y ss., 367; Becchetti: *Appunti di Diritto Amministrativo*, Padova, n.º 60, 136-137; Fatigo: *L'Attività Amministrativa*, Milán, 1944, 123-123; Miele: *Principi di Diritto Amministrativo*, Padova, 1946, n.º 45, 126-160 (aunque con distinta terminología para las cláusulas necesarias en función de la tipicidad: requisitos accidentales de eficacia); Sandulli: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1974, n.º 128 (420-421); la tipicidad viene definida por la adscripción a los tipos previstos en el ordenamiento y a aquellos únicamente; cada uno de ellos está caracterizado por la función peculiar asignada por el ordenamiento; la realización del interés público específico al cual está subordinada. *Novitas actividad ea*, por otro lado, la necesidad de que a cada interés público particular de realizar corresponda un tipo de una perfección definida —implícita o explícitamente— por la ley. La acción administrativa imperativa se manifiesta a través de los *requerimientos típicos taxativos*, científicamente determinables y clasificables, los cuales forman las varias tipos o figuras de las previsiones (acciones). Estas constituyen, por lo tanto, un "número cerrado"; Basile: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milán, 1984, 78; Virga: *Diritto Amministrativo*, II, Milán, 1967, 11-12, aunque rechaza la idea que de la tipicidad puede seguirse también la nominatividad de los tipos de decisiones en el sentido de que es válido admitir otras figuras de actos fuera de los que conoce el ordenamiento. Anteriormente (II *Procedimento Amministrativo*, Milán, 1968, 48-49) Virga había expresado la idea de la tipicidad, sea que se refiriera al contenido o a la causa, aceptando, en cambio, la idea de *nominatividad*: que entendida como la imposibilidad de que la Administración Pública estableciera decisiones fuera de las hipótesis en las que la ley no consintiera, implícita o explícitamente, su emanación; Caporali: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Padova, 1969, n.º 143 (266-268): «la tipicidad es, ante todo, tipicidad del poder de supremacía que corresponde al ordenamiento (para la Administración, no para el legislador) y a la inexistencia de un poder general»; Giannini: *Corso di Diritto Amministrativo*, III-I, Milán, 1967, n.º 103 (110-116) indica que «la tipicidad comporta una conexión, fijada por la norma entre los diversos elementos del acto administrativo y una pre-determinación, siempre normativa, del contenido esencial de la voluntad» p. ej., la relación de empleo público se puede extinguir por diversas causas que requieren distintos presupuestos, diversos motivos y diverso contenido». De todas maneras, el autor se preocupa de aclarar que «aunque la mayor parte de las provisiones administrativas son típicas, ello no significa que la voluntad de la Administración pueda ser reducida a un elemento mecánico, pues la Administración tiene siempre el poder de aplicar situaciones particulares»; Betti: *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Madrid, 1978, Cap. XV; Vedel: *Essai sur la notion de cause en Droit Administratif Français*, París, 1934, 367, 368, 313-314; Walter: «Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative», París, 1929, 11 y ss.; cfr., críticamente: P. Fy: *Le Rôle de la Volonté dans les Actes Administratifs Unilatéraux*, París, 1978, 33-34); la sublimación de la idea de la tipicidad de las decisiones administrativas llega al punto de que se falta

autares (de la talla de Alessi, por ejemplo) que inclusive han sugerido que, de manera similar al derecho romano antiguo, el derecho administrativo se resuelve en un sistema de negocios típicos. Quizás no resulte superfluo recordar que en el derecho romano clásico los negocios jurídicos son rigurosamente típicos, en cuanto resultan fijados en advance bien definidos y tienen cada uno un tipo propio que aparece notoriamente caracterizado bien por la forma solemne que se exige, unívocamente precedida al efecto de crear o disolver la obligación o transferir la propiedad, bien por la causa o función económico-social a la cual es destinado el negocio; bien por la forma y la causa en conjunto, como sucede en ciertos negocios solemnes en los que la forma es, según norma del *ius civile*, medio necesario y al mismo tiempo exclusivo para la ejecución de un determinado efecto a una cierta función, no actuables de otro modo. En este esquema, propio del derecho romano clásico, la forma y el contenido prescriptivo constituyen una unidad orgánica inescindible en la que el reflejo subjetivo adquiere valor jurídico en cuanto sea socialmente reconocible a través de la estructura típica y el significado objetivo del acto mismo. La concepción post-clásica y justinianea, por el contrario, dividirá aquello que en la jurisprudencia clásica era una unidad inescindible (la unidad del acto y su contenido) correspondiendo el contenido a su expresión exterior. De ahí que el negocio jurídico del derecho romano-justinianeo se module como un acto de autonomía privada que responde a esquemas legales libremente modificables a los cuales la ley vincula los efectos jurídicos presuntamente queridos por las partes. Esta es, esencialmente, la diferencia entre la tipicidad en el moderno negocio jurídico y la singularidad del derecho romano clásico, en el cual las funciones económico-sociales admitidas como idóneas para justificar la tutela jurídica de la autonomía privada (llamadas *causae comites*) aparecen taxativamente determinadas, numérica y constitutivamente por el mismo orden jurídico, el cual dispone previamente diagramas y tipos fijos de causas que la autonomía de las partes no puede alterar o modificar a su arbitrio. Esta tipicidad, informada por un rígido esquematismo y la necesidad de desincrustación técnica, se acomodaba al sistema romano de las *actiones*, en el cual la tutela jurisdiccional no era concedida sino a quien ejercitase en juicio de manera concreta una de las *actiones* aceptadas por el derecho civil o pretorio y el tipo de negocio estaba determinado por la capacidad para dar origen a un acto civil o pretorio (*actio*, magistralmente, Betti: *Instituzioni di Diritto Romano*, Pádua, 1947, 111-115; *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, 1959, nº 23 (182-217); Alvarez Sastre: *Curso de Derecho Romano*, I, Madrid, 1958, 177-178). La diferencia entre una y otra concepción contribuye a comprender mejor la ulterior evolución del negocio jurídico, por la vertiente del *ius commune*, en el derecho moderno, así como la radalidad de las rígidas delimitaciones entre uno y otro tipo de negocio: v. Larraz: *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1958, Cap. I, §. II; Hedemann: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1958, nº 31 (231-234); Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, nº 247-268 (239-240); otras referencias, para el *Derecho Romano*, en Biondi: *Instituzioni di Diritto Romano*, Milán, 1965, 374; Schulz: *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1962, 451; D'Onof: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, 430; Arias Bonet-Arias Bonet: *Derecho Romano*, II, Madrid, 1977, nº 200 (876-879); Arangio Ben: *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1973, Cap. XII y XIII; *Orlando de Malafosse: Derecho Romano y Francés Histórico*, I, Barcelona, 1969, 75 y ss., 317 y ss. (siempre con las muy importantes citas de M. Fainret; Voet: *La doctrina romana del contrato*, Milán, 1946, 360 y ss.; Kaaser: *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1968, 37-41; Geis-Alonso y Calera: *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, 1979, 60-61.

II. Las consideraciones formuladas en orden al concepto y función de la tipicidad previenen, sustancialmente, de la siguiente bibliografía. Ante todo, doctrinariamente: Larrea: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, 364 y ss.; *Engisch: Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtslehrewissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1963, 137 y ss.; H. E. Hebeke: *La Ciencia de Hebeke*, Buenos Aires, 1970, 88-93; Hebeke: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1968, 671 y ss.: «el establecimiento jurídico de la norma como tratamiento generalizador de los casos jurídicos responde, fuertemente a la situación del dador de la norma que es relevante a la materia de regulación procede en parte mirando hacia atrás y en parte mirando hacia adelante. En la óptica retrospectiva que da el material empírico existente dentro de su sector de regulación resume aquellos fenómenos o relaciones de la vida que, por sus características coincidentes, forman un conjunto como unidad social de sentido y según el plan y el fin del legislador de la regulación. El instrumento predominante de que se sirve el legislador para ello es la formación jurídica de tipos apoyada en la tipicidad previamente dada de la vida» (cfr. *Curso Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, 33 «la norma se refiere a hechos abstractos, no a hechos concretos. En este un rasgo extraordinariamente esencial. El orden jurídico no se interesa por individualidades, sino por los tipos; lo que la ley contempla son relaciones típicas que se repiten. Cierta que regula la vida social, pero sin aferrarse más que en forma abstracta y típica»). El sentido básico utilizado en el texto (modelo conligado de características que puede ser repetible indefinidamente en un indefinido número de ejemplares) es conservado además en usos corrientes del lenguaje común. Así, para la biología (Kortschmar: *Constitución física y carácter*, 1948) o para la psicología (Eysenck: *The Structure of Human Personality*, 1953), ambos en Abbagnano: *Diccionario de filosofía*, México, 1963, 1146; para la estructura típica del concepto de tipo, con los medios de la lógica matemática, Hempel-Oppenheim: *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, London, 1936 (cspud. Larrea: 348, n. 18); el significado del concepto no es diverso, inclusive, en la denominada «teoría de los tipos lógicos» de Russell y Whitehead; en la sociología la introducción del concepto de tipo se debe a M. Weber (cfr. *Ensayo: Ideología y Teoría Sociológica*, Buenos Aires, 1968, 128-133; Maciver-Pages: *Sociología*, Madrid, 1963, 124-126); para la teoría política, G. Jellinek: *Teoría General del Estado* (trad. esp.), Buenos Aires, 1970, Cap. II, ap. III y IV (22-30); por último, la idea de la tipicidad social es desarrollada por Betti: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Cap. III (152-157).

III. La relación de coherencia y simultánea fundamentación de la tipicidad (principio de legalidad-potestades administrativas) en García de Enterría-Ferrás de los Rodríguez: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1964, Cap. VII, 418-424; Cap. I, 507-508 (cfr. también Villar Palasi: *Apuntes de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1973, 173-175; II, 21-27; Villar Palasi-Villar Encerría: *Principios de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1963, 69-70, donde la tipicidad refleja, ante todo, la aplicación al caso concreto de un grupo normativo. Sobre las manifestaciones burocráticas de S. Romano (Fragmentos de un Diccionario Jurídico, trad. Servis Melendo - Agerre Radia, Buenos Aires, 1964, con «Poderes, Potestades», 297 y ss.) se generaliza la aplicación técnica de la figura de la potestad en la doctrina italiana y buena parte de la española: Garrido Falla: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1970, 393-397; Estrada Cusera: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1974; nº 111 (477-480); recientemente, De La Maza: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1967, 287-288; López Pujó: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Murcia, 1967, Lec. 14; Comulenta Mestayer: *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1960,

109-111; específicamente, De La Cuesta: *Las Potestades Administrativas*, Madrid, 1988, 12 y ss.; 35-62; 73 y ss.

IV. La confrontación entre la tipicidad del acto administrativo y el negocio jurídico privado es de rigor entre quienes estudian la cuestión, siendo también de rigor destacar la relegación del papel que cumple la voluntad en las operaciones administrativas, a la inversa de la función conformadora que en el derecho común desempeña a través de diferentes mecanismos, la autonomía convencional (en estricto sentido); Jousseand: *Derecho Civil*, I, 1, Barcelona, 1990, nº 131; —cuando la voluntad responde a los tres caracteres que acabamos de precisar, cuando es jurídica, sana y cuando, si es necesario, se une a otra voluntad, está dotada de eficacia, produce efectos jurídicos y puede, en tal caso, caminar a su anchura; tiene el campo libre y es autónoma. El principio de la autonomía de la voluntad domina incontestablemente toda nuestra derecho y le imprime un sesdo esencialmente liberalegi; Staff: *Teoría del Negocio Jurídico*, Madrid, 1969, Introducción, XIII-XI; L. Form: *La Autonomía Privada*, Madrid, 1968, Introducción, 3-13; desde una perspectiva manifiestamente adversa y crítica, Mackenberger: *La Legitimación a través de la negación de la realidad*, en Barcelona, Hart, Mackenberger: *La Formación del Jurista. Capitalismo Monopolístico y Cultura Jurídica*, Madrid, 1983, párrs III, 73 y ss. (cf. Spota: *Contratos*, Buenos Aires, 1974, nº 13-19 (26-28); las reflexiones respecto de la función de la dogmática en Betti: *Interpretación*, 104-107; cf. Zuleta Puccio: *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Madrid, 1981; —para una parte de la doctrina, la dogmática jurídica se identifica con la idea de la ciencia del derecho concebida como doctrina del concepto lógico trasladada al ámbito jurídico. La dogmática es vista como un saber esencialmente descriptivo, basado en un conjunto de procedimientos abstractivos capaces de obtener a partir de los materiales del derecho positivo, una red de instituciones que agrupadas y ordenadas según criterios de coherencia interna, se constituyen en sistema; para esta concepción vastamente difundida en el terreno de las disciplinas particulares, la ciencia jurídica tiene por objeto la explicitación y sistematización del contenido de las normas jurídicas que, en un cierto momento y en un cierto espacio constituyen un sistema jurídico en vigor (11-12). Es evidente, en todo caso, la resonancia de Ihering además de las observaciones de Zuleta, cf. Luzzani: *Storia e Teoria della Costituzione Giuridica*, Torino, 1963, Cap. I, 9-34; Wälchlin: *La Metodología Jurídica en el Siglo XIX* —trad. esp.— Madrid, 1980, Cap. III, nº 6 (103-108); Lohmann: *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid, 1983, Cap. II, 627-621; Zuleta Puccio: *Id.*, sobre la dogmática romana: es evidente, en el caso de la dogmática, que la expresión no traduce un concepto universal, susceptible de ser entendido a cualquier época. Sería impropio, por tanto, hablar de «dogmática romana». Aquí se alude a las trascendental; estudios de E. Betti (1927-1929; cf. el prefacio a las *Lezioni di Dir. Rom.*, V-XVII. Me parece, sin embargo, que no era esa la finalidad esencial de los diferentes estudios de Betti, sustancialmente orientados a proponer una determinada dirección metodológica (cf. D'Ors: estudio preliminar a la trad. esp. de Biondi: *Arte y Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1953, 9-31, Esp. 28-22; Iglesias: *Derecho Romano*, Barcelona, 1958, Cap. III, 68-70, n. 88; De Francisci: *Puntos de Orientación para el Estudio del Derecho*, Barcelona, 1951, 50-62; v., por último, las comentarios del propio Betti a raíz de la encuesta de Labbe (1934) en *Interpretación*, 38-79, n. 30. La referencia a los actos administrativos implícitos: tiene en cuenta la reciente contribución de M.A. Tucci: *L'Atto Amministrativo Implicito (Profil) Dottrinale e Giurisprudenziale*, Milán, 1990; las citas de Nass provienen de *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración* (trad. esp. de C. Fernández de La

Vega y estudio preliminar de Villar Palasi, Madrid, 1964; las reflexiones y observaciones de G. Coarise se encuentran en *¿Qué es Administración?*, Milán 1963, 21-22, 25, 23-27).

VI. El texto de Lorifredi (ya mencionado): *L'atto Amministrativo nel suo elemento accidentale*, Milán, 1963 (anteriormente 1941); Cap. VI (muy importante también el Cap. IV, sobre la función y fundamentos de los elementos accidentales); el estudio mencionado de González Marín: *Una Nueva Perspectiva jurídico-pública para el estudio de las Clases de Voluntarios del Acto Administrativo*, ha sido publicado en el Libro de Estudios en Homenaje a J.L. Villar Palasi, Madrid, 1969, 317-320.

VI. Gordillo ha cuestionado, con serios fundamentos, la fórmula consagrada por el art. 18, segundo párrafo, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a partir del principio de que los derechos que una persona adquiere a raíz de un acto administrativo pueden también quedar englobados dentro del amplio concepto constitucional de propiedad. Por consiguiente, el acto puede ser privado de su propiedad sine qua non sin estar fundada en ley y si la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por la ley y previamente indemnizada, no se observa cómo un derecho que integra el concepto constitucional de propiedad pueda quedar sometido a la sola voluntad de la administración que sin calificación legal específica para el caso de utilidad pública, quite ese derecho constituyéndolo por una indemnización. Considera, en suma, que «los actos que tienen estabilidad (no, pues, los actos precarios) no irrevocables no sólo por razones de legitimidad sino también y con mayor fuerza aún, por razones de oportunidad. Sólo procederá la revocación por razones de interés público, mediante indemnización, cuando así lo autoriza una ley posterior de orden público, al decir de la Corte Suprema, o una ley que califica de utilidad pública el derecho concreto en cuestión, por analogía con la expropiación. La consecuencia primordial del examen formulado por Gordillo es que «la declaración genérica del artículo 18 de la LNPA es, pues, totalmente inconstitucional y una revocación así fundada sería inconstitente»; cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3, Buenos Aires, 1978, Cap. VI, 10-4.2. y 10-4.3.; Cap. XIII, 8.3; un criterio similar había anticipado J.H. Neenan: *Revocación de los Actos Administrativos* (separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, II, Córdoba, 1968, nº 79, 168-169): «Cabe dejar aclarado que si bien en relación a la revocabilidad de los actos administrativos los derechos subjetivos perfectos constituyen un límite; por impedirlos absolutamente, con referencia a los intereses colectivos a satisfacer son sólo un obstáculo perfectamente salvable, dado que si se considera necesario atenderlo, siempre será posible hacerlo respetando a su vez estos derechos intangibles, efectuando la pertinente expropiación; es decir, transformando esos derechos en una justa indemnización». Las referencias de Martenshoff en *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Buenos Aires, 1975, nº 420 (264-266); las de García Trevijano en *Los Actos Administrativos*, Madrid, 1968, 175 y ss.; En Forsthoff *Tratado de Derecho Administrativo* (trad. esp.), Madrid, 1958, 203 y ss. se examina la validez de la extemporaneidad, llegándose a una conclusión negativa; sin embargo, subsiste un margen para la validez de la extemporaneidad, exigíendose la existencia del destinatario a fin de que pueda alegar la eventual inexistencia de motivos objetivos en el acto revocatorio. La reserva de revocación vendrá a cumplir así una suerte de inversión de la carga probatoria; cfr. Flóres: *Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. esp.), Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1923, 162 y 201, luego de indicar que la autoridad pueda estar autorizada en

circunstancias excepcionales para volver sobre sus órdenes irrevocables alude a las reservas de revocación como modificación establecida en la misma ley. Tal es el caso de las licencias industriales, cuando no se puede prever al otorgar el permiso el dato que la nueva empresa pueda constituir; añade que «las reservas de este tipo son admitibles únicamente en cuanto sirven para hacer valer los preceptos consignados en la ley». Luego se ocupa de los supuestos de «revocación libre», que comprende los casos en que la concesión o denegación de una licencia pedida está sometida al arbitrio de la autoridad y ésta ha resuelto discrecionalmente la solicitud o licencia. En tales supuestos no hay derecho a la libertad de revocación, pues del mismo modo que la solicitud de la licencia sólo puede denegarse por razones de interés general, así también sólo es revocable si el especial interés público que la autoridad debió tener en cuenta justifica la revocación. La autoridad tampoco goza de mayor libertad si otorga la licencia (obligada o discrecionalmente) reservándose la facultad de revocarla, pues tal reserva significa solamente que la autoridad tiene derecho a revocar el permiso en determinadas circunstancias legales. Para la concesión entre las reservas de revocación y el denominado «permiso de policía», *cf.* Mayer: *Derecho Administrativo Alemán* (trad. esp.), II, Buenos Aires, 1950, 81; en *Stausberg*: *Tratado de Actos Administrativos*, París, 1973, 93-94: la diferencia entre un acto condicional y un acto emitido bajo reserva de revocación consiste en que el primero cesa de existir automáticamente en el momento del cumplimiento de la condición resolutoria, mientras que el segundo requiere una revocación formal pronunciada mediante un acto especial. La reserva de revocación que no se vincula a un hecho determinado (ad. ex. «el acto podrá ser revocado en todo momento») se acerca a la condición resolutoria potestativa, pero ella no tiene un resultado idéntico porque pese a la generalidad de la reserva la Administración no podrá revocar el acto más que por razones de interés del servicio, excluyéndose, por lo tanto, toda arbitrariedad. Las reservas de revocación son admitidas sólo sin norma jurídica habilitante siempre y cuando se refieran al interés del servicio; las reservas «tácitas», por otra parte, son aceptadas con grave circunspección, en tanto comprometen la estabilidad de las situaciones administrativas: *cf.*, para Italia, Alessi: *La Revoca degli Atti Amministrativi*; para Alemania, Wolff-Bachof: *Verwaltungsrecht*, I, München, 1974, 320-321, 419, 456; F. Mayer: *Begriff, Wesensmerkmale und Arten des Verwaltungsaktes sowie seine Funktion in der Deutschen Verwaltungsrechtslehre*, en el libro de Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó, I, Madrid, 1973, 569-585 (para la «Widerrufsvorbehalt»), 583-584; H. U. Erichsen: *Das Verwaltungsbanden*, en Erichsen-Martens: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-Nueva York, 1968, 137 y ss. 222 y en general, 241-255.

VII. Sobre las cláusulas de precario, en general, *cf.* Martín Mateo: *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, R.A.P., nº 56 (93 y ss.); Pérez Cúa: *Las concesiones de Dominio Público a título de Precario*, R.A.P., nº 24 (167 y ss.); Martín Recortillo (C): *Algo sobre el Precario Administrativo Municipal*, Sevilla, 1968; González Pérez: *Los Derechos Reales Administrativos*, Madrid, 1969; Azaí Regi: *Tres Sentencias sobre la Cláusula de Precario en Derecho Administrativo*, R.A.P., nº 116 (131 y ss.).

VIII. Para los antecedentes de la máxima «*utile per inutile non vitiatur*», *cf.* en el Derecho Romano: *actio ininter vivos*: D. 16.6.17, pr.; D. 16, 3, 1, 7 D. 22, 1, 29; D. 24, 1, 8, 8; D. 48, 1, 1, 8; D. 48, 1, 8; D. 48, 118, pr.; C. 2, 4, 42; C. 8, 54, 30 para la nulidad parcial del testamento: D. 28, 3, 1; D. 28, 3, 9; D. 28, 4, 48, 4, 33 *hij*; D.

29, 4, 13 pr.; D. 29, 4, 13, 1; D. 29, 4, 22, 2; D. 29, 6, 2, 1; Nov. 1, 1 (1-2); Nov. 118, 3, 15; para la nulidad de legados (mediante los cuales se quiere alcanzar un resultado prohibido que de otro modo no se hubiese podido conseguir) D. 26, 8, 7, 1 (condición o prestación imposible) o un *facere* contra los *vel bonos mores*; (D. 20, 112, 3) o como fuera del comercio (Tn. Ulp. 24, 8; *Actus religiosus* (C. 6, 27, c. 14); para el Derecho Intermedio: *Accursio Pandectarum sive Digestum Vetus*, Venecia, 1581, f. 297, Col. I, II, 606, Col. II, donde se formula la máxima *utile per inutile non valet* cuando *vitatur*; *Acta Brocardica*, Venecia, 1584, f. n.º 148; en todo *constructus potest pro parte valere, pro parte non*; únicamente cuando *principalis non valet sed eius accessorium*; bajo la rubrica *-DE VITIATIS VEL CONTRA-* la regla de la nulidad parcial viene asociada en dos brocardos *utile per inutile non valet* y *vitatur ad utile per inutile non debet vitari sed sola adiecta supervacua*; Bartolo: *Commentaria*, Venecia, 1615, IV, ed. D. 45, 1, 1, 4; Baldo: *Commentaria*, Venecia, 1615, ed. D. 13, 6, 17, pr., 68; Alciato: *Commentaria*, Lugduni, 1646, I, f.º 60, n.º 16; 66, 171-173; el modo de formularse de la regla parece responder a la consideración, formulada por los glosadores, con espíritu dogmático de abstracción frente a la tendencia general justinianea de limitar la nulidad del negocio sólo a la parte inválida de transformar la expresión particular contenida en la última parte de D. 45, 1, 1, 4 (*neque vitatur utile per hanc inutilem*) en un esquema que, además de conciso, era dotado de un significado y de un marco general eficiente para constante hipótesis de nulidad parcial entendiendo en el ámbito negocial. El origen estricto en la glosa de la máxima es destacado, convenientemente, por G. Criscoli: *La Nullità Parziale del Negocio Giuridico (Teoria Generale)*, Milán, 1959, 17-37, texto de donde se han extraído las citas y referencias concernientes al Derecho Romano y al Derecho Intermedio; para Bettó (*Teoria General del Negocio Jurídico*, 366) el principio de la nulidad parcial contenido en el brocardo enlaza en la tradición del Derecho Canónico. Aunque de propósitos más a rubricados y perspectivas más generales, no se puede prescindir aquí de la cita del excelente libro de J.A. Santamaría Pastor: *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*, Madrid, 1975 (Cap. II, I y II, A) y B), 71-121). Las referencias de Lucifredi en *L'Atto Amm.*, N.º 60-61 (391-400); Marienhoff: *Trat. de Dir. Adm.*, n.º 434 (363-365); otros comentarios en Casagge: *Derecho Administrativo*, II, 1967, 368-369; Hutchings: *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, I, 1965, 368-354; una crítica posttrata, que pone de relieve la vacuidad del refranero al uso (a veces con la patética consecuencia de su sanción normativa), es formulada en Fiorini: *Derecho Administrativo*, I, 1975, 441-444, 639-641; Díez: *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1960, 330-331; o, *Derecho Administrativo*, II, 1972, 262-264.

APOSTILLAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS

ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ *

I. Introducción

Me propongo exponer algunas reflexiones sobre el tema de la responsabilidad civil de los médicos, que es de inquietante actualidad. De pocos años a esta parte há surgido una peligrosa interpretación de las normas jurídicas que rigen el tema y que con el inocultable fin de asegurar indemnizaciones a personas asistidas médicamente que no han obtenido resultados esperados, no se ha vacilado en responsabilizar a los médicos en numerosos casos que a mi juicio no justificaban las sentencias condenatorias.

Ante todo es sumamente significativo que, sin haberse producido modificaciones sobre la materia en la legislación civil sustantiva, es decir en el régimen normativo aplicable, —lo que durante muchas decenas de años no dio pie a los verdaderos abusos que hoy se advierten— y estemos ante esta realidad. Pienso que sobre ello hay una explicación y es el desarrollo en un sector de la doctrina civil, que en el afán de asegurar el resarcimiento a víctimas de hechos ilícitos tiende a dar por probada la culpa del autor del daño, apartándose de la tradicional teoría y esquemas de la responsabilidad civil, para acentuar la necesidad de resarcir los perjuicios. Tan es así que aún

* Profesor Titular Consulto de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires.

empleando la centenaria terminología (*responsabilidad civil*) parece que en esa corriente se prefiere mencionar el derecho de daños como si la necesidad de culpa, (insita como presupuesto ineludible de responsabilidad, fuera un elemento poco menos que prescindible.

Verdad es que el moderno derecho civil y aún el clásico admite casos de responsabilidad sin culpa en aras de los fueros de la justicia. Tales son la responsabilidad por daños causados por cosas peligrosas (por ejemplo la explosión de una caldera, la rotura de la dirección de un automotor que ocasiona un accidente) claramente admitida por el art. 1113 del Código Civil en su texto reformado en 1968 por la ley 17.711; también la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente que es inexcusable pues aunque aquel demuestre su cuidado al elegirlo y vigilarlo, se le impone la responsabilidad por los hechos culposos y aún a veces dolosos, como una suerte de garantía del desempeño de los subordinados.

Pero de manera alguna la responsabilidad objetiva es decir sin culpa, puede ser de aplicación en el caso de la actuación de los médicos y nadie ha pretendido que pudiera serlo, aunque de hecho hay pronunciamientos judiciales que parecieran inspirarse en dicho tipo de responsabilidad.

En consecuencia, menester es tener en cuenta que de acuerdo al esquema indiscutido del régimen civil de responsabilidad, para imputar las consecuencias de un hecho no debe eludirse con artificios inadecuados la prueba de la culpa de quien es demandado como autor imputable del daño, siempre que se trate de actos ilícitos por responsabilidad extracontractual, como tratándose de obligaciones que han surgido por acuerdo o contrato de las partes, cuando se trate de las llamadas obligaciones de medio.

II. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO.

Esto nos lleva de la mano a considerar la diferencia entre las obligaciones de medio y las de resultado. Se trata de una

distinción que se ha introducido en la doctrina y jurisprudencia argentina desde 1958, en que en un trabajo que entonces publiqué en la Revista *La Ley*¹, desarrollé por primera vez entre nosotros este tema y del que hasta entonces sólo existían muy pocas referencias accidentales. Allí recordaba que tal distinción era ya entonces corriente en la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana, señalando que como toda técnica nueva, había encontrado resistencia, lo que nos llevaba a preguntar si la misma responde o no a una verdadera necesidad del derecho civil y al respecto evoqué el elogio que Ihering hizo del arte de los juriconsultos romanos en el uso de lo que él llamaba la ley de la economía jurídica, principio según el cual la jurisprudencia no debe crear medios y principios nuevos para producir lo que puede realizarse mediante el auxilio de otros que ya posee, pero destacando al mismo tiempo que «jamás rechazaban desdenosamente una nueva tendencia de la vida, bajo el pretexto de que no se conciliaría con la teoría. Consideraban como parte esencial de su misión, buscar los medios de realizar esas tendencias, de abrir al comercio jurídico las vías a las que quería entrar»². Ciertamente pocas veces quizá, se haya expresado con tanto acierto un concepto tan adecuado acerca del exacto criterio de aceptación o rechazo de las nuevas fórmulas en el derecho.

Nada tan difícil como innovar desde el punto de vista conceptual o institucional en el orden normativo del derecho privado. Quizá porque enraizado en inmutables bases inherentes a la condición humana, mantiene las líneas generales de su arquitectura a través de las circunstancias cambiantes de los tiempos, admitiendo el progreso, sin mudanza esencial de aquéllas. Y hasta, como prueba, recordar que algunas concepciones que en determinado momento parecían recibir estruendoso auspicio, pronto han caído en el olvido, como ocurriera, por citar un caso, con la teoría de la institución.

¹ Martínez Ruiz, Roberto, *La Ley*, T. 90, pág. 756.

² Von Diering, Rodolfo, *El espíritu del derecho romano* trad. de E. Príncipe y Soteras, Madrid, T. IV, pág. 263, N.º 46.

Pero la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, constituye una técnica que, por su mayor modestia y menores pretensiones, pese a su innegable utilidad, no está expuesta a padecer tales riesgos.

Debemos a René Demogue, el eminente profesor de la Universidad de París, que legara en su «*Traité des obligations en général*», para los estudiosos del derecho civil, uno de los aportes más completos y profundos en la materia, la formulación de la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, y es interesante destacar que no lo hizo dentro de la generalización del tratado, sino al desarrollar su argumentación sobre el punto de vista que sostiene en la debatida cuestión de si la responsabilidad de fuente contractual es la misma o diferente de la extracontractual, problema al que acuerda la debida dimensión.³

En efecto el tema de la identidad o diferencia de las dos responsabilidades tiene en la obra de Demogue un desarrollo magistral orientado por un razonamiento de comprobación y comparación y exclusión de la vía deductiva, pues dice: «Se trata de saber si las reglas adoptadas por la ley o admitidas en la práctica en los dos casos, inexecución de un contrato o comisión de un delito, son diferentes o idénticas, y si podemos construir dos nociones distintas o una sola». Y apartándose de la que era solución tradicional de los maestros de la escuela de la exégesis, como Aubry y Rau, Laurent, etc. sigue la concepción entonces moderna, aunque no pacíficamente aceptada, uno de cuyos más elocuentes expositores fue Planiol, en una muy recordada nota publicada ya en 1896.

Para llegar a dicha conclusión, rebate, por considerar que no son tales, las diferencias que han señalado los doctrinarios que sostienen la distinción de ambos tipos de responsabilidad y al razonar en el sentido de que no es exacto rijan distintos principios de carga de la prueba en una y otra, es que expone la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado.

³ Demogue, René, *Traité des obligations en général*, Paris, 1928, T.V, pág. 254, Nº 1230.

La doctrina tradicional, afirmaba a este respecto, que en la responsabilidad extracontractual el demandante debe probar la culpa del adversario; en la de fuente contractual, la culpa se presume, o desde otro punto de vista, hasta que el demandado pruebe el caso fortuito o la fuerza mayor, la responsabilidad resulta de la mera inexecución de la obligación. Demogue afirma, por el contrario, con enfática decisión: «creemos que el sistema de prueba es el mismo en el caso de falta delictual o contractual». Y para sostenerlo, es que se refiere a la distinción que motivó mi trabajo: «La obligación que puede pesar sobre un deudor no es siempre de la misma naturaleza. Puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio».

III. EL CASO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS.

Refiriéndome acá a la naturaleza jurídica de la atención que el médico presta al enfermo se distingue según que pueda haber mediado un acuerdo entre el paciente, o quien lo representa u obra en su nombre, y el profesional, cosa corriente, en cuyo caso estamos frente a una obligación de fuente contractual o excepcionalmente podría faltar dicha relación en casos por ejemplo de atención de emergencias, en que incluso el enfermo o accidentado no ha podido elegir el médico. En estos últimos estaríamos en el terreno de la eventual responsabilidad extracontractual que tiene dos efectos importantes: por un lado, si el enfermo pretende responsabilizar al médico por mala atención debe probar la culpa de éste, y en segundo lugar, la prescripción de la acción sería de dos años (hasta 1968 fue de solo un año según el art 4037 del Código Civil, modificado por la ley 17.711 por el plazo actual de dos años).

Pero si el enfermo o quien lo representa ha requerido por su voluntad la atención del médico o éste ha actuado por designación de una obra social o entidades de prestación médica se considera unánimemente que ha mediado un acuerdo de voluntades que somete la relación a las normas del régimen contractual. Y aquí es donde se impone por razones de lógica y

justicia recurrir a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado en el caso de las responsabilidades médicas.

La cuestión estriba en algo fundamental, como es determinar el régimen de la carga de la prueba para el caso de incumplimiento de la obligación contractual asumida por quien debe prestar el servicio, entregar una obra, restituir un préstamo, pagar una suma de dinero por la ocupación de un inmueble alquilado, etc. En todos estos casos el acreedor del servicio, o de una obra, locador de un inmueble, etc., no tiene que probar la culpa del deudor de la obligación, le basta probar que el deudor se comprometió a devolver la suma facilitada en préstamo o realizar la obra, y no cumplió. Es que se trata de supuestos en que se ha prometido un resultado.

No ocurre lo mismo tratándose de las llamadas obligaciones de medio, en las que quien asumió el compromiso pertinente, no ha asegurado un resultado, sino simplemente poner de su parte los medios exigibles, según la naturaleza del caso, para obtener determinado fin. Precisamente el paradigma de este tipo de obligación es la que al atender al paciente, asume el médico, que si asegurara el resultado de un determinado tratamiento incurriría en una transgresión a normas elementales de ética, también a la ley que rige el ejercicio de la medicina en la Capital Federal (n° 17132 art. 30 inc. 4 y leyes similares en las Provincias) e incluso podría configurarse el delito del art. 208 del Código Penal, llamado de charlatanismo.

Cabe entonces preguntarse, cuáles son los medios que el médico debe poner de su parte para llegar a que el paciente recupere su salud. Razonablemente sólo es posible exigir la aplicación de los conocimientos que la ciencia considera adecuados según el normal nivel de preparación exigible a los profesionales. Es decir, ni la profundidad de los que han llegado a un grado de sabiduría excepcional, pero también en el otro extremo, sin incurrir en gruesos errores inadmisibles para el común de quienes están dedicados al servicio de salud.

Es que, sin duda, la medicina no es ni como ciencia ni como arte, una disciplina del tipo de las ciencias exactas. Pueden existir errores en un diagnóstico en los casos que se presentan

como posibles y opinables interpretaciones de un complicado cuadro clínico. Ello jamás podría autorizar una imputación de responsabilidad; además se trata de un concepto admitido de manera tan general, que los anales de fallos judiciales no registran prácticamente casos de responsabilidad por errores clínicos. Sólo recuerdo un caso en que medió una condena de este tipo. Se trataba de un joven que aspiraba a un empleo que se le había ofrecido en una empresa, que antes de incorporarlo lo envió a un Centro Médico para un rutinario examen de salud. Allí juzgaron que padecía una dolencia que no hacía aconsejable emplearlo y el muchacho perdió su oportunidad. Poco tiempo después una revisión en otro centro médico determinó que no había tal dolencia, lo que motivó el reclamo de daños y perjuicios del que perdió la posibilidad de conseguir una ocupación, juicio que prosperó bien que por una suma muy reducida, y cabe señalar que fue condenado el Instituto donde se le hizo el primer examen, pues ningún médico fue demandado.⁴

Pero donde se presentan casi todos los casos de responsabilidad médica, es en el supuesto de actividades quirúrgicas.

Allí es donde se advierte por un lado el error de creer que poco menos que toda operación debe tener un resultado feliz, sin advertir que existe un margen bastante amplio de riesgos quirúrgicos que escapan al normal posible control del médico o anestesista que interviene. Por ello sin perjuicio de reconocer que se han dado lamentables casos de daños causados por falta de la debida prudencia de los profesionales, se advierte una peligrosa tendencia a admitirse en las sentencias judiciales presunciones de que determinadas secuelas de daños, no se podrían haber producido si no fuera por negligencia o impericia médica. En tal sentido cabe insistir en que los jueces deben apreciar con prudencia la prueba producida para no llegar a resultados injustos y sobre todo, no apartarse de la correcta interpretación jurídica que corresponde al tema de la natura-

⁴ Fallo de la Cam. Civ. de la Cap. Fed., sala G, in re *Almonacid, Miguel R. c/ Debora S.R.L. Centro Médico*, E.D. T. 99, pag. 316.

leza de la obligación que el médico asume con motivo de su actuación profesional, que como he dicho, es una obligación de medios, de lo que se infiere que la culpa del profesional debe probarse y la prueba debe aportarla quien pretende imputar negligencia al demandado.

IV. El riesgo quirúrgico.

El tema del riesgo quirúrgico no se valora a veces con su debido significado. Durante las operaciones, especialmente las que producen inevitablemente gran efusión de sangre, líquidos iúdicos u otros, el quirófano presenta un cuadro muy distinto del cómodo y tranquilo gabinete del jurista o el despacho del juez en que se desarrollan razonamientos que muchas veces están reñidos con la realidad de los hechos.

Me tocó como abogado defender a un distinguido médico que fue demandado por una paciente que alegó el olvido de una gasa con motivo de una operación cesárea que algo después le provocó molestias. Alegué en ese caso que puede producirse ese riesgo quirúrgico por la forma en que se desarrolla la intervención y la posible mimetización de la gasa impregnada de sangre. El asunto provocó la preocupación del Juez en lo Penal que intervenía en la querrela que dedujo la demandante, paralelamente al juicio civil donde yo actuaba. Dicho juez, a solicitud de mi cliente, fue al Hospital Escuela de nuestra Universidad, a presenciar una operación cesárea y pudo verificar la realidad de lo que es una operación de ese tipo. El fallo de la Justicia Penal fue favorable al médico, que fue absuelto. En ese caso hubo de recordar que el distinguido cirujano, profesor Andrés Santas,⁵ ha escrito que «todos los métodos sugeridos (para evitar el óbito) son falibles. Una compresa o una gasa puede haber sido cortada y el recuento fracasa. Asegurarlas con pinzas o tiras ha servido en alguna oportunidad para olvidar no

⁵ Santas, Andrés, *Cuerpos extraños olvidados durante intervenciones quirúrgicas*, Rev. Argentina de Cirugía, 1965, T. 9, pag. 64.

sólo la compresa, sino también el dispositivo que debería impedirlo. Por otra parte algunos de esos procedimientos pueden perturbar el acto quirúrgico. Precisamente el doctor Santos me facilitó un ejemplar de un libro publicado en Estados Unidos, en colaboración de un cirujano y un abogado; los autores, Crossen y Crossen («Foreign bodies left in the abdomen»), enumeran cerca de un millar de casos de oblitos (cuerpos extraños olvidados en operaciones) con indicación precisa de fechas, hospitales en que se comprobaron con motivo de autopsias y extraordinaria variedad de instrumental, gasas, compresas, etc. Esto demuestra por su elevado número, que aún procediendo con cumplimiento de las reglas del arte pueden producirse tales casos como consecuencia de riesgos quirúrgicos.

Por eso, puede señalarse que la Jurisprudencia francesa tiende a desestimar las demandas contra el cirujano por olvido de compresas si se acreditan circunstancias justificantes.⁶ El caso lo tratan H. y L. Massaud, que dicen «Parece que en el estado actual de la cirugía ningún procedimiento puede sin graves riesgos, ser empleado para evitar tales accidentes, al menos cuando una operación necesita una extrema rapidez».⁷

Dentro del tema de la responsabilidad por intervenciones quirúrgicas es frecuente que los autores, que de hecho con casi unanimidad aceptan que debe aplicarse el criterio de imputar la carga de la prueba al paciente que demanda una indemnización, exceptúan el caso de operaciones de cirugía plástica con fines estéticos, con lo que no extienden dicha excepción a la cirugía reparadora.

V. SISTEMA DE SEGUROS OBLIGATORIO DE MÉDICOS Y ODONTÓLOGOS.

Cabe señalar vinculado a este tema la existencia de un

⁶ Hozia, Roger y Bredin, Jean, en *Juris Classeur — Responsabilité Civile, Responsabilité Médicale*, T. II, pág. 2.

⁷ Massaud, H. y L., *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, T. I, pág. 480, Nº 511.

proyecto de ley presentado en el Senado de la Nación por el Senador Juárez quien auspicia la creación de un sistema de seguro obligatorio de médicos y odontólogos. En realidad entre los fundamentos del proyecto no se menciona que se hayan hecho estudios actuariales para determinar el monto de las primas a pagar. Además es objetable que se establezca que no podrá haber primas diferenciales según las distintas especialidades profesionales, lo que no parece razonable dado el mucho mayor riesgo que ofrecen algunas de ellas. Pienso, en cambio, que más lógico sería determinar un tope al monto de las indemnizaciones, como existe en otras ramas del ordenamiento jurídico, v gr. el límite que fija el Código aeronáutico (ley 17285, art. 144), para casos de daños por accidentes. Tal sistema, por pedido de los médicos se ha impuesto en algunos Estados de Norteamérica (allí la legislación no es federal sino del ámbito de las competencias locales) cosa que fue necesario establecer porque el monto de las primas llegó a ser tan alto que eran extraordinariamente onerosas para los médicos y ello, fue consecuencia de la magnitud de las condenas judiciales contra los médicos, magnitud que se producía pues los tribunales en conocimiento de la existencia de seguro en los casos que se planteaban, no vacilaban en fijar abultadas cifras pues descontaban que las pagarían las poderosas compañías aseguradoras.

VI. UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Para finalizar quiero llamar la atención sobre un punto al que asigno especial gravedad.

El Congreso Nacional sancionó el 23 de diciembre último la ley 24.032 en la que se dispone la unificación de la legislación civil y comercial y un artículo, el n° 1625, dice:

-Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas:

En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de la prestación adecuada del servicio. Pero si de lo consentido o de las circunstancias resultara que el profesional debió procurar un resultado determinado, corresponde a él probar su consecución».

Como se advierte, se decide poner a cargo del profesional la prueba de que no incurrió en culpa, o sea prácticamente un giro de 180° en el criterio tradicional de principios de la responsabilidad civil, salvo casos, que son de excepción, de responsabilidad objetiva, que hasta ahora nadie ha pretendido que pueda ser de aplicación a la responsabilidad médica.

Felizmente el Presidente de la Nación vetó la ley (B.O. del 2 de enero de 1932) y es de desear que el Congreso no ejerza la facultad de insistir con los dos tercios de ambas Cámaras, en la ley vetada, pues con ello el mencionado art. 1625 se convertiría en un gran factor de injusticia e inconcebible carga para los médicos.

VII. CONCLUSIONES

En síntesis, para concluir diré, que la responsabilidad del médico existe en el derecho argentino, según resulte de aplicar las normas generales sobre el tema de la responsabilidad, lo que supone daño producido por culpa imputable al médico, sujeto a la prueba de quien invoca ambas cosas. No es de aplicación en modo alguno el criterio de responsabilidad objetiva. No puede prescindirse de las posibles consecuencias de riesgos quirúrgicos que excluyen la culpa imputable. Pero sin duda, en los casos en que existe la prueba de haberse incurrido en gruesas faltas por no haberse aplicado los cuidados exigibles según los conocimientos normales que supone el ejercicio de la medicina, habrá responsabilidad. Sin perjuicio de ello, es de desear que se llegue a establecer por ley un límite tope a las indemnizaciones que haga factible contratar un seguro con primas razonables.

ENSAYOS

COMENTARIOS AL ESTATUTO DE EMPRESAS BINACIONALES

SERGIO DANIEL ALBORNOZ *

El presente artículo tiene por objetivo presentar a los alumnos un breve análisis del «Tratado para el establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas» ratificado por ley 23.935 (BO 22/5/91), que aún no ha entrado en vigor debido a la falta de ratificación por parte del Senado brasileño, así como el estado actual de la doctrina nacional sobre el tema, realizando algunas referencias a posiciones sustentadas por autores brasileños y uruguayos.

I. Introducción

El 6 de julio de 1990, los presidentes Carlos S. Menem y Fernando Collor firmaron en Buenos Aires, en representación de los gobiernos de la República Argentina y de la República Federativa del Brasil, el «Tratado para el establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas».

La celebración de este acuerdo no constituyó un hecho aislado, por lo que su contenido debe analizarse en el contexto jurídico global en el que se insertan las relaciones económicas entre Argentina y Brasil a partir del marco fundacional propo-

* Estudiante de Derecho (U.S.A.)

cionado por el «Acta de Iguazú» de 1985, suscripta por los presidentes Alfonsín y Sarney.

Por lo tanto, el Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas establecido por este Tratado se encuentra contenido en un encuadre jurídico específico. En primer término, un marco jurídico propio, inmediato, esto es el Protocolo Número 5 del «Acta para la Integración y Cooperación Económica Argentino-Brasileña» de 1986 cuya implementación lleva a cabo el Estatuto. En segundo término, el marco jurídico general establecido por el «Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo celebrado entre Argentina y Brasil en 1988».

La referencia a estos instrumentos jurídicos es imprescindible para comprender la estructura y el régimen operativo de las Empresas Binacionales (de ahora en más: EB) adoptados por el Estatuto.

Este persigue, esencialmente, un objetivo de naturaleza económica. Esto es, incentivar la asociación de capitales provenientes de la Argentina y del Brasil y promover su actuación conjunta dentro de ambos mercados nacionales.

Con este instrumento se pretende incentivar (sin la toma de intervención directa de los Estados), a los empresarios a unirse entre sí para actuar en uno o en ambos países, ya sea para satisfacer necesidades domésticas, o para aunar fuerzas con el objeto de ganar nuevos mercados en terceros países.

Cabe señalar que en la caracterización de la EB primó más el objetivo de dotar de una función instrumental al proceso integrador, que el propósito de proyectar a nivel internacional una figura jurídica asociativa centrada, primordialmente, en un contexto dogmático del derecho societario.

II. FORMA JURÍDICA DEL INSTRUMENTO QUE ESTABLECE EL ESTATUTO DE EB.

El Protocolo N° 5 contempla la elaboración de un estatuto de EB como «mecanismo específico» del programa de Integración y Cooperación entre Argentina y Brasil, omitiendo señalar

bajo qué forma jurídica debe instrumentarse dicho Estatuto.

El consultor del INTAL, Eduardo White señala que, en teoría, podrían considerarse tres alternativas diferentes en cuanto a la forma jurídica del Estatuto.

1) Un Estatuto tipo o modelo, con pautas o lineamientos generales para orientar el tratamiento de las EB que se instalen en cada país, y que cada gobierno adopte por su cuenta a través de normas o directivas nacionales.¹

2) Un régimen común adoptado por convenio internacional, que establezca las condiciones generales de tratamiento de las EB, que se aplicaría caso por caso por los gobiernos mediante acuerdos referidos a proyectos específicos, en los que podrían además determinarse condiciones adicionales a las previstas en el marco general.²

3) Un convenio internacional entre ambos países que establezca las condiciones en las que se promoverá la constitución de EB, siendo el régimen aplicado por cada país en forma coordinada pero sin necesidad de lograr acuerdos específicos

¹ Esta alternativa implicaría el menor esfuerzo de negociación y adopción, dado que se reduciría a la elaboración, por ejemplo por un grupo de trabajo de expertos, de un marco general de pautas que serviría como orientación para las administraciones de cada país, pero no tendría fuerza de tratado internacional y su aplicación sería voluntaria por cada país.

Las principales inconvenientes serían justamente que no tendría carácter obligatorio para los gobiernos y las EB no tendrían un régimen con suficiente grado de seguridad y estabilidad.

² Esta alternativa tendría la ventaja para los gobiernos de no realizar concesiones recíprocas ni asegurar a las empresas e inversionistas determinadas condiciones en forma anticipada a la constitución de cada EB. Dichas condiciones se establecerían en forma general, pero su asignación se realizaría y adaptaría caso por caso, mediante un acuerdo específico de ambos gobiernos o la decisión de un mecanismo binacional que tendría autoridad delegada para aprobar un conjunto de proyectos específicos de EB. Esta alternativa aseguraría sin duda un mayor control de las inversiones dirigidas a la constitución de EB y la posibilidad de adoptar condiciones extraordinarias.

Sin embargo, su funcionalidad estaría más acorde con una hipótesis de creación de pocas e importantes EB. Si la hipótesis fuera un flujo más o menos significativo de inversiones recíprocas para proyectos de distinta dimensión, esta alternativa no parece adecuada porque introduciría controles e intervenciones excesivas.

previos para cada proyecto.³

El anteproyecto White influido por las metas político-económicas de los gobiernos que firmaron el Protocolo N° 5, se basa en la alternativa descrita anteriormente bajo el número 1).

III. EL ESTATUTO DE EMPRESAS BINACIONALES.

El Acta de Buenos Aires anunció la formación de un mercado común binacional a partir del 1 de enero de 1995, lo que significó adelantar en cinco años el plazo previsto originalmente para lograr tal objetivo.

En cuanto a lo que a nuestro tema se refiere, el nuevo impulso en el proceso de integración llevó a las administraciones Menem y Collor a utilizar la última de las 3 alternativas planteadas por White para encuadrar jurídicamente al Estatuto previsto por el Protocolo 5, instrumentándose en el Tratado Internacional que ambos presidentes firmaron en Buenos Aires el 6 de julio de 1990.

IV. DEFINICIONES.

El Protocolo N° 5 no define el concepto de EB, aunque menciona el objetivo de «promover con firmeza el fortalecimiento del capital nacional» y el de contemplar la «voluntad de asociación de personas jurídicas de capital nacional de los dos países».

De estas afirmaciones parece deducirse con claridad que las EB son concebidas como empresas de propiedad conjunta de inversionistas nacionales de ambos países, lo que según White se traduciría en:

1) La exclusión de formas contractuales de cooperación. El

³ Esta última alternativa sería la más adecuada en función del estímulo a las decisiones de invertir en EB, especialmente por parte de empresas medianas de ambos países.

En todo caso, el control de las inversiones estaría siempre en manos de cada gobierno, que se reservaría la autoridad para aprobarlas o rechazarlas, en función de las condiciones establecidas en el estatuto.

protocolo habla de «empresas» y no de «proyectos» o «emprendimientos binacionales», dando a entender que debe tratarse de formas corporativas o societarias. La constitución de empresas de propiedad común es la forma más profunda y estable de puesta en conjunto de recursos en proyectos de inversión y al mismo tiempo la que plantea mayores esfuerzos y dificultades de orden económico y legal. Otras formas de cooperación más «suaves», como las UTE, los acuerdos de tecnología, los acuerdos de subcontratación, parecerían sufrir menos inconvenientes que la constitución de EB. (Infra podrá verse una opinión totalmente contraria a la que en este tópico formula White con respecto a la posibilidad de que una UTE forme parte de una EB).

2) Carácter nacional de los inversionistas.

3) Cierta equibrio entre las participaciones de cada país: la participación de inversionistas de uno de los dos países no debería ser nominal o simbólica.

La estructura de propiedad de capital de la EB era el factor determinante del régimen de promoción a establecer en el Estatuto.

Por lo tanto, es esencial en la definición de EB la determinación de las proporciones en que los inversores nacionales de cada país deben participar en el capital de la empresa.⁴

⁴ Al respecto, podrían evaluarse las siguientes alternativas para la estructura de capital de la EB:

a) Propiedad total del capital votante por inversionistas nacionales de los dos países. Dado que en Argentina y Brasil las empresas consideradas nacionales pueden tener hasta el 49% del capital extranjero, esta solución aseguraría que el capital de la empresa binacional está controlado por inversionistas nacionales (que como mínimo controlarían sumados el 51% del capital total de la empresa) e impediría que éstas tuvieran la participación (al menos directamente) de una tercera empresa de otro país, o de una subsidiaria extranjera.

b) Propiedad mayoritaria del capital votante por inversionistas nacionales de ambos países. Es decir, bastaría que las inversiones de ambos países, sumadas, alcanzaran a la mayoría del capital, que como se ha visto define a la empresa nacional de cada país.

En estas condiciones, podría ocurrir que inversionistas de terceros países controlaran el paquete minoritario más grande de capital (49%).

c) Propiedad del capital votante en una proporción especial en manos de inversionistas nacionales de ambos países.

V. EL TRATAMIENTO DE LA MATERIA EN
EL TRATADO FIRMADO EN 1990.

Los elementos utilizados por el Estatuto para caracterizar como tales a las EB tienden, esencialmente, a asegurar que su propósito económico no sea desvirtuado.

De ahí que el Estatuto exija que se encuentren reunidos de manera simultánea —junto a los requisitos de orden formal o jurídico— específicas condiciones de naturaleza económica, encaminadas a individualizar la procedencia y conformación de los capitales que integren dichas empresas.

Lo que otorga el perfil propio específico a la EB son las condiciones de naturaleza económica que el Estatuto requiere que se reflejen en los porcentajes y en los términos en que se detenta el capital social de cada Empresa.

En tal sentido el Estatuto exige:

— que el 80% del capital social y de los votos pertenezca a inversores nacionales.

— que corresponda a los inversores nacionales el control real y efectivo de la EB y el derecho a elegir, por lo menos, dos integrantes —uno por la Argentina y otro por Brasil— de los órganos de administración y fiscalización interna.

— que cómo mínimo, participen en un 30% del capital social de la empresa, inversores nacionales de cada uno de los dos países.

— que la participación de inversores de cualquier otro país, no exceda el 20% del capital social de la EB.

A los fines de identificar a los titulares del capital de la EB el Estatuto define como «inversor nacional»:

— a las personas físicas domiciliadas en cualquiera de los dos países.

— a las personas jurídicas de derecho público de cualquiera de los dos países.

— a las personas jurídicas de derecho privado de cualquiera de los dos países, en la medida que, acumulativamente, la titularidad del control del capital, decisorio, administrativo

y tecnológico pertenezca mayoritaria y efectivamente, sea directa o indirectamente, a personas físicas domiciliadas en cualquiera de los dos países o a entidades de derecho público de los mismos.

De lo expuesto puede observarse que, a efectos de configurar una EB, el Estatuto establece que:

— el elemento determinante del carácter nacional del inversor en una EB, no resulta del concepto de nacionalidad sino del domicilio. Por lo tanto son también «inversor nacional» los ciudadanos de otros países, en la medida en que se domicilien en la Argentina o en Brasil.⁴

— si bien el Estatuto no lo manifiesta expresamente, las EB no podrán constituirse a través de UTE (ver infra).

— por otra parte, podrán participar en la EB inversores domiciliados en terceros países, cuyos aportes no excedan del 20% del capital social.

— es posible la interposición de personas jurídicas. En este caso el carácter del inversor nacional queda determinado, en última instancia, por el lugar del domicilio del controlador.

En síntesis, para que una sociedad pueda ser calificada de EB, debe reunir acumulativamente los requisitos de constitución y sede a los que se agrega, esencialmente, el criterio de control, en consideración, no sólo a la procedencia del capital social, sino al ejercicio real y efectivo del poder decisorio y administrativo de la titularidad de la mayoría del capital votante.

Este poder deberá ser detentado, directa o indirectamente, por inversores nacionales, debiendo corresponder el control del capital, decisorio, tecnológico y administrativo —cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado-mayoritaria y efectivamente, a personas físicas domiciliadas en Argentina o Brasil o a entidades de derecho público de ambos países.

⁴ Es más, la Empresa adquiere su carácter de binacional no porque su capital pertenezca a ciudadanos argentinos o brasileños, sino porque la titularidad del capital y del control corresponde, directa o indirectamente, a personas con domicilio en Argentina y Brasil, cualquiera sea su nacionalidad.

VI. EL OBJETO DE LAS EMPRESAS BINACIONALES

El Protocolo número 5 define en forma amplia el objetivo del Estatuto, en términos de «promover la integración y la complementación a nivel de empresas».

El Estatuto consagrado por el Tratado establece en su artículo II el objeto de las EB.

Dice la norma: «Las EB podrán tener como objeto cualquier actividad económica permitida por la legislación del país de su sede, salvo las limitaciones establecidas por disposición constitucional».

La previsión realizada respecto a las limitaciones establecidas por disposición constitucional ha sido incluida, especialmente, atento a las disposiciones contenidas en la Constitución Federal de Brasil, en orden a la realización de ciertas actividades económicas a ser cumplidas por el Estado o por empresas nacionales de Brasil.⁶

La reciente Constitución Federal de Brasil de 1988, establece un régimen regulador de la organización económica y financiera del país y, dentro del mismo, estatuye una normatividad específica para la explotación de diversas áreas económicas.

Dicho régimen —que tiende a proteger al capital nacional y, a la vez, contempla incentivar las inversiones extranjeras— se estructura, básicamente, en función de una clasificación de las personas que podrán acceder a la explotación de las distintas áreas productivas.⁷

Básicamente, la Constitución clasifica las estructuras empresarias en función de la titularidad del control y del capital de las mismas. Así distingue entre empresa brasileña, por un lado

⁶ En este tema considero apropiado seguir a la Dra. Marta Haines de Ferrari Escheberry («Consideraciones acerca del régimen de EB argentino-brasileñas») quien realizó un breve y claro tratamiento de la materia.

⁷ Es decir, el método utilizado por la Nueva Constitución brasileña para determinar cómo se estructurarán la explotación de diversas áreas económicas, no se funda en una mera clasificación de las mismas, sino en función de una tipificación de las estructuras empresarias que la propia Ley Fundamental introduce.

y, por otro, empresa brasileña de capital nacional y, dentro de ésta última, las que denomina empresa brasileña de pequeño porte y microempresa.

El criterio esencial para distinguir la empresa brasileña de la empresa brasileña de capital nacional radica en que, en esta última, la mayoría del capital votante y la titularidad de su control efectivo debe corresponder a personas domiciliadas y residentes en Brasil. En cambio, la empresa organizada y con sede administrativa en Brasil pero cuyo capital y control mayoritario no revista aquellas características, es una empresa brasileña simple.

Se destaca entonces que, respecto a la empresa brasileña de capital nacional, la Constitución establece:

- 1) que se le otorgará tratamiento preferencial en la adquisición de bienes y servicios por parte del Poder Público;
- 2) que, por legislación ordinaria, se le podrá otorgar protección y beneficios especiales temporarios para desarrollar actividades determinadas;
- 3) el derecho a desarrollar la mayor parte de las actividades económicas consideradas privativas de los brasileños;
- 4) el otorgamiento de un trato diferenciado a favor de las denominadas empresas de pequeño porte y de las microempresas.

Ahora bien, en virtud del Estatuto las únicas actividades que no podrían desarrollar las EB serían las excluidas por disposiciones constitucionales de la Argentina o del Brasil.

Por otra parte, del anterior análisis de la Constitución Brasileña de 1988 resulta que cuando el capital de una EB organizada en Brasil estuviera integrado por aportes provenientes mayoritariamente de la Argentina, no revestiría el carácter de empresa brasileña de capital nacional. Es decir, una empresa de capital mayoritario extranjero, aún cuando se hubiera organizado y tuviera sede en Brasil constituye una empresa brasileña simple, quedando excluida de la actuación constitucionalmente reservada a aquella categoría. Ello así, en tanto el Estatuto no transforma la EB en empresa brasileña de capital nacional.

No obstante, el Estatuto le extiende a la EB de capital mayoritario argentino los beneficios y tratamiento diferencial otorgados a la empresa brasileña de capital nacional.

Es posible que, a través de la acción del Comité de Implementación (ver *infra*) se acepte que las EB, que no constituyan asimismo empresas brasileñas de capital nacional accedan, además, a explotar las áreas privativas de la actuación de éstas últimas.

El Dr. Luis Olavo Baptista ha realizado un pormenorizado análisis de la constitucionalidad del Estatuto de EB en su artículo «Empresas Binacionales Brasil Argentina», al que, en honor a la brevedad me remito.⁶

VII. FORMA JURÍDICA

El Estatuto se limita, exclusivamente, a introducir un régimen jurídico con un específico contenido económico, por lo que todas sus disposiciones se orientan a ese fin. De ahí que el Estatuto remite a los derechos nacionales la regulación de los aspectos instrumentales y operativos de las EB, prescribiendo que deben constituirse y funcionar a través de cualquiera de las formas jurídicas previstas por las legislaciones de ambos países.

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica, las EB constituyen sociedades nacionales. Así, serán una sociedad argentina en la República Argentina y una sociedad brasileña en la República Federativa de Brasil.

Por ello, en el plano del derecho societario, el Estatuto solamente prescribe de qué manera deberá exteriorizarse la conformación económicamente binacional de la respectiva Empresa, a través del esquema de estructuración del capital social.

⁶ Baptista, Luis Olavo, *Empresas Binacionales Brasil-Argentina*, Revista del Derecho Industrial N° 38, mayo-agosto de 1991, págs. 345/372. Depalma, Buenos Aires, 1991.

Con respecto a los requisitos de orden formal o jurídico, el Estatuto exige que:

- Las EB se constituyan en la Argentina o en el Brasil.
- La sede se establezca en la Argentina o en el Brasil.
- Las EB se instrumenten por medio de sociedades comerciales, utilizando algunos de los tipos previstos por la legislación del país elegido para la sede social.
- Cuando se utilice la forma de S.A., las acciones sean nominativas no transferibles por endoso.
- A la denominación o razón social de la sociedad se agreguen las palabras «Empresa Binacional Argentino-Brasileña» o las iniciales «EBAB» o «EBBA».

Si bien el Estatuto no lo manifiesta expresamente, las EB no podrán constituirse a través de Uniones Transitorias de Empresas (UTE) o de Consorcios.⁹

VIII. LA OPINIÓN DE LOS DRES. LUCERO Y GALLUZO.

Los Dres. L.E. Lucero y H.N. Galluzo, realizaron una pormenorizada crítica a los proyectos de Estatuto de Empresas Binacionales que se habían realizado hasta 1987.¹⁰

Lucero y Galluzo sostienen que se ha producido una errónea asimilación entre los conceptos de sociedad y de empresa sustentando la tesis que lo que el Protocolo 5 define como

⁹ Acordó con lo expresado por la Dra. María Haines de Ferrari Echeberry y a los comentarios que me realizó el Secretario de Embajada Guillermo Devoto (especialista en el tema) la delegación brasileña no aceptó la propuesta argentina de incluir estas figuras.

El Dr. Luiz Otávio Baptista fundamenta la posición brasileña señalando que «el Protocolo 5 se refiere a «empresas» (no a proyectos o emprendimientos) y en los dos países la noción de empresa está usualmente asociada a las formas societarias personales (a saber ... la formulación del protocolo parece indicar que los gobiernos entendieron que era necesario fomentar formas más estables de cooperación, detentadas de ventajas complementarias o otras, igualmente útiles».

¹⁰ Dada la claridad en la exposición del razonamiento elaborado, he optado por transcribir parte de dicho trabajo, realizando modificaciones formales que no alteran su sustancia.

empresas binacionales, no puede ser confundido ni asimilado sin más, al instituto de las sociedades comerciales.¹¹

Entienden ambos autores, por lo tanto, que la expresa mención de «empresa» realizada en el protocolo no ha sido al azar, sino que viene a ser una expresa indicación del legislador sobre el marco adecuado y posible para los emprendimientos conjuntos. Restringir la idea de empresa a la sociedad, no sólo sería contrario a las posibilidades concretas que los agentes económicos de ambos países tendrían de ampliar su campo de actuación.

De ser ineludible que el resultado de los convenios a celebrarse entre inversores argentinos y brasileños sea solamente una sociedad comercial de los tipos reconocidos por ambas legislaciones, que de suyo tienen personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, quedarían obviadas aquellas figuras que siendo contratos celebrados por entes ideales no conllevan la creación de una tercera persona, sino solamente la formación de una estructura operativa a la que la ley niega expresamente dicha personalidad.¹²

Los autores de esta ponencia entienden que la inclusión de estas formas contractuales en nada vulneraría las innegables necesidades de control que ambos Estados deberían tener sobre aquellas empresas que recibirán, por la misma estructura del proceso de integración argentino-brasileña, beneficios especiales.¹³

¹¹ Lo que la doctrina jurídica, con sus variantes, siempre ha entendido por empresa, no es otra cosa que una organización, o bien actividad organizada, de capital y de trabajo, aplicada a la producción, elaboración, mediación o intercambio de bienes y de servicios con una finalidad económica y de lucro, aunque este último concepto aún podría ser eliminado.

Por el contrario, sociedad ha sido y es, según lo definen los ordenamientos legislativos vigentes tanto argentino como brasileño, un contrato.

¹² Dichas formas son las incorporadas por el art. 2 de la ley 22903 de Sociedades Comerciales Argentinas, establecida en el Cap. 3 normas relativas a los contratos de colaboración empresarial; y en el derecho brasileño las normas de la ley 8484/78 de sociedades por acciones que en sus arts. 278 y 279 regulan la figura del consorcio.

Característica común de estas instituciones es la expresa privación de la personalidad jurídica realizada en los arts. 367 y 377 de la ley argentina y en el inc. 1.º del art. 278 de la citada ley brasileña.

¹³ Un adecuado régimen de registración y publicidad de los contratos empresariales, a semejanza de los regímenes existentes en las legislaciones interesadas, garantizaría en forma suficiente que pueda realizarse el control estatal y de los terceros que, por el accionar de la E.B., se vieren vinculados con ella.

Una solución contraria haría caer todo el régimen en una contradicción interna, dado que existen protocolos que hacen expresa referencia a consorcios que pudieran formarse para el cumplimiento de los objetivos que otros protocolos establecen, como por ejemplo el n° 8.

Como último punto señalan el caso paradójico que se produciría si se excluye del marco de las Empresas Binacionales a los contratos de colaboración empresarial argentinos y a los consorcios brasileños.

No parece lógico que a través de un protocolo se trate de dar impulso a determinados emprendimientos, y que a través de otro se establezca que los mismos no pertenecen al tipo del privilegiado por el proceso integrador, privándolo así de obtener beneficios especiales que sí tendría si fuera de ese tipo de entes.

En efecto, el Protocolo n° 8 trata los temas energéticos. A través del Anexo II, referido al Sector Eléctrico (Brasilia 10/12/1986), los gobiernos de ambos países han decidido: «8) Destacar que ...estimularán la formación de Consorcios Binacionales para la construcción de obras hidroeléctricas futuras, en sus respectivos territorios y en terceros países».

Si estableciéramos un *numerus clausus* societario respecto de las formas jurídicas posibles para estas empresas binacionales, resultaría que los consorcios cuya formación han estimulado los gobiernos a través del Protocolo n° 8, no son Empresas Binacionales en el sentido del Protocolo n° 5.

Y esto no es algo paradójico en términos solamente teóricos. Las implicaciones prácticas son mucho más importantes. Por el Protocolo n° 7 se creó el Fondo de Inversiones. Entre los objetivos de este Fondo está el de financiar prioritariamente emprendimientos de empresas binacionales y aún el de participar como socio minoritario de esas empresas.

La idea de ambos gobiernos no puede haber sido «sancionar» a los consorcios que ellos fomentaron con la privación del rótulo de Empresa Binacional y en consecuencia negarles el acceso prioritario al fondo de inversiones.

Por todos los motivos expuestos, llegan ambos autores a la conclusión que por razones doctrinarias, legislativas y econó-

micas, deben tener cabida los contratos de colaboración empresaria y los consorcios como eventuales formas jurídicas de las empresas binacionales.

IX. EL "TRATAMIENTO NACIONAL"

Una de las principales claves del Estatuto y su función de estímulo a las EB es que éstas tengan -tratamiento nacional- en ambos países, es decir, no sean objeto de discriminaciones entre empresas en razón del origen extranjero de su capital y gocen de un tratamiento igual al de las empresas de capital nacional.

Por este motivo el Estatuto establece un régimen específico que no suplanta los sistemas jurídicos nacionales, sino que equipara, en ciertos aspectos, las EB a las de capital mayoritariamente nacional, creando así un tratamiento diferenciado respecto a las inversiones provenientes de terceros países (artículo V).

Esta situación preferencial abarca los siguientes aspectos:

- 1) aportes de capital;
- 2) remisión de divisas y repatriación de capital nacional;
- 3) equiparación a las empresas de capital nacional.²⁴

X. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA ADQUIRIR EL CARÁCTER DE EB.

El Tratado prescribe un mecanismo específico para la adquisición del carácter de EB. En consecuencia, no basta con

²⁴ Esta equiparación rige, aún cuando la mayoría del capital y del control de la EB correspondan a inversores del otro país, en materia de: tributación interna, acceso al crédito interno y compras y contratos del sector público.

que en una sociedad se encuentren reunidos los requisitos configurantes de la EB ni la mera estipulación contractual de someterse al Estatuto: es necesario realizar todo el procedimiento previsto por el estatuto para adquirir el reconocimiento formal de EB.

El procedimiento previsto por el Estatuto para adquirir el carácter de EB se desarrolla en sucesivas etapas, contempladas en el art. VIII del Estatuto, al que en honor a la brevedad me remito.

XI. LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN.

El Estatuto establecido por el Tratado, a diferencia del Anteproyecto White, regula expresamente este tema en el artículo IX, según el cual:

— existirá una oficina en cada país que tendrá a su cargo las funciones de certificación de la constitución y funcionamiento de las EB;

— cada oficina llevará y mantendrá actualizado un registro de EB que será de consulta pública;

— la autoridad de contralor podrá dejar sin efecto la calificación de Binacional de una empresa cuando fueren comprobadas infracciones al Estatuto de EB o a la legislación del respectivo país. Dicha resolución deberá ser notificada a la autoridad de aplicación del otro país;

— en este caso, la empresa perderá el derecho a ampararse en las disposiciones del estatuto de EB.

XII. APOSTRFA.

La constitución de EB requerirá en general la transferencia de recursos productivos de un país al otro, en el que tendrá su sede la EB.

Con respecto a este tema existen algunas asimetrías legislativas que, según opina la consultora del INTAL Susana Czar

de Zaldueño, podrían ser superadas por decisión administrativa.¹⁵

Con respecto a los aportes tecnológicos o de bienes intangibles existe una aproximación de ambas legislaciones. Tanto en Argentina como en Brasil hay dificultades para aportar y valorar licencias y «know how».

La reinversión de utilidades puede, en los dos países, hacerse en la misma empresa que las generó o en otras, en este último caso bajo ciertas condiciones. En ambos países la reinversión debe ser efectiva y, cuando se hace en la misma empresa, provocar un aumento de capital, ya que si las sumas a reinvertir se mantienen en cuentas especiales de utilidades en suspenso, dividendos a pagar o constitución de reservas, no se consideran reinvertidas a efectos de ampliar el capital extranjero registrado. La ley argentina admite la afectación a «reservas legales» como reinversión.

El Estatuto previsto por el tratado regula esta materia en el art. IV.

El Estatuto regula expresamente los aportes de bienes de capital y equipamientos originarios de terceros países.

En el apartado 2 del artículo bajo análisis, se hace expresa referencia al Certificado Provisorio que otorgará la Autoridad de Aplicación del país de la sede de la EB.

El apartado 3, a su vez, establece que el otro país autorizará automáticamente la transferencia de los aportes individualizados en dicho certificado, otorgando en esta materia una gran seguridad jurídica, ya que los inversores saben de antemano que podrán transferir aportes sin trabas administrativas que podrían derivarse de la existencia, por ejemplo, de controles en materia cambiaria, o de prohibiciones de girar divisas al exterior del país en que residen.

¹⁵ Se trata de algunas limitaciones que puede tener la ley argentina (en comparación con las normas brasileñas) con respecto a los aportes capitalizables, como, por ejemplo, respecto de moneda extranjera invertible y de aportes de insumos y materias primas.

Podrían ser superadas por decisión administrativa debido a que la propia ley faculta al organismo competente a aceptar «otras formas de aportes» que los enumerados expresamente por el texto legal.

XIII. TRANSFERENCIA DE UTILIDADES AL EXTERNO

El Estatuto establecido por el Tratado se aparta sustancialmente en este tema, del anteproyecto White.

En primer lugar, el Estatuto exige el previo pago de los impuestos que correspondan para poder transferir libremente las utilidades.

En segundo lugar amplía los derechos otorgados a las EB a sus sucursales, filiales y subsidiarias con respecto a sus utilidades netas.

En tercer y último lugar, establece la cláusula más importante, a mi entender, ya que se regula la prohibición de aplicar restricciones a los inversores en EB, aún en caso de dificultades en los pagos externos, diferenciándose totalmente de la solución que otorgaba el anteproyecto.

Sin lugar a dudas esta cláusula otorgará una mayor seguridad a los inversores convirtiendo a esta figura (las EB) en una forma jurídica de organización de la empresa mucho más atractiva que otras que el empresario tiene a su alcance, ya que asegura la libre transferencia de las utilidades al país de origen, más allá de las circunstancias económicas y de las disposiciones jurídicas que adopte cada país.¹⁴

XIV. El Comité de implementación.

La Dra. María Haines de Ferrari Etcheberry señala que la creación del Comité Binacional permanente de Implementación y seguimiento del estatuto de EB es otro de los rasgos novedosos del tratado bajo análisis.

La regulación del Comité de Implementación es uno de los puntos en los que el Tratado más se aparta del Anteproyecto

¹⁴ Esta gran ventaja sobre todo su valor por el hecho de encontrarse contemplada en un Tratado que los Estados Partes no pueden modificar unilateralmente sin comprometer su responsabilidad.

White. A mi entender el motivo de dicho apartamiento, no sólo formal, sino principalmente sustancial, radica en las distintas preocupaciones que Argentina y Brasil tenían al momento de firmar el Protocolo Nº 5 y el Tratado bajo análisis.¹⁷

Debido a las tendencias políticas de los gobiernos anteriores, en materia de integración, es que las funciones de la Comisión prevista en el Anteproyecto difieren tanto de las funciones del Comité establecido en el Tratado.

Según el Anteproyecto, la Comisión de Coordinación y Seguimiento tenía por funciones las siguientes:

- 1) evaluar el comportamiento de las EB y sus resultados para cada país en términos del impacto en las transferencias de capital, las remesas de utilidades, regalías y otros pagos vinculados con las inversiones en las mismas, así como en la balanza comercial;
- 2) analizar prioridades sectoriales y/o proyectos para la creación de EB, y recomendar su atención preferente a los organismos componentes de cada país y al Fondo de Inversiones;
- 3) recibir y evacuar consultas acerca de proyectos e iniciativas de creación de EB;
- 4) proponer medidas específicas adicionales para asegurar el mejor funcionamiento de las EB, incluyendo mecanismos de corrección de desequilibrios que puedan observarse en los resultados de las EB.¹⁸

El Tratado regula la constitución de este Comité en el art. X, señalando que estará integrado por dos representantes del

¹⁷ Al momento de firmarse el Protocolo Nº 5, una de las preocupaciones de ambos países era el cuidado de los desequilibrios y asimetrías que pudieran darse respecto de la distribución de las empresas en uno y otro país, así como el impacto de las mismas en la balanza de pagos.

¹⁸ En forma concordante, el Anteproyecto señalaba que ambos países se comprometían, además de establecer una Comisión de Coordinación, a:

1. establecer, para las inversiones recíprocas en las EB, un valor de referencia global anual de US\$ 100 millones;

2. establecer que la creación de EB estará en situaciones de equilibrio entre los dos países siempre que los resultados de las mismas en la balanza de pagos de cada país, incluyendo las transferencias de capital, las remesas de utilidades, regalías y

sector público de cada Estado Parte y por igual número de representantes del sector privado de cada uno de los países.

Este Comité desarrollará sus actividades en cada uno de los países, reuniéndose cada seis meses o a instancia de una de las Partes.

Tiene a su cargo impulsar y supervisar la implementación y la plena vigencia y eficacia en ambos países de medidas tendientes a facilitar la formación y funcionamiento de EB y que garanticen el pleno acceso a los beneficios otorgados por el Estatuto.

El inc. 4 del art. X establece que el Comité actuará como órgano de consulta de los Gobiernos Nacionales respecto a toda cuestión que suscite la instrumentación y la aplicación del Estatuto, *teniendo a su cargo la interpretación del contenido y alcance de sus disposiciones.*

La importancia de este organismo reside en la posibilidad de contar con un medio que promueva la unificación de criterios y contribuya a eliminar obstáculos que dificulten la eficaz asociación de capitales, sirviendo de «canal» al cual pueden recurrir los interesados ante la presencia de problemas concretos relacionados con la aplicación del Estatuto.

La Dra. Ferrari Etcheberry, que trabajó en la elaboración del Estatuto y particularmente en la idea del Comité, considera que «quizás sea éste el germen de futuros desarrollos jurisdiccionales de perfil supranacional».

otros pagos, y en la balanza comercial, se arrojan un desequilibrio superior al 30% del valor de referencia fijado;

3. establecer que, en el caso de observarse actualmente un desequilibrio en los resultados de las EB para uno o otro país, se utilizarán determinados mecanismos para corregir dicho desequilibrio;

4. establecer de inmediato, a través de las bancas estatales de Desarrollo, programas especiales y mecanismos permanentes de información y asistencia técnica a las empresas e inversionistas nacionales de ambos países, para favorecer la formación de EB;

5. revisar, en plazo de 6 meses a partir de la fecha, el convenio para evitar la doble imposición de fecha 17/5/1980 con vistas a establecer las condiciones más favorables para facilitar las operaciones de las EB;

6. celebrar, en el plazo de un año a partir de la fecha, un Convenio Internacional

XV. FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ESTATUTO.

La Dra. Ferrari de Etcheberry señala que la sujeción al régimen del Estatuto no es imperativa. Por el contrario, es optativo a los inversores de ambos países adoptar el carácter de EB. En cambio, el otorgamiento de este carácter no es discrecional ni facultativo de la respectiva Autoridad de Aplicación, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Estatuto, por cuanto éste establece un régimen de automaticidad. Por otra parte, en sentido estricto, las EB constituyen sociedades nacionales, en virtud de lo cual se encuentran sometidas al orden jurídico de cada uno de los dos países. No obstante en el ámbito de aplicación del Estatuto, es su regulación la que debe prevalecer sobre normas contradictorias nacionales.

Asimismo, dentro del orden jurídico de cada uno de los dos países, las EB pueden organizarse como empresas de capital nacional o como empresas de capital extranjero.

En consecuencia, cuando se trate de empresas de capital extranjero el tratamiento preferencial del Estatuto alcanza su máxima aplicación.

El Estatuto supedita la aplicación de su régimen a la existencia y subsistencia de los requisitos económicos configurantes de las EB, a cuyo efecto exige que se exterioricen en las siguientes circunstancias:

- reglas estatutarias que individualicen la estructura del capital y que identifiquen a sus titulares;
- reglas estatutarias para la conformación y funcionamiento de los órganos de la sociedad;
- reglas estatutarias que aseguren la subsistencia de

en el que se establecería medidas adicionales de naturaleza legislativa para favorecer la formación de EB.

Este compromiso de celebrar, un Convenio Internacional tenía la finalidad de poder incorporar materias que no podían ser reglamentadas por el Estatuto, dado que White había optado por regular las EB por medio de un Acuerdo por vía simplificada, y no por medio de un Tratado como decidieron, definitivamente, los gobiernos de Argentina y Brasil en 1990.

- acciones, cesión de cuotas y aumento de capital social;
- régimen de distribución de dividendos:
 - al momento de extenderse el certificado provisorio;
 - al momento de efectuarse el pago de dividendos;
 - al exigirse la conformidad de la Autoridad de Aplicación del país de la sede para efectuar una transferencia de acciones o participaciones de las EB.

Por último señala la Dra. Etcheberry que, en virtud del Estatuto:

- en ambos países a las EB no se les otorgan beneficios adicionales a los conferidos a las empresas de capital mayoritariamente nacional;
- en cuanto a los bienes y servicios producidos por EB se contempla que se les otorgue tratamiento prioritario solamente en el marco de los restantes instrumentos de integración bilateral, a los efectos arancelarios y para-arancelarios;
- se autoriza la apertura de sucursales y la creación de filiales o subsidiarias a las que se les hace extensiva la aplicación de este régimen.

XVI. Las EB y su inserción en el Mercosur.

Si bien las EB tienen como principal objetivo canalizar la cooperación e integración empresarial argentino-brasileña, el Estatuto admite la participación en ellas de capitales de terceros países.

Es por este motivo que las EB podrían llegar a constituirse en un primer instrumento jurídico apto para la integración «precaria» de empresas de los países que conforman el Mercosur. Posteriormente debería dictarse un Estatuto que regule un nuevo tipo de «Empresa» que contemple las diferentes variables de asociación y de cooperación que pueden darse entre las empresas de los países integrantes del mencionado mercado común, ya que la EB fue diseñada dentro del proceso de integración binacional argentino-brasileño, sin tener en cuenta

este segundo proyecto sudamericano de desarrollar un mercado común cuatripartito. Esta nueva realidad «desborda» el espectro de actuación de la EB tenido en cuenta por el legislador.

Sin perjuicio de considerar a la EB como un primer paso en la integración de las empresas de los dos socios más grandes de este nuevo proceso, que pueda inspirar la creación posterior de nuevos instrumentos jurídicos que posibiliten la integración cuatripartita del empresariado regional, considero necesario hacerme eco de la opinión de un destacado consultor uruguayo quien ha criticado reiteradamente la existencia del Estatuto de EB dentro del nuevo marco del Mercosur.

Ha señalado el mencionado consultor que «un hecho que para mí es totalmente anómalo en el campo de la integración, es que ese tratado bilateral de 1988 cohabita con el tratado del Mercosur. Quiere decir que estamos viendo implementar simultáneamente... un tratado cuatripartito y uno bipartito que tienen las mismas finalidades, pero que constituyen formas jurídicas separadas y mecanismos de implementación totalmente independientes... Parece que los cuatro países se olvidaron de que hay mecanismos que es necesario definir en su aplicación, que por ejemplo, en el mercado común argentino-brasileño hay un fondo de inversiones que opera con ciertos beneficios para quienes accedan a él, ... y de que hay un régimen o estatuto completo de empresas binacionales que gozarán de una serie de beneficios específicos para el establecimiento de las joint-ventures en el espacio bilateral. Y uno se pregunta: ¿es admisible que una empresa binacional argentina-brasileña sea exclusivamente el único mecanismo posible? ¿Cómo hace Uruguay para lograr que en ese espacio económico pueda operar una empresa con residencia en Uruguay y con capitales tripartitos, por ejemplo?»¹²

Asimismo expresa en su obra¹³ que «... debe analizarse el funcionamiento de este régimen bilateral en el Mercosur. Difícilmen-

¹² Conferencia pronunciada durante el ciclo de conferencias realizado en la Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Montevideo 1991.

¹³ Magariños, Gustavo: «Uruguay en el Mercosur». Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1991. Págs. 38/39.

te el mercado común cuatripartito admita la existencia de un régimen exclusivo a empresas de dos de sus países miembros. La conciliación de este estatuto con el funcionamiento del mercado común, o su transformación para convertirlo en un instrumento cuatripartito, se impondrá al finalizar el período de transición del Mercosur.

Bibliografía

- Aguiar, Ana María M. de, *Avances hacia la formación de Empresas Binacionales entre el Brasil y la Argentina*. La Información, Tomo LVI-1189.
- Aguiar, Ana María M. de y Zalduendo, Susana C. de, *Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América Latina*. RDCO 113/138. Pág. 1.
- Baldinelli, Emilio, *El proyectado mercado común argentino-brasileño*. BID-INTAL. Fundación Banco de Boston. 1990.
- Baptista, Luis Olivero, *Empresas Binacionales: Brasil-Argentina*. Revista del Derecho Industrial Nº 38. Depalma 1991.
- Boggiano, Antonio, *Sociedades y Grupos Multinacionales*. Depalma 1982.
- Di Giovan, Elena, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*. Abelardo Perrot. Buenos Aires, 1992.
- Etcheberry, Raúl Anibal, *Nuevo estatuto empresarial en la integración con Brasil*. La Información Tomo LV 361.
- Etcheberry, Raúl Anibal, *Empresas Binacionales Argentina-Brasilianas: Un nuevo instrumento de integración*. Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones. Tomo 1991. Pág. 165/374.
- Ferrari Etcheberry, María Helena, *Consideraciones acerca del régimen de empresas binacionales argentino-brasileñas*. BID-INTAL. Fundación Banco de Boston 1990.
- Hirt, Mónica, *El programa de integración Argentina-Brasil: concepción original y etapas recientes*. BID-INTAL. Fundación Banco de Boston 1990.
- Lucero, Luis y Gallano, Hugo, *Empresas binacionales argentino-brasileñas*. Trabajo presentado en la XXVI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados. Bs.As. 9 al 15 de mayo, 1987.
- Magarinos, Gustavo, *Uruguay en el Mercosur*. Págs. 37-46. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1991.
- Magarinos, Gustavo, *Contenido de los Tratados de Asociación (Integración final y proceso)*. Expositión en el ciclo de conferencias realizado en la Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Montevideo 1991, en *Mercosur. Clases de una integración*. Tomo I, págs. 36/41, Ed. Fin de Siglo, Uruguay XXI, Montevideo, 1991.
- White, Eduardo, *Estatuto de empresas binacionales. Proyecto de Texto y comentarios*. BID-INTAL, Publicación 264.
- Zalduendo, Susana Ciar de, *Anexo II: Análisis comparativo de las normas legales de Argentina y Brasil que inciden sobre la creación y funcionamiento de las Empresas Binacionales*. BID-INTAL. Publicación 264.2.
- Zalduendo, Susana Ciar de, *El Estatuto de Empresas Binacionales Argentina-Brasilianas*. Revista del Derecho Industrial, Nº 38. Depalma, 1991.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

SELVA MÓNICA TOLEDO *
SYLVIA CRISTINA GABRIEL[†]

*El mérito de este trabajo se lo dedico a la memoria de mi
mejor amiga Mónica Toledo, desaparecida el 16/4/82,
en el accidente de Cnef. Vidal, con quien tuvo el privilegio
de compartir la redacción del presente artículo.*

S.C.G.

Introducción

La labor que nos propusimos apunta a analizar los diversos vínculos resultantes de las relaciones de familia bajo el prisma de la «responsabilidad civil».

La primera delimitación está dada por la materia. Tomaremos únicamente aquellos vértices de las relaciones familiares que tengan algún interés —tutelado o no tutelado expresamente por nuestra legislación— desde la esfera de la responsabilidad civil.

La segunda delimitación viene dada por la circunstancia. Dado la extensión de este trabajo, sacrificaremos toda pormenorización que nos prive de lograr completitud y claridad expositiva.

Haremos una breve introducción dentro del campo del

* Estudios de Derecho (U.B.A.)

derecho que incursionaremos, el derecho de familia, con el propósito de analizar los aspectos del mismo que puedan incidir en el problema central de este trabajo: los presupuestos de la responsabilidad civil —Antijuridicidad; Daño; Causalidad; Factores de Atribución—.

Reseñaremos las hipótesis de responsabilidad civil que nuestra legislación prevé expresamente, para pasar a aquellas que no están legislativamente contempladas.

Terminaremos nuestra exposición con el análisis más detallado de algunos de los supuestos que no encuentran actualmente una normativa que los tutele.

Emprenderemos la tarea con un cuestionamiento inicial: ¿Debe considerarse legislativamente una reforma especial de responsabilidades en el derecho personal de familia?: el que trataremos de ir contestando en el desarrollo de la obra.

Índice

I. La responsabilidad civil en el Derecho de Familia —	
Parte I	99
1. La familia — Concepto	99
2. El Derecho de Familia	99
3. Derechos subjetivos familiares— Concepto	101
4. La responsabilidad derivada del incumplimiento de los derechos subjetivos familiares	101
5. La antijuridicidad de la conducta violatoria de los derechos subjetivos familiares	103
6. Daños derivados del incumplimiento de los derechos subjetivos familiares	103
7. Requisitos del hecho generador del daño como causa de la reparación	105
8. La reparación del daño	105
9. El factor de atribución fundamentalmente subjetivo.....	106
10. Propuestas	107
II. La responsabilidad civil en el Derecho de Familia —	
Parte II	108

1. Introducción	108
2. Hipótesis de responsabilidad civil	108
A. Nulidad de matrimonio	108
B. Responsabilidad del tutor	109
C. Responsabilidad del curador	110
D. Responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de los hijos	112
E. Responsabilidad de los tutores y curadores por los hechos ilícitos de sus pupilos y curados respectivamente	112
3. Hipótesis de responsabilidad civil no previstas expresamente	112
A. Daños y perjuicios derivados del divorcio vincular y la separación personal	112
B. Esponsales	113
C. Incumplimiento de la obligación alimentaria	114
D. Concubinato – Indemnización por ruptura – Indemnización por muerte del concubino	114
E. Falta de reconocimiento de la filiación extra- matrimonial que resulta comprobada en juicio	116
F. Abandono del hijo por su padre o madre o ambos	116
G. Incumplimiento del derecho de visitas	117
H. Responsabilidad por los daños producidos por fraude a los derechos de participación a los bienes gananciales	117
I. Responsabilidad por daños genéticos	118
III. Análisis de algunas hipótesis de responsabilidad civil en el derecho de familia no regulada normativamente	118
1. Daños y perjuicios derivados del divorcio vincular y la separación personal	118
A. Introducción	118
B. Antecedentes históricos	119
a. Derecho Romano	119
b. Las Partidas	119
c. Derecho Francés anterior a la Revolución	120
C. Derecho Comparado	120
a. Derecho francés	120
b. Derecho suizo	120

LECCIONES Y ENSAYOS

c. Derecho italiano	121
d. Derecho alemán	122
e. Derecho griego	122
f. Derecho etíope	123
g. Derecho portugués	123
h. Derecho peruano	123
i. Derecho chino	123
j. Derecho soviético	124
D. Doctrina nacional	124
a. Tesis Positiva	124
b. Tesis Negativa	126
E. Presupuestos para que proceda la responsabilidad civil en caso de divorcio vincular y separación personal	127
a. Carácter de la responsabilidad	127
b. La Antijuridicidad	128
c. Daños resarcibles a causa del divorcio vincular y la separación personal — Fuentes	129
d. Reparabilidad del daño	130
e. Culpabilidad — Diversos supuestos	131
f. Evolución Jurisprudencial	132
F. Anteproyecto de Reforma	136
2. Daños y Perjuicios derivados del incumplimiento del derecho de visitas	138
A. Marco normativo del derecho de visitas	138
B. El derecho del hijo a mantener una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente	138
C. El incumplimiento del régimen de visitas y la reparabilidad de los perjuicios	139
D. Incumplimiento parcial o total del régimen de visitas: causas y medios compulsivos, sancionatorios, civiles y penales	140
E. Conclusiones	142
3. Falta de reconocimiento de la filiación extramatrimonial que resulta comprobada en juicio	142
A. Antijuridicidad y factores de atribución	142
B. El daño	143
C. La relación de causalidad	144
D. Jurisprudencia ilustrativa	145
Bibliografía	145

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA — PARTE I

I.1. LA FAMILIA — CONCEPTO

Nuestro ordenamiento legislativo brinda dos conceptos particulares de familia en los arts. 2953 párr. 2do. Cod. Civ. y art. 36 de la ley 14.394 mas de ninguno de ellos puede extraerse un concepto legal general.

La doctrina, sin embargo, ha hecho su labor constructiva distinguiendo varias significaciones del vocablo que resumiremos en tres, a saber:¹

a. Familia en sentido amplio (como parentesco) la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco; sería el «conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje», incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge.

b. Familia en sentido restringido (pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial): la familia se reduciría a la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su patria potestad.

c. Familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo): la familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

I.2 EL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia está integrado por normas reguladoras de las relaciones personales y de las relaciones patrimoniales de orden familiar. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad integran el derecho civil ².

¹ Bellavista, Augusto, *Manual de derecho de familia*, Ed. Depalma, T. I, pág. 36.

² De Zaccari, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, Ed. Astor, pág. 69.

Sin embargo, el derecho de familia reviste caracteres peculiares que lo distinguen de otras ramas del derecho civil:

a) La influencia de las ideas morales, éticas, políticas y religiosas en la adopción de soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta;

b) La fuerte limitación a la autonomía de la voluntad, dada la imperatividad de sus normas;

c) La mayor participación de los órganos estatales en cuestiones de familia;

d) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes o son correlativos de ellos, calificándoselos como derechos-deberes² o bien poderes-funciones³.

De acuerdo a las Conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe celebradas durante el 8 y 9 de noviembre de 1990⁴ hubo unanimidad en sostener que:

«Es imprescindible el estudio interdisciplinario de toda la temática referida al Derecho de Familia».

Sin embargo no hubo consenso, entre los juristas participantes, en cuanto a las reglas aplicables a tal responsabilidad, generándose dos despachos:

Despacho A: *«La responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad y con el sentimiento de justicia en la comunidad».* (Fdo.: Adorno, Giangreco, Brebbia, López Cabana, Alterini, Lloveras de Resk, Velasco, Medina, Palacio, Saux, Carlucci, Pérez de Morales, Deppeler, Duchownak)

Despacho B: *«La responsabilidad civil por daños en instituciones propias del derecho personal de familia excluye la*

² Zanoni, ob. cit. pág. 8.

³ Bellverio, ob. cit. pág. 26/27.

⁴ Jornadas de Derecho Civil — Familia y Sucesiones — Conclusiones, publicadas en J.A. del 26/4/91, Nro. 5718.

aplicación de los principios generales propios de aquella responsabilidad- (Fds.: Pettigiani, Di Lella, Borda).

1.3. DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES — CONCEPTO.

Ampliando lo explicado en el punto anterior, podemos definir los derechos subjetivos familiares como las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares..... que pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial.

Estos derechos subjetivos familiares pueden servir para la satisfacción de intereses propios del titular del derecho, p. ej.: el derecho de reclamar alimentos, el derecho de deducir las acciones de separación personal o de divorcio vincular, el derecho del marido a impugnar la paternidad de los hijos dados a luz por su su esposa durante el matrimonio, etc.

Pero también los derechos subjetivos familiares pueden ser reconocidos como facultades otorgadas para la protección de intereses ajenos, como sucede con el ejercicio de la patria potestad

1.4. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

a) *Doctrina Mayoritaria:* *responsabilidad extracontractual.*

La violación de los deberes familiares o conyugales, nacidos en el caso del vínculo jurídico familiar, no constituye el incumplimiento de una obligación que ponga en marcha la denominada responsabilidad contractual o por el incumplimiento obligacional puesto que el contrato no es la fuente única.

Se trata, sin lugar a dudas, de dos deberes jurídicos distintos: extrapatrimonial, uno, patrimonial, el otro.

Si bien ambos nacen de negocios jurídicos preexistentes, no puede basarse en ello la ubicación del caso en el ámbito o zona

demarcada por los arts. 505 y agts., 519 y agts. del Cod. Civ.

De ahí que nos parezca acertado ubicar a la responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento de los deberes familiares en la zona de la responsabilidad extracontractual o por actos ilícitos de los arts. 1066 y agts., 1109 agts. y concs. del Cód. Civil configurada por la violación de un deber genérico, sin contenido patrimonial predispuesto, de no causar perjuicios, detrimentos o menoscabos a otros con nuestras acciones u omisiones. Este deber de no dañar, está más cerca de los deberes familiares que del deber creditorio⁵.

b) *Doctrina Minoritaria: Supuesto de Responsabilidad Contractual*

Belluscio sostiene el mismo criterio desarrollado precedentemente, salvo en un aspecto: el daño emergente de la disolución anticipada de la comunidad patrimonial entre los cónyuges.

El jurista expresa: «Más debe recordarse asimismo que en nuestro régimen la sociedad conyugal es un contrato, por más que revista características peculiares... en consecuencia, este aspecto de la cuestión se regiría por las normas referentes a la responsabilidad contractual.»⁶

La doctrina mayoritaria no comparte esta opinión pues sostiene que la «sociedad conyugal» no es realmente una sociedad ni un contrato por lo que, según Vidal Taquini, la locución correcta sería «régimen patrimonial-matrimonial» de separación de bienes con participación en los adquiridos⁷. Por lo tanto, ni aún en este aspecto la responsabilidad deriva de un contrato, sino que siempre es extracontractual.

⁵ Maset Iturraso, Jorge, *Los Daños Emergentes del Divorcio*, L.L., 1983-C-348 y ss.

⁶ Belluscio, Augusto César, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, L.L., 105/1043 y ss. en esp. 1056.

⁷ Vidal Taquini, Carlos, *Régimen de Bienes en el Matrimonio*, Ed. Astres, pág. 236 y ss.

1.5. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA VIOLATORIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

El incumplimiento de los derechos-deberes subjetivos del derecho de familia son hechos ilícitos en la medida que violan obligaciones nacidas del vínculo familiar. Son, por lo tanto, hechos antijurídicos por los cuales debe responder su autor.

Sentado el principio de antijuridicidad parte de la doctrina sostiene que las antijuridicidades familiares son extrínsecas a la sanción patrimonial o económica, mereciendo sólo sanciones específicas del derecho familiar, a lo que Mosset Iturraspe responde diciendo que «...es un principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y que ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector...» siendo la sanción patrimonial «...una consecuencia accesorio, si se quiere, nacida de los efectos laterales o conexos con la violación de los deberes antes mencionados»⁴.

En igual sentido se expresan Alterini y López Cabana⁵, al sostener que «Desde un punto de vista, es preciso tomar en cuenta que la relación de familia no puede implicar un valedar inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella, son personas. Pero, correlativamente, deben jugar pautas jurídicas condicionantes de la solución justa para cada situación particular».

1.6. DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS FAMILIARES⁶

La cuestión central, en toda responsabilidad civil, es la atinente a los daños.

Recordemos que si bien el derecho moderno tiende a la

⁴ Mosset Iturraspe, *ob. cit.*, pág. 350.

⁵ Alterini, A/López Cabana R., *Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia*, L.L., 1993-A-p. 350 y ss.

⁶ Barbero, Omar, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Ed. Astrea, págs. 230 y ss.

reparación integral, no todo daño es resarcible sino que es necesario que reúna una serie de requisitos tales como ser cierto (ya sea presente o futuro), subsistente, propio o personal del reclamante y que lesione un derecho subjetivo o un interés legítimo del reclamante.

Para una corriente doctrinaria (Mazeaud, Lalou, Fisher, Acuña Anzorena, Salas, Brebbia) los daños derivados del incumplimiento de los derechos familiares emergentes de las relaciones de patria potestad, fidelidad y autoridad conyugal, serían sólo *Daños Morales* porque el derecho lesionado tiene carácter esencialmente extrapatrimonial, independientemente de que tenga repercusiones patrimoniales.

Otra corriente (Demogue, Flaniol, Messineo, Aguar Díaz, Orgaz, Salvat, Lafaille, Henoch, Aguiar, Basso, Mosses Iturraspe, etc.) centra su atención en los efectos de la acción antijurídica llegando a la conclusión de que si el derecho de familia lesionado ocasiona algún menoscabo en el patrimonio, es *Daño Material*. Quedando reducido el *Daño Moral* a los sufrimientos, dolores muy íntimos pero sin repercusión alguna en el patrimonio ¹¹.

Es menester indicar que en toda reparación de daños hay dos facetas: el resarcitorio (típico del Derecho Civil) y el punitivo o ejemplar (característico del Derecho Penal).

Resarcitorio, porque se procura dejar satisfecha a la víctima, como estaba antes de producirse el daño.

Ejemplar o punitivo porque también se castiga una conducta antijurídica y al mismo tiempo se estimula a los demás a comportarse según derecho.

En el Derecho Civil no podemos llegar al extremo de considerar de puro carácter punitivo-ejemplar a la reparación pero tampoco podemos dejar de notar que en el Derecho de Familia, dado el orden público de sus normas, la intensidad del fundamento punitivo va aumentando gradualmente acercándose al Derecho Penal.

Sostiene Barbero que *-por algo la filosofía jurídica, inspi-*

¹¹ Barbero, *Op. cit.* pág. 15 y ss.

rada en el tomismo, entiende que la norma jurídica es 'causa ejemplar' de la conducta jurídica debida»¹⁹.

L. 7. REQUISITOS DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO COMO CAUSA DE LA REPARACIÓN

Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el incumplimiento de los deberes familiares es la causa jurídica del daño y debe procederse a su reparación siempre y cuando dicho incumplimiento sea apto para producir un resultado dañoso.

Teniendo en cuenta la relación de causalidad, en las relaciones de familia se distinguen dos órdenes de perjuicios:

a. aquellos en los que el incumplimiento es su causa inmediata: *Daño Actual* —presente o futuro pero cierto, siendo ambos reparables—; y

b. aquellos en los que el incumplimiento es su causa mediata: *Daño Sobreviniente*, no debe ser reparado porque la relación de causalidad está interrumpida.

L. 8. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El art. 1063 establece que «el resarcimiento del daño consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También el damnificado podrá optar por la indemnización en dinero». Claro está que en la mayoría de los casos no parece posible que los daños derivados del incumplimiento de los deberes familiares pueden ser objeto de reparación in natura porque en los agravios extrapatrimoniales es casi imposible volver las cosas al estado anterior, como que no puede volver atrás el tiempo transcurrido ni borrarse el sufrimiento padecido. Entonces, procederá normalmente la indemnización por equivalencia a través de una traducción pecuniaria. El

¹⁹ Barbero Casas, *ob. cit.*, pág. 123 y ss.

damnificado, no obstante ser posible la reparación en especie, podrá optar por aquella (conf. art. 1063 C. Civil)¹².

1. 9. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN FUNDAMENTALMENTE SUBJETIVO

El antiguo axioma de que «no hay responsabilidad sin culpa» recupera aquí su plena validez ya que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria opinan que no cabe aquí otra imputación que la fundada en un reproche a la conciencia del autor: «tú lo quisiste o, al menos, fue tu negligencia, imprudencia o impericia lo que originó el evento perjudicial»¹³.

Bástanos tomar en cuenta las dos versiones de la culpabilidad genérica: la culpa propiamente dicha y el dolo. En este segundo hay una intención de dañar que falta en la simple culpa¹⁴.

La doctrina mayoritaria sostiene que participando de los caracteres del Derecho de Familia y recibiendo por ende la influencia directa y profunda en la Ética y de la Moral la responsabilidad será siempre subjetiva¹⁵.

No habría, para tal corriente, terreno para la imputación objetiva, para los riesgos o la garantía.

Sin embargo, una corriente minoritaria, sostiene que podría hablarse de una imputación objetiva fundada, no en los riesgos ni en la garantía, sino en el «abuso del derecho».

Culpabilidad concurrente:

La culpabilidad, unida a los demás presupuestos de la responsabilidad civil, engendra la obligación de indemnizar. Pero cuando la víctima que ha sufrido el daño es también

¹² Makariich de Basset, Lidia, *Otra acertada acogida del derecho reparación de daños ocasionados por el otro parte culpable del divorcio*, E.D. 115261. 14 Mossot, *Barraza* p. ob. cit. pág. 202.

¹³ Mossot, *Barraza*, ob. cit. pág. 212.

¹⁴ Barbone, ob. cit. pág. 128.

¹⁵ Barbone, ob. cit. pág. 100.

culpable y ha contribuido a causarlo, el criterio actual indica que se debe fijar una indemnización pero reducida en proporción a la culpabilidad de la víctima, evitándose así las injusticias a las que arribaba el criterio antiguo neutralizando mutuamente las culpas¹⁷.

I. 10. PROPUESTAS¹⁸

Los Dres. Alterini y López Cabana elaboraron propuestas en relación al tema estudiado, a saber:

10. 1. La responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema.

10. 2. El principio según el cual quien causa culpablemente un daño injusto debe repararlo, no es absoluto. Hay casos en los cuales se niega la acción resarcitoria, se exige un factor de atribución especial (dolo, culpa grave), se modula la culpa (quam in suis), o se pondera el daño con referencia individualada a los sujetos de la relación.

10. 3. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta esas características del sistema vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de la familia, y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad.

10. 4. La aplicación indiscreta de criterios indemnizatorios ajenos a las circunstancias propias de las relaciones de familia arrastra el peligro de desalentarlas, y poner de tal modo en crisis a ese núcleo social.

¹⁷ Barbero, *ob. cit.*, pág. 129 y ss.

¹⁸ ver. Alterini y López Cabana, Alterini, y López Cabana R., *Corrientes de responsabilidad civil en el derecho de familia*, L.L., 1991-A-p. 980 y ss.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA — PARTE II

II. 1. INTRODUCCIÓN

Hecho en el capítulo I el encuadre del tema a desarrollar y habiendo hecho una reseña de los presupuestos de la responsabilidad civil en el derecho de familia podemos concluir que existe una subparte del Derecho Civil que llamaríamos *-Derecho familiar de la responsabilidad civil-*.

Comprendería muchas hipótesis que se hallan expresamente previstas en nuestra legislación y muchas otras que a pesar de no estar previstas parecen ser viables.

Al decir de los dres. Alterini y López Cabana, ¹⁹ *-en las relaciones de familia se advierte una catarsis de situaciones en las cuales, últimamente, se afirma la procedencia de la indemnización. Así, en el caso en que el padre no reconoce espontáneamente al hijo extramatrimonial, cuando se pasa por alto la promesa de matrimonio, cuando se es culpable del divorcio —hasta por los daños causados al hijo a causa de la privación del hogar— cuando se transmiten enfermedades al cónyuge o a la prole, especialmente en la fecundación asistida-*.

II. 2. HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

EXPRESAMENTE PREVISTAS:

II. 2. A. NULIDAD DE MATRIMONIO

El art. 225 del Cód. Civil regula la acción de daños y perjuicios contra el contrayente que se casa a sabiendas de la existencia del impedimento dirimente (parentesco, ligamen o crimen) que lo afecta, considerando así que éste incurre en un acto antijurídico.

¹⁹ Alterini, A/López Cabana R., *Curiosiones de responsabilidad civil en el derecho de familia*, L.L. 1991-A-p. 980 y ss.

Por eso le atribuye el deber de indemnizar los daños y perjuicios que haya provocado al otro contratante por causa de su obrar. Idéntica obligación de resarcir asume el tercero que provocó la celebración del matrimonio.

La obligación resarcitoria que asume el contratante de mala fe o, en su caso, los terceros, puede referirse al daño material o patrimonial y al daño moral. En cuanto al daño patrimonial, podrán computarse los gastos y erogaciones realizados en ocasión de la celebración, pudiendo plantearse incluso la posibilidad de daño emergente, pero el ámbito del daño moral es aún más vasto e incuestionable. La nulidad del matrimonio provocaría un daño moral genérico, sin perjuicio del agravio moral específico en función del motivo que provoca la nulidad²⁰.

La prescripción de la acción es de dos años a partir del día en que la sentencia de nulidad pasa en autoridad de cosa juzgada.

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe²¹, trataron el novedoso tema de los Daños y Perjuicios producidos por la nulidad de matrimonio esusada por el ocultamiento del S.I.D.A. y por voto unánime concluyeron:

-Son indemnizables los daños materiales y morales causados por la nulidad del matrimonio declarada por ocultamiento del S.I.D.A. que padece uno de los contratantes-.

II. 3. B. RESPONSABILIDAD DEL TUTOR

Conforme al art. 413 del Cód. Civil, *-el tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta de cumplimiento de sus deberes-.*

Para la determinación de estos perjuicios deberá analizarse la rendición de cuentas. A falta de ésta se recurrirá a todos

²⁰ Zanoni/Bossert, ob. cit., pág. 157.

²¹ Jornadas cit. J.A. 34621, Nro. 5715, pág. 5.

los medios de prueba para demostrar la indebida administración y los perjuicios sufridos ²⁰.

Conforme al art. 461 «*contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, o que sea convenido de dolo o culpa grave, el menor que estuvo a su cargo tendría el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada a lo que los bienes del menor podrían producir.*»

II. 2. C. RESPONSABILIDAD DEL CURADOR

El art. 475 establece que «*los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces*», por lo que procedería, mutatis mutandi, la acción de daños y perjuicios conforme lo desarrollamos en el punto precedente.

II. 2. D. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS HECHOS ILÍCITOS DE SUS HIJOS

La ley 23.264 derogó el art. 273 del Cód. Civil y dió una nueva redacción al art. 1114, que ahora expresa: «*El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.*»

El factor de atribución es la culpa «in vigilando», pero caben distinguir dos hipótesis:

a. Si el menor no alcanzó los diez años: la responsabilidad de los padres es directa y exclusiva conforme al art. 921 del Cód. Civil por lo que, aunque el menor tenga bienes, ni los padres ni

²⁰ Zanoni/Bassert, ob. cit., pág. 429.

los acreedores podrán cobrarse sobre ellos. Según el art. 1076 del Cód. Civil tampoco los padres podrán repetir del hijo lo pagado.

b. Si el menor es mayor de diez años: la responsabilidad de los padres es indirecta, refleja o por el hecho de otro, una consecuencia del art. 1113. El acreedor podrá cobrarse indistintamente sobre los bienes del menor o de sus padres, teniendo estos últimos la acción recursoria o de repetición contra el hijo que establece el art. 1123 del Cód. Civil.

En virtud de los arts. 1115 y 1116 del Cód. Civil cesa la responsabilidad paterna -cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona- y cuando se acredite la imposibilidad de haber impedido los hechos de los hijos a pesar de haber ejercido sobre ellos vigilancia activa ²².

En las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ²³ se llegó en Despacho Unánime a las siguientes conclusiones:

-1. La reforma al art. 1114 CC, introducida por la ley 23.264 reitera la vinculación entre la responsabilidad y el ejercicio de la patria potestad.

2. El factor de atribución es la culpa.

3. Si el hijo es menor de 10 años la responsabilidad de los padres es exclusiva; si hubiera alcanzado dicha edad, la misma es concurrente con la del autor.

4. Cesa la responsabilidad de los padres con la emancipación.

5. También cesa por los daños ocasionados por el hijo menor, no emancipado que trabaja o ejerce profesión (arts. 128, 283 y conc. C.C.) con motivo u ocasión de las tareas realizadas.

De lege ferenda:

Despacho A: -Debe sustituirse el régimen de la responsabi-

²² Belluscio, ob. cit., TII, pág. 309 y ss.

²³ Jornadas del J.A. 26/93, ses. 3718, pág. 4 y 5.

lidad paterna fundado en la culpa por otro que atienda a la pauta objetiva de la garantía» (Fdo.: Llovera de Resk, Carlucci, Pérez de Morales, Andorno, Deppeler, Duchowna, Palacio, Brebbia);

Ampliación del Despacho A: «Esta responsabilidad debe fundarse en la titularidad de la patria potestad» (Fdo.: Lloveras de Resk);

Despacho B: «No debe modificarse el régimen actual fundado en la culpabilidad» (Fdo.: Borda, Di Lella, Velasco, Pettigiani, Giangreco).

II. 3. E. RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES POR LOS HECHOS ILÍCITOS DE SUS PUPILOS Y CURADOS RESPECTIVAMENTE

Esta responsabilidad del tutor surge de la guarda otorgada al tutor. Según el art. 433, «el tutor responde de los daños ocasionados por sus pupilos menores de diez años que habitan con él».

La responsabilidad del curador surge de la aplicación de las leyes de la tutela en virtud del art. 475 del Cód. Civil.

¹⁷ «... cuando supuestas en el art. 1711 se expresa que «la responsabilidad sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo» por lo que me remito al punto II. 2.D.

II. 3. HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO PREVISTAS EXPRESAMENTE

II. 3. A. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO VINCULAR Y LA SEPARACIÓN PERSONAL

El divorcio en sí, o los hechos constitutivos de sus causales,

suelen representar para el cónyuge inocente una fuente de perjuicios materiales o morales²⁵.

Es un principio recibido en el derecho universal que el divorcio causa daños y que ellos deben ser reparados.

Pensemos, dice Mosset Iturraspe, que el matrimonio es una comunidad doméstica o menor, integrada a la comunidad social o mayor; con sus reglas propias, pero, a la vez, sometida a las normativas generales. Dañar fuera o dentro del matrimonio, hacerlo a un extraño o al propio cónyuge, lejos de merecer una solución «privilegiada» o eximente, debe computarse como agravante, al menos en la medida que son mayores los deberes de «obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas», art. 902 del Cód. Civil²⁶.

II.3.B. ESPOSALES

El art. 165 del Cód. Civil (t.o. ley 23.515) establece «Este Código no reconoce esposales de futuro. No habrá acción de la promesa de matrimonio». Se ha suprimido así la prohibición de reclamar daños y perjuicios por su incumplimiento que contenía el Código Vélez, lo que abre la posibilidad de aplicar las reglas de responsabilidad extracontractual para obtener la reparación civil por daños materiales o morales ocasionados por la ruptura dolosa o culposa de la promesa de matrimonio.

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe²⁷, trataron el tema de Daños y Perjuicios derivados de la ruptura de esposales, originándose dos despachos:

Despacho A: «Dará lugar a indemnización la ruptura intempestiva o injustificada de la promesa de matrimonio, sujeta a la normativa de los hechos ilícitos del Código Civil; no es indemnizable la pérdida de la chance matrimonial»-(Fdo.: Pérez

²⁵ Bellvada, *Daños y Perjuicios derivados del divorcio*, L.L., pág. 1943.

²⁶ Mosset Iturraspe, ob. cit., pág. 254.

²⁷ Jornadas cit. J.A. 3/691, Nro. 3714, pág. 6.

de Morales, Velasco, Brebbia, Andorno, Giangreco, Lloveras de Resk);

Despacho B: *-No es indemnizable la mera ruptura intempestiva o injustificada de la promesa de matrimonio-* (Fdo.: Borda, Carlucci, Pettigiani, Di Lella, López Cabana, Alterini, Saux).

II. 3. C. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El derecho alimentario constituye una consecuencia de orden puramente patrimonial del parentesco o —si se tiene en consideración también al que deriva del matrimonio y al que resulta de la patria potestad— del estado de familia, de ahí sus caracteres de inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e inherencia a la persona ²⁸.

Desde el punto de vista penal, la ley 13.944 tipifica el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar siendo el autor pasible de la sanción de prisión de un mes a dos años o multa.

Desde el ámbito civil el incumplimiento de la obligación alimentaria entre parientes no ocasiona sanciones civiles, sino que otorga al alimentado la facultad de ejecutar la sentencia que fija la cuota ²⁹.

La doctrina, en general, no cree dudosa la procedencia de la acción de responsabilidad civil, siempre que se configuren sus presupuestos.

II. 3. D. CONCUBINATO — INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA — INDEMNIZACIÓN POR MUERTE DEL CONCUBINO.

a) *Indemnización por ruptura*

En principio, no cabe reclamar una indemnización por

²⁸ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 403.

²⁹ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 417.

ruptura de la unión, ya que no existe obligación legal de mantenerla. Otra cuestión es saber si existe obligación natural de pagar los daños derivados de la ruptura, o si son repetibles las sumas dadas voluntariamente con tal motivo. Belluscio sostiene que *-sería aplicable la misma solución que antes de la ley 23.515 se daba para el caso de ruptura arbitraria de esposales: no existe obligación natural de pagar los daños y perjuicios, pero lo dado es irrepetible si no se trata del precio de la liberación sino del cumplimiento de un deber moral de resarcir el perjuicio ocasionado, especialmente cuando es la mujer la abandonada y como consecuencia de la unión de hecho ha visto perjudicadas sus posibilidades de matrimonio futuro o su larga dedicación al hogar ilegítimo afecta la posterior obtención de ocupación que le permita sostenerse a sí misma-*²⁰.

b) Indemnización por muerte del concubino.

Conforme a la aplicación de los arts. 1084 párr. 1ro. y 1085 párr. 1ro. del Cód. Civil, el concubino que se ha hecho cargo de los gastos de asistencia médica y funerarios del otro concubino tiene derecho a reclamarlo directamente contra el responsable de la muerte. Pero se plantea la cuestión de si cabe que uno de los concubinos reclame la indemnización del daño material y moral derivado de la muerte del otro como consecuencia de un delito o cuasidelito.

Por la afirmativa se pronuncian Salvat, Cammarota, Spota y Zanoni, en tanto que Bossert admite la indemnización del daño moral, mas no el material²¹.

Quienes sostienen la tesis negativa señalan que la concubina es una alimentaria de hecho y que la prestación con la que se beneficia no es un derecho subjetivo regulado y protegido jurídicamente.

En sentido contrario se señala que el interés simple, aún cuando no está asentado en una obligación legalmente impo-

²⁰ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 433-434.

²¹ Belluscio, *Manual...* TII, pág. 434.

ta, determina responsabilidad y obligación de indemnizar, si se prueba un daño cierto, como es la efectiva prestación de alimentos que sucedía en los hechos y su cesación por la muerte, pues ello queda amparado dentro de las amplias previsiones de los arts. 1068 y 1079 del Cód. Civil ²².

La jurisprudencia parece inclinarse en este último sentido sosteniendo que el daño no puede resultar de la sola relación irregular mantenida, pero sí en caso de ser demostrado probando la damnificada que vivía del auxilio y de los recursos del muerto.

II. 3. E. FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL QUE RESULTA COMPROBADA EN JUICIO

Es una actitud reprochable que puede generar daño moral y material al hijo extramatrimonial que recién emplaza su estado de familia por sentencia; y hay ilicitud en la omisión voluntaria (art. 897 del Cód. Civil) de reconocimiento por el progenitor.

La jurisprudencia sostiene que: *«quien ha negado —malicioso o culposamente, la distinción no cambia el resultado— el estado de hijo suya a la actora, obligándola a iniciar la correspondiente acción de reclamación de estado para obtener el reconocimiento, debe indudablemente ser condenado a la indemnización del daño moral así ocasionado y la acción de resarcimiento puede entablarse simultáneamente o con posterioridad a la acción de reclamación de estado (conf. Brebbia, R. H. «El dañ. moral.»)* ²³.

II. 3. F. ABANDONO DEL HIJO POR SU PADRE O MADRE O AMBOS

Según el art. 307 *«El padre o madre quedan privados de la*

²² Zannoni/Bossert, ob. cit. pág. 337.

²³ La Just. Civil y Com. San Isidro, J. 3, marzo 12-1988 - E., N.º J. F.C.N., E.D. 126-337.

patria potestad... por el abandono que hicieron de alguno de sus hijos...-. Para parte de la doctrina esta sanción no sería suficiente sino que hará falta el resarcimiento de los daños causados, de conformidad con los principios generales²⁴.

II. 3. G. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS²⁵

Cuando un menor no mantiene una adecuada comunicación con su progenitor por causa injustificada, el rechazo o la obstrucción impeditiva provoca daños de diversa índole, muchas veces irreversibles.

Dada la escasa regulación normativa, la doctrina y la jurisprudencia son las encargadas de elaborar las reglas directrices en esta materia.

Parte de la doctrina insiste, sin embargo, en que es necesario que la ley consagre en forma expresa el derecho del hijo a comunicarse con el otro progenitor. Su transgresión culpable, constituirá, entonces ya sin duda alguna, un ilícito, que en la medida que origine daños, constreñirá a la reparación. El perjuicio deberá entonces cuantificarse en una compensatoria o satisfactoria indemnización dineraria.

Al decir de Makianich de Bassat, *-la agresión de bolsillo puede transformar en seres razonables a quienes hasta ese momento no estaban dispuestos a entender razones-*.

II. 3. H. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR FRAUDE A LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN A LOS BIENES GANANCIALES

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe²⁶, por Despa-

²⁴ Barbero, Omas, ob. cit. pág. 100.

²⁵ Makianich de Bassat, Lidia, *Marco normativo del derecho de visitas y el derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso de derecho*. E.D. 20/9/91, nro. 7132, pág. 3 y 4.

²⁶ Jornadas cit. J.A. 20/9/91, Nro. 5718, pág. 8.

cho Unánime, concluyeron que:

-En los casos en que un cónyuge ejecuta actos en fraude del otro frustrando total o parcialmente sus derechos de participación en las ganancias, o en su calidad de acreedor, deberá indemnizar el daño moral causado- (Se abstiene Pettigiani).

II. 3. I. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS GENÉTICOS

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ²⁷, en despacho unánime, concluyeron que:

-Es viable la pretensión indemnizatoria deducida por el hijo contra sus padres reclamando la reparación del daño genético por haberlo procreado conociendo la sustancial gravedad de la transmisión de afecciones hereditarias o infecciosas que sobrevendrían- (Fdo.: Banchio, Andorno, Giangreco, Velasco, Deppeler, Duchowna, Palacio, Carlucci, Pérez de Morales, Brebbia. No adhieren: Pettigiani, Casiello, Borda, Lloveras de Resk, Saux).

III. ANÁLISIS DE ALGUNAS HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA NO REGULADAS NORMATIVAMENTE

III. 1. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO VINCULAR Y LA SEPARACIÓN PERSONAL

III. 1. A. INTRODUCCIÓN

El divorcio vincular o la separación personal, en palabra de

²⁷ Jornadas cit. J.A., 34/91, Nro. 5718, pág. 4.

Salas, resulta un *remedio hercúleo, pues si soluciona, malo bien, ciertos conflictos coyunturales, causa muchos perjuicios que quedan sin reparar tanto de orden moral como material.*²⁴

Sin embargo, la doctrina nacional alberga tantos defensores de la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del divorcio, tesis positiva, como opositores de tal resarcimiento, tesis negativa.

III. 1. B. ANTECEDENTES HISTÓRICOS²⁵

a) *Derecho Romano* :

El primer antecedente histórico sobre la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del divorcio se encuentra en Roma.

En la época medieval, para impedir el aumento descontrolado de divorcios, se aplicaron penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente: siendo éste quien recibía la suma de dinero, de lo cual surge claramente su carácter resarcitorio además de punitorio.

Durante la legislación justinianea se impusieron penas para el divorcio realizado sin justa causa y para la parte culpable en los divorcios lícitos tales como el retiro forzado a un convento y la pérdida de la dote y de la donación nupcial o de la cuarta parte de los bienes, cuando éstas no se hubieren constituido.

b) *Las Partidas*:

La Partida VII imponía a la mujer adúltera, junto con las penalidades corporales, la pérdida de la dote y las arras, con concepto evidentemente indemnizatorio.

²⁴ Salas, A.E., *Indemnización de los daños derivados del divorcio*, J.A. 1942-II, p. 1011.

²⁵ Barbero, Omar, *ob. cit.*, pág. 140 y ss.

c) *Derecho francés anterior a la revolución:*

Los Parlamentos, para reparar el atentado infringido al honor del marido, condenaban al cómplice de la mujer adúltera al abono de una indemnización, a veces muy elevada.

III. 1. C. DERECHO COMPARADO **

a) *Derecho francés:*

La ley del 2 de abril de 1941 agregó al art. 301 del Cód. Civil un segundo párrafo que expresa: *«Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio ha sido pronunciado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio daños e intereses por el perjuicio material o moral causado a él por la disolución del matrimonio».*

La ley del 29 de mayo de 1948 hace extensiva al régimen a la separación de cuerpos. Se distinguen así tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o la separación de cuerpos:

- i) Los emergentes de la desaparición de la obligación de socorro, reparo mediante la pensión alimentaria.
- ii) El perjuicio material y moral derivado de la disolución del matrimonio, indemnizado de acuerdo al art. 310 párr. 2do.
- iii) El perjuicio material y moral experimentado como consecuencia de la culpa del cónyuge. El fundamento de su indemnización es el art. 1382 que contempla la reparación civil de los daños ocasionados por hechos ilícitos.

b) *Derecho suizo:*

En Suiza, ya el Código Civil de 1907 previó, en sus arts. 151 y 153, la reparación de los daños y perjuicios derivados del

** Belluscio, A., *Daños y Perjuicios derivados del divorcio*, L.L., T. 106 pág. 1043 y ss.

divorcio (no aplicables a la separación de cuerpos), al expresar: art. 151 *-El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable. Si los hechos que han determinado el divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral-* y el 153 *-El esposo al cual se ha concedido una renta vitalicia por sentencia o convención a título de daños y perjuicios, de reparación o de alimentos, deja de tener derecho a ella si contrae nuevo matrimonio-*.

La indemnización del daño material requiere en el derecho suizo la reunión de tres requisitos:

- i. La culpa del demandado;
- ii. La existencia de daño material;
- iii. La relación de causalidad adecuada entre aquélla y ésta.

El daño moral es indemnizable si adquiere una gravedad especial excedente de la habitual que los jueces deberán apreciar tanto objetiva como subjetivamente.

La indemnización del daño moral puede acumularse a la del daño material.

Las disposiciones reseñadas se aplican a los perjuicios derivados del divorcio en sí; pero los daños materiales derivados de los hechos que dieron lugar al divorcio son resarcibles por las disposiciones que rigen los hechos ilícitos.

c) *Derecho italiano:*

En Italia la cuestión se ha planteado únicamente con referencia a los daños y perjuicios derivados del adulterio, o de la separación fundada en él. La jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, sostiene que los culpables del adulterio están solidariamente obligados a pagar al otro cónyuge la indemnización de los daños patrimoniales e inmateriales ocasionados.

d) *Derecho alemán:*

El código alemán no contiene disposición que admita la indemnización de los perjuicios causados por el divorcio, fundando su rechazo en:

- i. El matrimonio se basa en principios de orden moral.
- ii. Riesgo de que el inocente invoque causas mínimas para obtener el divorcio y la consiguiente indemnización.
- iii. No es necesaria como medio coercitivo para que se cumplan los deberes matrimoniales.
- iiii. Porque la fijación de la indemnización sería más o menos arbitraria.

La doctrina y la jurisprudencia han admitido la indemnización por daños y perjuicios cuando la causal de divorcio encuadra dentro del concepto de hecho ilícito.

e) *Derecho griego:*

La ley griega de divorcio de 1920 expresa en su art. 16: «Si el hecho que ha constituido la causa de divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del esposo no responsable del divorcio, el tribunal puede, al pronunciar éste, obligar al cónyuge que ha sido único culpable del divorcio a pagar al otro una suma de dinero a título de reparación moral. Si durante el matrimonio una acción punible ha sido cometida por uno de los esposos contra el otro, el esposo lesionado no puede reclamar en su favor la indemnización pecuniaria a la cual daría derecho la ley 1699».

Con tal disposición, sólo el daño moral es resarcible quedando sin indemnizar el daño derivado del hecho que es a la vez fuente del perjuicio y causa del divorcio.

f) *Derecho etíope:*

El derecho etíope permite sancionar con la pérdida de los regalos y ventajas matrimoniales de una parte o la totalidad de

los bienes comunes e incluso hasta la tercera parte de su patrimonio propio al cónyuge que hubiese incurrido por su culpa en las conductas consideradas como «causas graves» y en caso de no existir culpa, al que hubiese pedido el divorcio. Al beneficiarse el cónyuge inocente con el monto de esas sanciones, se obtiene el propósito indemnizatorio.

g) *Derecho portugués:*

El art. 1784 establece: *«Partición de los bienes. El cónyuge declarado único o principal culpable —del divorcio— no puede en la partición recibir más de los que recibiría si el casamiento hubiere sido celebrado según el régimen de comunidad de adquisiciones».*

Aunque el matrimonio hubiese elegido el régimen de la separación de bienes el cónyuge inocente se llevará la mitad de los adquiridos.

h) *Derecho peruano:*

El art. 264 del Cód. Civil peruano de 1936 dispone: *«Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación moral».*

i) *Derecho chino:*

El Cód. Civil de la Rca. de China, de 1930 establece en su art. 1056 *«Cuando uno de los esposos ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un divorcio por sentencia, puede demandar su reparación a la parte culpable. En el caso previsto en el párrafo precedente, la parte lesionada, a condición de que no sea culpable, puede reclamar una indemnización equitativa en dinero por el perjuicio que no sea puramente pecuniario. La pretensión enunciada precedentemente no es cesible ni transmisible a los herederos, a menos que haya sido reconocida por contrato o que la instancia haya sido establecida».*

j) *Derecho soviético:*

Los Mazeud narran lo acaecido en la Unión Soviética: luego de la fracasada experiencia del matrimonio y el divorcio de hecho vuelven sus pasos, llegando al divorcio sanción. El juez, dispone de un poder soberano de apreciación por no determinar la ley las causas del divorcio; pero además el cónyuge culpable es condenado a una multa de 500 a 2000 rublos.

III. 1. D. DOCTRINA NACIONAL

Como expresamos en el punto 1 de este capítulo, dentro de la doctrina nacional hay quienes adhieren a la tesis positiva o negativa, según admitan o no la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio.

a) *Tesis Positiva*

Réborá : fue el primer defensor de la tesis positiva, fue quien ya en 1926 se lamentó de que *-en la jurisprudencia argentina este capítulo esté en blanco-*⁴¹.

Acuña Anzorina: al sostener que *-la consumación —del adulterio— faculta al esposo inocente a ejercitar una acción resarcitoria contra sus autores por los daños materiales y morales que el mismo les hubiese producido-*⁴².

Colombo: al considerar que *-el adulterio es un acto ilícito como cualquier otro, por lo que no hay motivo para rechazar la acción contra el culpable y su cómplice por indemnización de los daños que cause al cónyuge o a otras personas-*⁴³.

⁴¹ Réborá, citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 197.

⁴² Acuña Anzorina, citada por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 199 y ss.

⁴³ Colombo, citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 200 y ss.

Belluscio : al expresar que *-los hechos que configuran causales de divorcio son ilícitos, ya sea por violar obligaciones emergentes del matrimonio o bien por la circunstancia misma de que dan lugar a la sanción civil del divorcio la cual implica una obligación de abstenerse de ejecutarlos. En consecuencia, si además de estar comprendidos en las previsiones de la...ley...ocasionan un daño al otro cónyuge, dan nacimiento a la obligación de reparar ese daño (arts. 1077 y 1109 del Cód. Civil)-*⁴⁴.

Gustavino : al incluir entre los efectos inconstantes de carácter patrimonial del divorcio, la responsabilidad por daños y perjuicios, aludiendo incidentalmente a ella cuando expresa *-si el cónyuge excluido de la locación estuviese obligado a pasar alimentos o a pagar daños y perjuicios por las consecuencias del divorcio...-*⁴⁵.

Spota : señalando que *-los daños y perjuicios patrimoniales o morales padecidos por el cónyuge inocente origina una pretensión resarcitoria amparada por el art. 1077 del Cód. Civil-*⁴⁶.

Mazzinghi : no vacila en enrolarse en al tesis positiva cuando dice que *-el hecho ilícito que constituye el apartamiento de los deberes matrimoniales puede generar la obligación, a cargo del culpable, de reparar los daños y perjuicios inferidos a la víctima con su conducta-*⁴⁷.

Moset Iturrabe : al expresar que *-Los hechos configurativos de las causales de divorcio... son hechos antijurídicos, por los que debe responder su autor. Hay una clara contradicción*

⁴⁴ Belluscio, A., *Daños y Perjuicios derivados del divorcio*, L.L., 105/3054.

⁴⁵ Gustavino, citado por Barbero, O., ob. cit. pág. 265 y ss.

⁴⁶ Spota, citado por Barbero, O., ob. cit. pág. 266 y ss.

⁴⁷ Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, 1972 t. II, Nro. 186, págs. 26/28.

entre el ordenamiento y el obrar del cónyuge, que se aparta del estatuto matrimonial, que transgrede la conducta que le está señalada por un imperativo legal»⁴⁸.

Barbero : que sintetiza su postura así: *«procede en nuestro derecho vigente la indemnización por los daños materiales y morales derivados tanto de los hechos constitutivos de las causales de divorcio como de éste en sí»⁴⁹.*

Se suman al elenco de juristas que adhieren a la tesis positiva: Salas, D'Antonio, López del Carril, Zanonni, Bossert, Makianich de Basset, entre otros.

b) Tesis Negativa

Bibiloni : en su Anteproyecto propone sustituir el art. 1078 del Cód. Civil por el siguiente: *«Aunque el hecho ilícito fuese un delito del derecho penal, la indemnización del daño sólo comprenderá el perjuicio de orden patrimonial, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código»⁵⁰.*

Borda: insiste en que *«la tesis positiva es contraria a la sensibilidad argentina»⁵¹.*

Llambías: sostiene que *«por la nobleza de los sentimientos que recíprocamente se han tenido los esposos no es adecuado, en mi opinión, degradar con pretensiones resarcitorias de aquella índole» el incumplimiento de los deberes familiares»⁵².*

⁴⁸ Mosset Iturrage, J., *Responsabilidad por daños*, Ed. Ediar, 1973, T. II-C (Actas Ilícitas) pág. 223.

⁴⁹ Barbero, Omar, *ob. cit.* pág. 218.

⁵⁰ Bibiloni, J.A., *Anteproyecto de Cód. Civil Argentino*, Ed. Abeledo Perrot, 1939, t. II, págs. 510 y ss.

⁵¹ Borda, Guillermo, citado por Barbero, Omar, *ob. cit.* pág. 213.

⁵² Llambías, citado por Barbero, Omar, *ob. cit.* pág. 213 y ss.

**III. 1. E. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA
LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASO DE DIVORCIO
VINCULAR Y SEPARACIÓN PERSONAL**

a) Carácter de la responsabilidad

Tal como lo expusimos en el capítulo I punto 4 cuando tratamos la *-Responsabilidad derivada del incumplimiento de los derechos subjetivos familiares-* el carácter de la responsabilidad es *extracontractual* ya que el matrimonio no encuadra dentro del concepto de contrato.

Teniendo en cuenta que el art. 1137 del Cód. Civil dice *-que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos-* podemos fácilmente concluir que falta, por tanto, en el matrimonio lo que es esencial a todo contrato: la facultad de los contratantes para establecer sus derechos y obligaciones recíprocos y la extensión de los mismos.

La doctrina actual ve en la locución «matrimonio» dos significados diferentes, a saber:

- i. Matrimonio-acto: es un acto jurídico familiar ya sea de carácter bilateral (Belluscio) o complejo (Spota, Zanonni) y
- ii. Matrimonio-estado: es un régimen legal, un complejo de derecho y deberes que las partes no pueden modificar y a las cuales quedan sometidos como consecuencia del matrimonio-acto.

De ahí que resulta acertado ubicar a la responsabilidad conyugal por los daños derivados del divorcio vincular o la separación personal en la zona de los actos ilícitos, dentro de la esfera de la *responsabilidad extracontractual*.

Barbero ⁴², cita el criterio de Van Ryn cuando expresa que hay que *-reservar vigencia a la responsabilidad civil contractual solamente para aquellos incumplimientos que encuentren en el contrato una base suficiente, necesaria y única-* y agrega

⁴² Barbero, *Comes*, *ob. cit.* pág. 223 y m.

que esto no ocurre en este caso porque aquél que viola los deberes del matrimonio incumple, no un contrato, sino deberes de orden social.

Belluscio, comparte tal afirmación pero señala una excepción: la disolución anticipada de la sociedad conyugal que provoca la sentencia de divorcio, genera *responsabilidad contractual*.

En las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁴⁴, al tratar el tema, se generaron dos Despachos:

Despacho A: *«Estos daños se rigen por el régimen de la responsabilidad extracontractual fundada en factor de atribución subjetivo»* (Fdo.: Andorno, Carlucci, Giangreco, Deppeler, Lloveras de Reak).

Despacho B: *«Son aplicables las normas generales de responsabilidad civil extracontractual, exclusivamente a los efectos de reparar los daños causados por los hechos ilícitos configurados en las causales del art. 202»* (Fdo.: Velazco, Duchowna, Palacio, Pérez de Morales, Silvia Morelle).

b) *La Antijuridicidad*

Toda vinculación a los deberes matrimoniales imputables al cónyuge ofensor tipifican, a no dudarlo, las causales subjetivas o culpables de divorcio vincular o la separación personal enumeradas por el art. 202 del Cód. Civil (t.o. ley 23.515).

Las causales subjetivas son: Adulterio, Tentativa contra la vida de uno de los cónyuges o los hijos, Instigación a uno de los cónyuges al otro para cometer delitos, Injurias graves, Abandono voluntario y malicioso.

Makianich de Basset ⁴⁵ sostiene que cada una de estas hipótesis abarca gran variedad de especies que cubren prácticamente el espectro de conductas antijurídicas violatorias de los deberes matrimoniales, legitimando al cónyuge ofendido

⁴⁴ Jornadas cit. J.A. 34/91 Nro. 5718, pág. 8.

⁴⁵ Makianich de Basset, *Ordo societatis conyugal...* E.D. 115/948.

para pedir el divorcio vincular o la separación personal por culpa de quien ha violado voluntariamente los deberes que las nupcias imponen.

El divorcio vincular o la separación personal que por esta vía se decreta es llamado por la doctrina divorcio-sanción, debiendo admitirse por culpa de uno o de ambos si su actuar ha encuadrado en las causales previstas.

c) *Daños resarcibles a causa del divorcio vincular y la separación personal. Fuentes*

Los efectos que la culpabilidad en el divorcio-sanción comporta son una consecuencia lógica de la interrupción culpable de la comunidad de vida y esfuerzos que es la base de los derechos que entre los cónyuges se reconocen.

Tales efectos, sin embargo, carecen de carácter reparatorio de los daños que la afrenta susceptible de provocar el divorcio vincular o la separación personal pueda ocasionar al cónyuge inocente, ni de los que el divorcio por sí mismo le infringe a éste⁶⁶.

Ni la mentada vocación alimentaria, ni la sucesoria, ni el derecho preferencial a convivir con los hijos de un matrimonio que se destruyó, entre otras consecuencias, compensan ni reparan los perjuicios espirituales y materiales que las actitudes tipificantes de las causales del divorcio-sanción ocasionan al cónyuge, como tampoco las que la frustración del matrimonio por sí mismo le acarrea⁶⁷.

Como sostuvimos en el capítulo I punto 6 -*Daños del incumplimiento de los deberes familiares*- la indemnización comprende daños personales del reclamante (patrimoniales y extrapatrimoniales), ciertos (sean presentes o futuros), subsistentes, con tal que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo del reclamante. Procediendo también ante agravios directos o indirectos.

⁶⁶ Maklaniich de Bassat, *Otra sociedad conyugal* E.D. 116746.

⁶⁷ Maklaniich de Bassat, *idem* * 56.

Fuentes:

Seguindo a Makianich de Basset ⁵⁸ sostenemos que estos daños pueden reconocer dos fuentes:

i. Los ilícitos que tipifican las causales de divorcio:

f. Esfera extrapatrimonial: agravios a los sentimientos, a la dignidad, las humillaciones, vejámenes, etc., que las causales pueden ocasionar al cónyuge inocente.

f'. Esfera patrimonial: menoscabos o deméritos en la reputación del cónyuge inocente que disminuyan sus posibilidades de obtener ingresos, contagio de enfermedades, las lesiones físicas o psíquicas, etc.

ii. El divorcio vincular y la separación personal en sí mismos:

ii'. Daño moral: configurado por la soledad a que se pueda ver constraído, el menosprecio de ciertos medios sociales, etc.

ii". Daño material: derivado de la disolución de la sociedad conyugal, de la pérdida de la vocación hereditaria en el divorcio vincular, etc.

d) *La reparación del daño*

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁵⁹, trataron el tema de los Daños y Perjuicios derivados del divorcio y de la separación personal y concluyeron:

«Son distinguibles los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio en sí mismos o la separación personal» (Unanimidad).

Despacho A: *«Son reparables ambos daños, tanto materiales como morales»* (Fdo.: Andorno, Carlucci, Medina, Giangreco, Dappeler, Dechowna, Palacio, Brebbia, Lloveras de Resk).

⁵⁸ Makianich de Basset, *idem* * 58.

⁵⁹ *Jornadas cil. J.A. 34/91, Nro. 5718, pág. 45.*

Aclaración del Despacho A: «Los daños derivados del divorcio o de la separación en sí mismos se hayan expresamente regulados de modo excepcional en el art. 207 C.C. que establece la consecuencia patrimonial a cargo del culpable, dado que la referida norma regula una prestación de naturaleza resarcitoria» (Fdo.: Velasco, Pérez de Morales, Duchowna, Palacio, Silvia Morello).

Despacho B: «No son indemnizables estos daños, excepto que los hechos a más de constituir una violación a los deberes matrimoniales, constituyan un ilícito reparable en sí mismo» (Fdo.: Pettigiani, Di Lella, Alterini, López Cabana, Saux).

Remito al lector a los principios generales expuestos en el capítulo I punto 8 «La Reparación del Daño», aplicables al supuesto desarrollado.

e) *Culpabilidad: diversos supuestos*

Resulta precedente la reparación de daños y perjuicios si media:

- i. Inocencia de uno de los cónyuges.
- ii. Culpabilidad de ambos: al ser causales independientes originarán en ambos la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al otro por su actuar dañoso.
- iii. Concurrencia de culpas: un sólo hecho que da lugar al divorcio en el cual ambos cónyuges contribuyeron, se aplican los principios generales desarrollados en el capítulo I punto 9 «El factor de atribución predominantemente subjetivo».

No resulta precedente la reparación de daños y perjuicios si media:

- iv. Divorcio consensual o por presentación conjunta: dado que es un divorcio por «causas no manifiestas» no puede haber atribución o imputación de culpa a uno, debiendo ambos cónyuges compartir la responsabilidad del fracaso matrimonial en sí mismo, en igualdad de condiciones.

*Evolución Jurisprudencial:** *Primer Fallo de la Cámara Civil 2a de la Capital Federal* ⁴⁰

El primer caso planteado fue resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de la Capital Federal a cargo del Dr. César A. Fauvety (Secretaría Saúze Juárez) mediante sentencia del 9 de diciembre de 1941, la cual confirmada por la Cámara civil 2a. (Dres. Miguens, Maschwitz y Lagos) por acuerdo del 21 de abril de 1942.

Se trataba de una demanda de daños y perjuicios entablada por el marido contra el supuesto cómplice del adulterio de la mujer. El juez y la Cámara rechazaron la demanda; pero la sentencia no se fundó en que no correspondiese la indemnización sino en la ausencia de los requisitos necesarios para su otorgamiento.

En conclusión, no podemos considerar este primer precedente contrario a la procedencia del resarcimiento, sino antes bien favorable.

* *Segundo Fallo* ⁴¹

El segundo caso fue resuelto en primera instancia por el Dr. Arturo G. González (Secretaría Enrique Giraudy) de 5 de agosto de 1942.

La mujer había iniciado juicio de divorcio contra su marido, y pedía indemnización del daño material derivado del adulterio.

Dijo el juez de primera instancia: «...IV. Se exige la reparación del daño moral invocando el adulterio como delito del derecho criminal y por cuanto el perjuicio moral resultante del divorcio es considerable, por la descalificación del concepto que entraña. Desestimo dicha pretensión por cuanto no procede

⁴⁰ citado por Barbero, Omar, ob. cit., pág. 181 y ss.

⁴¹ citado por Barbero, Omar, ob. cit., pág. 182 y ss.

indemnización por daño moral sino en el caso de delitos juzgados por el derecho criminal (1078 C.C.)... La sentencia favorable implica ya una reparación para la actora. El daño efectivo material no se ha justificado.

A su vez la Cámara resolvió, haciendo memoria del caso anterior, que *«no se ha dicho aquí cuáles serían los daños materiales producidos por el demandado, y en cuanto a los morales, como acaban de resolverlo las Cámaras Civiles en pleno, en el caso -Iribarren F. c. Sáenz Briones y Cia., no procede más que cuando existe un delito del derecho criminal».*

De estos conceptos surge una clara admisión implícita de la procedencia de la reparación, ya que, en cuanto al daño material, no se hizo lugar por no habérselo acreditado debidamente, y en cuanto al daño moral, se aplicó el criterio restringido del plenario que menciona, el cual carece hoy de valor ante la nueva redacción dada al art. 1078 por la ley 17.711.

** Fallo del Dr. Borda como Juez de Primera Instancia*²¹

Se trataba de un supuesto semejante al primero: un esposo que deducía demanda de daños y perjuicios contra el cómplice del adulterio cometido por su mujer.

Manifiesta Borda su tesis contraria: rechaza la demanda por considerar que *«una acción mediante la cual se pretende lucrar con la deshonra es contraria a la moral y las buenas costumbres y no puede ser admitida por los tribunales».*

Estima inaplicable el art. 1109 C.C.

Niega valor a todo precedente extranjero, pues afirma que *«las acciones y costumbres de otros pueblos pueden resultar chocantes a nuestro espíritu».*

** Fallo de la Sala «E» de la Cámara Civil de la Capital*²²

El cuarto caso fue resuelto por los Dres. Sánchez de Busta-

²¹ citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 183 y ss.

²² citado por Barbero, Omar, ob. cit. pág. 183 y ss.

mante, Cuchero y Albisetti mediante acuerdo del 11 de diciembre de 1970.

En aquella oportunidad se trató en realidad sólo incidentalmente el problema que nos interesa. Era un incidente de liquidación de sociedad conyugal promovido por la esposa (inocente del divorcio declarado) contra su esposo (culpable). Entre otras cosas, la mujer había solicitado que se tuviera en cuenta, en la liquidación, los perjuicios sufridos por ella, y el a quo rechazó el pedido.

El Dr. Sánchez de Bustamante opina que la parte actora incurrió en una confusión al agravarse en cuanto a perjuicios. Y aclara: «...una cosa es el daño material que podría haber sufrido al no poder usufructuar un departamento que había quedado en uso del marido (lo cual no prosperó) y otra el agravio moral derivado del juicio de divorcio y de la conducta observada por el demandado con motivo de él o las causas que le dieron lugar... En cuanto al agravio moral propiamente dicho, no lo encuentro configurado...»

O sea, que no se hizo lugar a la demanda de resarcimiento por daño moral derivado de injurias en el juicio de divorcio por no haberse configurado aquellas.

Con lo que surge implícitamente que de haber existido realmente tales injurias, se hubiese hecho lugar al pedido de indemnización por daño moral. En cuanto a los daños derivados de «las causas que dieron lugar» al divorcio, que el Dr. Sánchez de Bustamante menciona, es lamentable que no hubiera tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.

* Falta de la Sala «C» del 17/5/88 ⁴⁴

«La admisión de la indemnización de los daños unidos al divorcio con tendencia autoral mayoritaria... se basa en el carácter general de las normas del responder civil en los arts. 1077, 1109 del C.C. y en relación al daño moral en el art. 1078,

⁴⁴ Cám. Nac. Civil Sala «C» L. 31. 14 de agosto - L. de P., M.S. o P. J. C. D. el divorcio del 17/05/88.

por advertirse en las causales de divorcio verdaderos actos ilícitos.

«No hay razón para hacer del matrimonio un coto impensable para el derecho de daños.»

«En principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector, no siendo justo otorgar a uno de los esposos un derecho a dañar sin responsabilidad.»

«Aunque en general están en juego hechos ilícitos dolosos, se admite también el resarcimiento frente al obrar negligente meramente culposo, o sea tanto para los delitos civiles como para los cuasidelitos.»

«No se trata de acumulación de reparaciones por un mismo hecho. Se trata de consecuencias distintas de un mismo hecho, con reparaciones distintas e independientes de acuerdo a la calidad, desenvolvimiento, profundidad, y proyección de esas consecuencias.»

Del Voto del Dr. Cifuentes:

«El divorcio en sí no es causa de resarcimiento, pero los hechos que llevaron al divorcio cuando ellos tienen fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las esencias comunes espirituales... podría verse malograda la unión conyugal, una lesión al bien moral que debe ser compensada con carácter autónomo.»

* Fallo de la Sala -F- del 20/08/91 ¹⁰⁰

En su voto, el Dr. Mundo expresa *«Anoto que la demandada reconviniente, peticiona a la Alzada que el divorcio de autos (dispuerto, y ejecutado, por las causales de adulterio y abandono; arts. 202 incs. 1 y 5 del C.C....) lo sea asimismo por la causal de injurias graves (conf. art. 202 citado inc. 4), con cuya base, sumado al adulterio y al abandono, reclama resarcimiento por daño moral... Destaco que el adulterio constituye ilícito que*

¹⁰⁰ Ctas. Nuc. de Apel. en los Civil Sala -F-.

por destituir la fidelidad definitiva del matrimonio en tanto institución, es acto ilícito (conf. art. 118 C.P. y 1078 C.C.). Luego, rige la especie en orden a la reparación debida, el art. 1078 mencionado de donde la indemnización por daño moral, más allá de que se admita la causal de injurias graves, es procedente cuando como en autos la disolución consta institucionalizada por adulterio (conf. art. 118 referido). Y concluyo que, acreditada la ilicitud queda inconducente distinguir entre cuasidelito y delito, respecto a suscitar el resarcimiento moral, máxime si según sucede en la especie, el adulterio evidencia, por ejecutado con intención y a sabiendas en dañar la fidelidad, calificación de delito (conf. art. 1072 C.C.). Por último con las facultades del art. 165 CPr., y atendiendo a la reparación moral contempla restituir aquello que sin ser cosa ni bien, puede apreciarse en dinero, de manera que la humillación (en el caso, adulterio con la cuñada de la reconviniente), se adecúe al criterio ético y al razonable mantenimiento del ambiente familiar, propicio fijar en =A= 200.000.000.-, el quantum del rubro analizado... corresponde, a mi juicio, condenar al actor a pagar a la reconviniente la cantidad de =A= 200.000.000.- en concepto de daño moral...»

Los doctores Lilia Germano y Gerónimo Sansó, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mundo, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

III. 1. F. ANTEPROYECTO DE REFORMA ¹⁰⁰

El Dr. Barbero elaboró un anteproyecto que consiste en agregar, en la parte o sección relativa al divorcio, después de legislar sobre sus efectos, un capítulo especial que se titularía: «De los daños y perjuicios derivados del divorcio». A continuación transcribiremos los artículos que podrían adoptarse en una futura reforma total, habiendo suprimido del anteproyecto original del citado autor los que regulaban hipótesis contempladas por la ley 2393 (divorcio-sanción), actualmente reformada por la ley 23.515.

¹⁰⁰ *Id.* Barbero, Omar, ob. cit. pág. 279 y ss.

Cabe advertir que cuando el Dr. Barbero habla de «divorcio», el lector deberá subentender en tal expresión dos hipótesis: separación personal y divorcio vincular (conf. ley 23.515).

«Art. 1: El cónyuge inocente podrá exigir al cónyuge culpable la reparación de todo daño material y moral derivado del o los hechos ilícitos constitutivos de las causales de divorcio, así como también de este en sí mismo».

«Art. 2: El cónyuge inocente podrá o no acumular esta pretensión a la de divorcio, pero el juez no podrá condenar a un cónyuge a reparar esos daños al otro sin previa sentencia firme de divorcio que lo declare culpable de él».

«Art. 3: Si el divorcio se hubiera decretado por culpa de ambos cónyuges, ninguno de ellos podrá ejercer contra el otro las acciones previstas en el art. 1».

Tampoco podrán hacerlo en el divorcio consensual, salvo que uno de los cónyuges se hubiese reconocido como único culpable, caso en el cual procederá la reparación al inocente sólo por el daño material y moral derivado del divorcio en sí mismo».

«Art. 4: Si en el hecho ilícito constitutivo de la causal de divorcio hubiese participado un tercero como coautor, cómplice o instigador, responderá solidariamente ante el cónyuge inocente por los daños mencionados en el art. 1».

«Arts. 5 y 6: Suprimidos».

«Art. 7: Los hijos del matrimonio divorciado sean menores o mayores de edad, podrán exigir de su padre o madre culpable, la reparación de todo daño material y moral derivado del divorcio en sí mismo».

Si ambos padres fuesen culpables de él, así como si hubiere terceros que hayan participado como autores, cómplices o instigadores, todos responderán solidariamente».

La acción de los hijos prescribirá a los dos años de la sentencia de divorcio, o desde que hubiesen alcanzado la mayoría de edad, si aquélla se pronunció durante su minoridad».

«Art. 8: Para fijar el monto de las indemnizaciones previstas en este capítulo, así como para ordenar su pago en forma global o de renta, el juez tomará equitativamente en cuenta las

condiciones económicas del actor y del demandado y demás circunstancias del caso».

«Art. 9: Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que anteceden, se aplicarán los artículos... (Remisión a las normas sobre responsabilidad por hechos ilícitos) de este Código».

III. 2. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS

III. 2.A. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE VISITAS ⁸⁸

Toda construcción jurídica del derecho de visitas responde, fundamentalmente a una elaboración jurisprudencial contenida en un marco legal referencial que escuetamente se limita a reconocerlo a favor de los progenitores no convivientes (art. 264 inc. 2do. C.C. t.o. ley 23.515).

Este margen abierto que permite al juez ordenar soluciones concretas que se ajusten mejor a las particularidades de cada caso concreto, lleva insito un calificativo: se está en presencia de lo que se conoce como derecho judicial. Este derecho judicial deberá inspirarse en la equidad, en la ratio legis, en el conocimiento de los hechos, en la naturaleza de las cosas, en los precedentes judiciales, en las máximas o principios acuñados por la sabiduría jurídica, apoyarse en un pasado y proyectarse hacia un futuro.

III. 2. B. EL DERECHO DEL HIJO A MANTENER UNA ADECUADA COMUNICACIÓN CON EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE ⁸⁹

Se ha señalado como característica de los derechos subje-

⁸⁸ Makianich de Bassat, Lidia N., *Marco Normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El Abuso del Derecho*. E.D. 2006/01. Nos. 7782 pág. 17 ss.

⁸⁹ Makianich de Bassat, Lidia N., *idem*. ⁹⁰

tivos familiares el hecho de ser correlativos y recíprocos.

Es esta característica de reciprocidad, insita normalmente en los derechos subjetivos familiares, la que permite la inducción de que las -visitas- constituyen a la vez un derecho propio y autónomo del hijo.

III. 2. C. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS ²²

Cuando un menor no mantiene una adecuada comunicación con su progenitor por causa injustificada, el rechazo o la obstrucción impeditiva, provoca daños de diversa entidad muchas veces irreversibles.

Cierto es que no parece aconsejable compeler a un padre o madre remiso a comunicarse con su hijo. La adecuada comunicación no podrá ejercitarse con aplicación de la fuerza física ya que las obligaciones de hacer, entrañan la imposibilidad de ejecución forzada, tal como surge en nuestro derecho del art. 629 del Cód. Civil.

Por lo tanto, sólo podrá, en caso de resistencia, condenarse sucesáneamente a reparar los daños y perjuicios que la inejecución de esta obligación comporta.

Lidia Makianich de Bassot insiste en que es necesario que la ley consagre en forma expresa el derecho del hijo a comunicarse adecuadamente con el otro progenitor. Su transgresión culpable, constituirá, entonces ya sin duda alguna, un ilícito, que en la medida que origine daños, constreñirá a la reparación. Como lo normal en casos de esta índole es que el tiempo de incumplimiento transcurrido no pueda volverse atrás, ni evitarse el sufrimiento ya padecido, así como no siempre pueden curarse los trastornos ocasionados, al margen de la posible cesación de tales omisiones o conductas ilícitas para el futuro, el perjuicio deberá cuantificarse en una compensatoria o satisfactoria indemnización dineraria.

²² Makianich de Bassot, Lidia N., *idém.* ²³

III. 2. D. INCUMPLIMIENTO PARCIAL O TOTAL DEL RÉGIMEN DE VISTAS: CAUSAS Y MEDIOS COMPULSIVOS, SANCIONATORIOS, CIVILES Y PENALES ⁴⁹

Las causas injustificadas giran en torno a problemas que tienen en su causa en decisiones normalmente *Cu/posas en sentido amplio*:

- a) Del progenitor «visitante» mediante sus incumplimientos totales o irritualidades parciales.
- b) Del detentador de la tenencia o guarda, que se manifiestan en obstrucciones de distinto grado.
- c) Del propio menor que puede mostrar resistencia a vincularse con uno de los progenitores.

a) *Del progenitor «visitante» mediante sus incumplimientos totales o irritualidades parciales:*

Debe tenerse en cuenta que todo en esta cuestión es muy relativo y es tema poco propicio para establecer reglas generales o apriorísticas, primando el interés del menor en todo caso, pivote alrededor del cual se arbitrará la solución más adecuada.

Los medios compulsivos serían:

- i. La intimidación bajo apercibimiento de modificación del régimen.
- ii. Modificación de la modalidad del régimen, reducción, suspensión o supresión directa.
- iii. Aplicación de «astreintes».
- iv. Cláusulas penales convencionales o judiciales.
- v. Cauciones o garantías reales.
- vi. Imposición de sanciones combinadas (multas y garantías, modificación del régimen, etc.).
- vii. Condensación al resarcimiento de daños y perjuicios.
- viii. Desde el punto de vista penal podrían tipificarse ya sea el delito de desobediencia o el de sustracción de menores, entre otros.

⁴⁹ Malkinich de Bassot, Lidia N., *Marco Normativo...*, E.D. 30/05/91, Nro. 7752, pág. 4 y ss.

ix. Privación de la patria potestad del «visitador».

b) Del detentador de la tenencia o guarda, que se manifiestan en obstrucciones de distinto grado:

Entre los medios civiles pueden destacarse los siguientes:

- i. Intimación al cumplimiento ritual del convenio homologado o sentencia, bajo apercibimiento de «astreintes».
- ii. Aplicación de «astreintes».
- iii. Multas y sanciones pecuniarias.
- iv. Caucciones o garantías reales.
- v. Imposición de sanciones combinadas.
- vi. Cláusulas penales.
- vii. Condena al resarcimiento de daños y perjuicios.
- viii. Intimación al cumplimiento bajo apercibimiento de modificar el régimen de tenencia.
- ix. Modificación del régimen de tenencia.
- x. Intimación bajo apercibimiento de suspender al guardador en el ejercicio de la autoridad paterna.
- xi. Suspensión del ejercicio de la autoridad paterna.
- xii. Si las conductas tipifican causales de privación de la autoridad paterna, la supresión de ésta.
- xiii. Allanamiento de la casa por la fuerza pública.
- xiv. Internación del menor en un colegio.
- xv. Suspensión por parte del «visitador» de la cuota alimentaria.
- xvi. En materia penal puede configurarse como delito de desobediencia.

c) Del propio menor que puede mostrar resistencia a vincularse con uno de los progenitores.

Borda refiere fallos que han conminado al hijo bajo pena de internación absoluta en un colegio e interrupción de toda comunicación con el otro progenitor.

En derecho comparado se ha admitido el apercibimiento de interrumpir la prestación alimentaria.

III. 2. E. CONCLUSIONES ⁷⁰

Como el hijo necesita de ambos progenitores para una estructuración equilibrada de su psiquismo, la ausencia imputable a dolo o culpa del padre o madre, que ocasione daños al menor no debe escapar al régimen de responsabilidad civil y deberá indemnizar los perjuicios patrimoniales o morales que su omisión acarree al hijo.

Hay quienes sostienen que la responsabilidad puede también surgir como producto, no ya sólo de factores de atribución subjetivos, dolo o culpa, sino de objetivos tales como el abuso del derecho cuando el «visitador» desvía su derecho de comunicación y trato, para ejercer un control inadecuado de la autoridad paterna, más allá de la razonable supervisión en la educación y en todo caso, del equilibrado desarrollo de su hijo.

También cuando se le inducen ideas o sentimientos contrarios al otro progenitor.

El retraso en la devolución del menor constituye cuestión polémica, resultando para cierto sector una conducta abusiva, en tanto que otra corriente autoral sostiene que es una simple y directa infracción que merece sanción.

La reparación in natura se presenta muchas veces como imposible, razón por la cual, particularmente en lo atinente al daño extrapatrimonial, y no obstante lo dificultoso de su cuantificación, corresponderá una traducción económica compensatoria del perjuicio.

III. 3. FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL QUE RESULTA COMPROBADA EN JUNCO.

III. 3. A. ANTIJURIDICIDAD Y FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Son actos lícitos los que están consentidos por el derecho y se hallan tutelados por éste; inversamente, son ilícitos los

⁷⁰ Makarech de Bassot, Lidia N.

actos, positivos o negativos, contrarios a la ley, que importan una invasión en la esfera jurídica de otra persona y que, por consiguiente, determinan alguna sanción legal.

El art. 1109 del C.C. reputa ilícito todo actuar que por culpa o negligencia ocasiona un daño a otro.

Si fuera lícito no reconocer a un hijo, la ley no daría acción para demandar el reconocimiento.

Quien ha negado maliciosa —dolo: obrar voluntario efectuado con discernimiento, intención y libertad— o culposamente —culpa— el estado del hijo extramatrimonial debe indudablemente ser condenado también a la indemnización del daño moral así ocasionado y la acción de resarcimiento puede entablarse simultáneamente o con posterioridad a la acción de reclamación de estado ⁷¹.

Esta pasividad —falta de reconocimiento— con víctima cierta, torna abusivo el ejercicio del derecho del demandado de no hacer lo que la ley no manda —expresamente— (1071 C.C.).

En conclusión, si bien los factores de atribución son fundamentalmente subjetivos, *Dolo o Culpa*, puede también tratarse de un factor objetivo, *Abuso del Derecho*.

En las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁷², respecto del factor de atribución de la responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la filiación, se dijo:

Despacho A. —*El factor de atribución es la culpa en sentido lato*—. Despacho del Dr. Di Lella: —*El factor de atribución es el dolo o culpa grave*—.

III. 3. B. El daño ⁷³

La falta de reconocimiento de un hijo extramatrimonial

⁷¹ Bribián, *Daño Moral ocasionado en la constitución de la Inst. Cív. y Com.*, San Pedro, *Jornada 9*, a cargo de la Dra. Delina Cabrera, 8/8/88 en actas E. N. o G. P. O. N. E. D. 1387 331 y ss.

⁷² *Jornadas cit. J.A. 34/91*, Nro. 3718, pág. 4.

⁷³ *Ibidem* ⁷¹.

ocasiona a éste *Daño moral y Daño patrimonial*.

El *daño moral* se manifiesta tanto como:

- i. Dolor moral sufrido socialmente a manera de minusvalía: consistente en el hecho de obligar a un hijo a llevar el apellido de la madre que se transforma en un «sello» de la «ilegitimidad» de su origen, detrimento indudable dentro de los cánones de nuestra sociedad.
- ii. Como de dolor moral sufrido en su intimidad, de saberse negada por su progenitor: el sentimiento de inferioridad, de desprotección espiritual e inseguridad que ha de experimentar quien no puede contar con la figura paterna cierta, visible y responsable.

Las Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe ⁷⁴, trataron el tema de la Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la filiación y concluyeron:

1) Despacho A: *Son indemnizables los daños materiales y morales causados por falta de reconocimiento de la filiación.* (Fdo.: Andorno, Pérez de Morales, Giangreco, Velasco, Deppele, Duchowna, Palacio, Medina, Carlucci, Di Lella, Brebbia, Borda, Alterini, López Cabana, Lloveras de Resak).

2) Despacho B: *Debe estarse a las sanciones establecidas en el Código Civil (pérdida del usufructo, indignidad, etc.)* (Fdo.: Pettigiani).

III. 3. C. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Para que la responsabilidad se genere, es necesario que exista relación de causalidad entre el Daño Moral o Patrimonial por falta de reconocimiento y la conducta omisiva —dañosa, culposa o abusiva— de la falta de reconocimiento.

Tal relación de causalidad deberá resultar, según cada caso concreto, p.e. de los valores afectivos comprometidos, de la consi-

⁷⁴ *Jornadas cil. J. A.* 3/4/91, Nro. 5718, pag. 4.

deración social en el medio donde el hijo se desenvuelve, etc.

III. 3. D. JURISPRUDENCIA ILUSTRATIVA

Primera Instancia Civil y Com. San Isidro, juzgado nro. 9, marzo 29-1968 - E., N. e. G., F. C. N. ²⁵

-Quien ha negado —malicioso o culposamente— el estado de familia a su hijo, obligándolo a iniciar la correspondiente acción de reclamación de estado para obtener el reconocimiento, debe ser condenado a la indemnización del daño moral así ocasionado—.

Bibliografía

- Alerini, Anillo López Cabana, Roberto, *Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, L.L. 1991-A. Sect. Doctrina, p. 300.
- Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, Ed. Astrea.
- Barbero, Omar, *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, J.A., t. 29, p. 623.
- *Datos y perjuicios derivados del divorcio*, L.L., t. 105, p. 1943.
- *Los datos y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil*, L.L., t. 134, p. 1429.
- Bidart, Carlos, Germán J., *Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo*, E.D. 128-330.
- Borda, Guillermo - Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot.
- Bosert, Custado - Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Astrea.
- Bustamante Alzira, Jorge, *Teoría de la responsabilidad civil*.
- Makrisich de Basco, Lidia H., — *Marco normativo de derecho de niños y derecho judicial*... E.D. 30-05-91.
- *Reformas incidentales introducidas por la ley 23.264 en materia de derecho alimentario*, E.D. 128-707.
- *Civta averçada exigida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cohecho culpable de divorcio*, E.D. 115-844.
- Mastaglio, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot.
- Mosset, Juanjoque, *Los datos emergentes del divorcio*, L.L., t. 1993-C, p. 348.
- Ribera, Juan Carlos, *El daño moral*, J.A. t. XIV, sec. doctrina, p. 99.
- Vidal Tapia, Carlos H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, Ed. Astrea.

²⁵ E.D. 128/331 y ss.

HOMICIDIO AGRAVADO POR LA PLURALIDAD DE AGENTES

MARÍA ALICIA ISOLA*
MARIANO HUGO SILVESTRONI *

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo 80 de nuestro Código penal se encuentran tipificadas las agravantes del delito de homicidio.

Muchas veces resulta difícil precisar el alcance de las mismas y más aún encontrarles un fundamento. De allí la necesidad de ahondar la investigación del tema, más cuando lo que está en juego es la privación perpetua de la libertad de una persona.

En el presente ensayo nos avocaremos al estudio del inciso sexto del artículo ochenta, que agrava el homicidio cuando se cometiére «con el concurso premeditado de dos o más personas».

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A partir del proyecto Coll-Gómez del año 1936 se comienza a propiciar esta agravante, con la siguiente redacción: «El que matare... con el concurso de dos o más personas».

Desde entonces, las redacciones dadas a este tipo penal

* Estudiantes de Derecho (U.B.A.)

agravado fueron las siguientes:

— Proyecto Peco: «El que matare con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho».

— Dec. Ley 4778/63: «El que matare cuando en el hecho intervengan dos o más personas».

— Dec. Ley 17.567: «El que matare con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho».

— Ley 20.642: «El que matare... con el concurso premeditado de dos o más personas».

Esta última redacción fue la que se mantuvo al introducirse al código penal su última reforma con la sanción de la ley 23.077.

III. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE

Buscar un fundamento para el aumento de la punición de una conducta (que en este caso se produce mediante una agravante), es tratar de justificarla a la luz de una teoría de la pena.

Núñez (*Derecho penal Argentino*, Bs. As., Actualización, Lerner, 1975, Tomo III, pág. 69), adoptando un criterio preventivo especial, sostiene que en el caso existe una mayor peligrosidad derivada de la *Preordenación* del concurso para matar.

Pensamos que esta afirmación es incorrecta. La premeditación no demuestra un mayor grado de peligrosidad, por el contrario, es más peligroso el sujeto que actúa en forma impulsiva que aquél que medita sus acciones y mide las consecuencias de sus actos. Por otra parte sustentar un criterio peligrosista es un resabio del derecho penal de autor que viola el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

Creemos que lo que fundamenta la agravante es el mayor reproche existente como consecuencia de la mayor afectación sufrida por el bien jurídico tutelado (la vida) producida por el

aumento del estado de indefensión de la víctima ante la intervención de tres sujetos. Es decir que es la teoría retribucionista donde se halla, a nuestro juicio, el único justificativo posible para este inciso.

Sin embargo, queda por ver si en la premeditación encontramos alguna otra razón para sustentar el aumento de la pena. Es sabido que desde el punto de vista retributivo es más culpable el sujeto que obra evaluando ex-ante la acción delictiva que el impulsivo ya que aquél tuvo más tiempo y mayores posibilidades de motivarse a derecho; de allí que la premeditación haya sido históricamente la agravante por excelencia y la madre de todas las demás. A pesar de ello, en nuestro código no la encontramos como agravante en forma autónoma, esto nos lleva a preguntar ¿Por qué es relevante la misma cuando los que obran premeditadamente son tres y no cuando es uno solo? ¿Acaso es mayor el reproche individual por el hecho de premeditar en conjunto? Creemos indudablemente que no. La premeditación aumenta el reproche porque hubo mayores posibilidades de motivarse por la norma, pero estas chances no aumentan por el hecho de que premediten varios.

Lo que hay que destacar es que la preordenación no adquiere especial importancia por el hecho de que se lleve a cabo entre tres. Ella opera como un elemento limitativo de la agravante excluyendo aquellos casos en los que individualmente hubo menores posibilidades de motivarse por la norma. La premeditación hace al mayor reproche personal y, posiblemente, fue introducida en este inciso para excluir la simple reunión ocasional por ser considerada menos reprochable.

En síntesis el fundamento de la existencia de la calificación es el mayor reproche existente por el aumento del estado de indefensión de la víctima y por la mayor posibilidad de motivarse por la norma dada por la preordenación del concurso para matar.

IV. Aspecto cuantitativo

Abordaremos el análisis del tipo penal en cuestión comen-

zando por el elemento objetivo del mismo:

IV. A. Concurso

Según el Diccionario de la Real Academia Española concurso quiere decir: «muchedumbre o abundancia grande de gente junta en un mismo lugar; reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas distintas; asistencia o ayuda para una cosa».

En cuanto al significado del término, López Bolado (*Los Homicidios Calificados*, Bs. As., Plus Ultra, 1975, Cap. VI, pág. 214) lo asimila a asistencia y por su parte Levene (h) (Cita de López Bolado Ob. Cit. pág. 216) se refiere a intervención.

Entendemos que debe descartarse la posibilidad de interpretar este término en sentido amplio asemejándolo a «acuerdo de voluntades». De lo contrario todos los supuestos de autoría y participación en donde interviniesen tres sujetos como mínimo, mediando un previo acuerdo, quedarían subsumidos en esta agravante. Desde el punto de vista de la redacción, si esto fuese lo querido, bien podría haberse redactado este inciso aduciendo al que matare «con la participación premeditada de dos o más personas».

Coincidimos en que se interprete el término como asistencia o intervención. Ahora bien, si descartamos la asimilación a la participación en general, lo que la ley nos está queriendo decir es que la asistencia debe ser durante la etapa de ejecución del hecho. Por otra parte, esta es la única interpretación que se condice con el fundamento de la agravante ya que sólo puede aumentar el estado de indefensión de la víctima quien participa durante la etapa de ejecución. En cambio, quien por ejemplo, actúa antes, podrá determinar el hecho (caso del instigador) o hacerlo posible (caso del cómplice primario) pero no aumentar el estado de indefensión. Estos aportes hacen a la posibilidad de existencia del hecho y por tal motivo se hallan tipificados en forma accesorio en la parte general de nuestro código, pero no debemos confundir el peligro creado hacia el bien jurídico por los mismos, con la disminución de la capacidad

defensiva de la víctima generada por un determinado modo de comisión.

La doctrina dominante sostiene que la *ratio legis* de la última modificación hecha a este inciso, fue la de ampliar el tipo penal suprimiendo la exigencia de que se concorra en la etapa de ejecución. No compartimos esta opinión. Creemos que el fin de la reforma no fue modificar el sentido del término «concurso», sino el de incluir a los partícipes entre los posibles concurrentes; teniendo en cuenta que, antes de la reforma, los autores sostenían en forma casi unánime (en disidencia López Bolaño, *ob. cit.*, pág. 214) que la norma al aludir a quienes «...intervengan en la ejecución del hecho» excluía a aquéllos que no fueran coautores.

En síntesis, concurre a matar quien actúa en la porción del *-iter criminis-* que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación del hecho, ya que sólo de este modo la asistencia recíproca de tres sujetos puede disminuir la capacidad defensiva de la víctima y justificar la agravante.

IV. B. CANTIDAD DE CONCURRENTES

Coincidimos con la doctrina mayoritaria en el sentido de que en total los concurrentes deben ser tres: el que mata más otros dos (obviamente pueden matar todos en conjunto). Sólo Fontán Balestra (*Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Bs. As., Abeledo Perrot, 1969, Tomo IV, pág. 120*) sostiene que basta que concurren dos.

IV. C. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN

Debemos dilucidar cuál es el carácter de la intervención de los concurrentes que exige el tipo objetivo de este delito.

Es evidente que existe concurso cuando el hecho es ejecu-

tado por tres coautores (sean funcionales o paralelos), ya que los tres matan *asistidos* o *recíprocamente* o *interviniendo conjuntamente* en la perpetración del delito.

Más problemático es determinar el carácter de la participación criminal (en sentido estricto) requerida por el tipo; es decir cuáles partícipes son considerados por la norma como concurrentes y cuáles no.

Para resolver el problema debemos partir de la definición de concurso. Si dijimos que es la asistencia e intervención durante la etapa de ejecución, entonces, sólo concurrirán quienes actúen en esta etapa.

Además de los autores (coautores en nuestro caso), sólo los cómplices secundarios actúan durante la ejecución. El cómplice primario queda excluido ya que, por definición es aquel que con anterioridad al comienzo de ejecución realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido producir. Si el aporte fuera posterior, o sea durante la ejecución, tendría dominio del hecho y por lo tanto no sería cómplice sino autor. Con respecto al instigador cabe decir que no puede concurrir porque actúa con anterioridad a la ejecución.

El siguiente ejemplo aclarará mejor los conceptos: supongamos que tres sujetos, «A», «B» y «C», acuerdan premeditadamente matar a su peor enemigo. Durante la ejecución del hecho «A» se encarga de sostenerlo, «B» de amordazarlo y «C» de apuñalarlo.

«A» y «C» son coautores funcionales, ya que durante la etapa de ejecución realizan un aporte sin el cual el hecho, de ese modo, no se hubiera podido producir, y lo hacen dividiéndose la tarea. «B», en cambio, es un cómplice secundario ya que su aporte (amordazar a la víctima) era prescindible para lograr la consumación. En este caso existe concurso premeditado de dos o más personas y se da el fundamento de la agravante ya que la acción de cada uno ha contribuido a aumentar la indefensión de la víctima, aún la acción de quien la amordaza, ya que esto le impide pedir auxilio.

Dijimos que sólo los cómplices secundarios son los únicos partícipes que técnicamente pueden concurrir, pero esto no

quiere decir que todos ellos puedan hacerlo. El auxiliar subsiguiente jamás concurre ya que actúa con posterioridad a la consumación. Una vez precisado formalmente el ámbito de subsunción objetiva del tipo, sólo nos resta resolver un problema que es saber qué sucede cuando, en el caso concreto, a pesar de existir el concurso en los términos ya explicados el estado de indefensión de la víctima no aumenta. Un ejemplo de ello es el caso en el que dos coautores matan a la víctima mientras un cómplice secundario hace guardia en la puerta. Es evidente que éste último no disminuye de ningún modo la capacidad defensiva del sujeto pasivo. ¿Qué sucede entonces? ¿Subsiste la agravante?

La resolución de este interrogante excede quizás el ámbito del derecho penal y hace más que nada al criterio que sustentemos en materia de interpretación de la ley. Si creemos que lo que debe prevalecer es el fin de la ley, su coherencia, su sentido, en definitiva, su razonabilidad, entonces sólo cabría mantener la agravante cuando su único fundamento constitucional y dogmático (o sea la mayor reprochabilidad fundada en el aumento del estado de indefensión de la víctima) exista en el caso concreto. Lo contrario, a nuestro juicio, sería irrazonable porque carecería de sentido la aplicación de esa pena, tornando en caprichosa la diferenciación y violando el principio de igualdad, entendido este en un sentido real y no meramente formal.

V. Aspecto subjetivo

Analizaremos ahora el tipo subjetivo de este delito comenzando por su principal elemento que es el dolo.

Para que cada concurrente obra con dolo debe actuar con conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo. Para que ello ocurra debe saber que concurre a matar con dos o más personas, y debe querer realizar el hecho de ese modo. Más adelante analizaremos lo que pasa en los casos de error.

VI. PREMEDITACIÓN

VI. A. CONCEPTO

En la doctrina se observan distintos criterios en lo que respecta a la definición de *premeditación*. Como sostiene Heredández... (*La Premeditación*, Ed. Bosch, Barcelona 1958, pág. 19) la define como «meditar antes con detenimiento acerca del acto o delito que se trata de ejecutar, siendo necesario que después de haber resuelto cometer el delito se mantenga fría y serenamente dicha resolución durante cierto tiempo hasta que se ejecute el hecho». No vemos por qué se habla de frialdad en el mantenimiento de la resolución. No existen argumentos convincentes que demuestren que quien durante horas mantiene acalorada y eufóricamente su determinación de matar, no haya premeditado (o sea meditado con anterioridad). Creus (*Derecho Penal Parte Especial*, 3era. edición actualizada, Bs.As., Astrea, 1990, pág. 33), por su parte, sostiene que en este delito no cabe el concepto tradicional del término *premeditación*, siendo innecesaria una prolongada deliberación.

En cuanto a los puntos que se deben pactar en el acuerdo, existe una gran diversidad de criterios, están quienes exigen un plan concreto del hecho y también quienes, como Orgeira (*Revista de Derecho Penal*, N° I, julio de 1969, pág. 22), en opinión que compartimos, sostienen que ni siquiera es necesario que los intervinientes determinen previamente quién va a ser la víctima.

Hay uniformidad en la doctrina, a la que no nos oponemos, en el sentido de que lo premeditado debe ser matar de determinado modo, o sea en concurso.

Por nuestra parte, coincidimos con la definición de Carrara (conforme cita Orgeira, *ob. cit.*) quien sostiene que el homicidio premeditado es el que «se comete para ejecutar la resolución de dar muerte tomada antes seriamente, aunque sin que sea necesario fijar modo ni tiempo, puesto que la determinación de estos dos últimos elementos pueden quedar inciertos en la mente homicida».

VI. 2. A. UBICACIÓN DOGMÁTICA

Tratar de encajar este elemento dentro de alguna categoría dogmática, quizás sea la tarea más difícil de este ensayo, no sólo por la complejidad teórica del problema sino, más que nada, por las consecuencias prácticas que del mismo resultarán. Veamos pues cuáles son las alternativas al respecto.

Hemos dicho que el obrar premeditado merece un mayor reproche penal. Esto quizás lleve a pensar que, como el reproche aumenta en relación con la preordenación, esta sea un elemento de aquél, con lo que su ubicación no podría estar en otro lado que no sea la culpabilidad.

Consideramos que ello es un error, porque implica confundir al objeto de valoración con la valoración misma. El objeto valorado en este caso es la premeditación; el reproche es el juicio de valor que recae sobre ella.

Otra posibilidad es considerar a la premeditación como un elemento objetivo del tipo, que existe cuando los sujetos se ponen de acuerdo, con cierto lapso de anticipación, para matar en concurso. En este caso será necesario que cada uno haya premeditado el hecho, no sólo para la calificación individual de su conducta, sino para la calificación de la de los demás concurrentes, ya que la falta de premeditación de uno solo tornaría en atípica la conducta de los otros, en relación con este inciso.

Dentro de esta tesitura la premeditación deja de funcionar como agravante del reproche individual de la acción de cada sujeto, y se convierte en una caprichosa circunstancia objetiva sin ninguna razón de ser. ¿O acaso existe algún fundamento para la existencia de este elemento como un mero elemento objetivo. Creemos que, dentro del marco de las teorías de la pena, en especial de la retribucionista, no existe justificación alguna para considerar a la premeditación de este modo.

Por ello sostenemos que la premeditación es un especial elemento del tipo subjetivo, lo que se condice con el concepto de homicidio premeditado que hemos dado. Recordemos que es el

que -se comete para ejecutar la resolución de dar muerte tomada antes seriamente...-

VII. EL PROBLEMA DEL ERROR

Ya hemos adelantado que según la ubicación dogmática que le diéramos a la premeditación, vamos a solucionar determinados problemas de una forma o de otra. El error es uno de esos problemas.

Cuando uno de los concurrentes obra mediando un error de tipo, evidentemente no puede premeditar el hecho sobre el que yerra. Nadie puede -meditar antes- un homicidio si no sabe que va a matar.

Está fuera de discusión que aquél que sufre el error no responde por el hecho sobre el que erró. Lo problemático es resolver si todos los intervinientes se benefician o no por el error en que recae uno de ellos, cuando éstos en total son tres.

Las dos situaciones de error más factibles con la que nos podemos encontrar son las siguientes: A) Uno de los sujetos cree que va a participar en la comisión de un delito distinto al homicidio, por ejemplo, cree que van a lesionar y no a matar. B) Uno de los sujetos cree que quienes concurrirán a matar serán en total dos (él y otro más), cuando en realidad son tres. Partiendo del supuesto de que los demás intervinientes conozcan todos los elementos del tipo objetivo.

La cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿Subsiste la agravante respecto de quienes no han padecido el error?

La respuesta negativa hallaría sustento si se considera a la premeditación como un elemento del tipo objetivo ya que, de faltar, la conducta sería atípica de un 80 inc fto.

Pero como oportunamente señalamos, la preordenación es un especial elemento del tipo subjetivo que hace a la conducta individual de cada partícipe, tanto que encuentra su razón de ser en el mayor reproche personal que a consecuencia de ella puede formularse. Así considerada, es irrelevante la ausencia de la misma en alguno de los intervinientes, en lo que hace a la calificación individual de la acción de los demás.

VIII. ANTIJURIDICIDAD

En el nivel de la antijuridicidad puede plantearse el problema de que uno de los intervinientes obra en forma justificada. Supongamos el siguiente ejemplo: «A», «B», y «C» deciden matar a «X». Establecen que «A» y «B» permanecerán ocultos esperando que la futura víctima llegue al sitio señalado en donde la estará esperando «C». Cuando éste último desenfunde el arma, los demás deberán disparar al mismo tiempo para asegurar el resultado. Cinco minutos antes de lo esperado, aparece «X» quien sin conocer la emboscada se dirige directamente a matar a «C». «C» con ánimo de defenderse desenfunda su arma y tal cual se planeó el hecho los tres tiradores matan a «X», sin que «A» y «B» advirtieran la agresión de la víctima y pensando que todo ocurrió según lo planeado.

Creemos que en este caso la tipificación de la conducta de los concurrentes no se aparta del inciso en cuestión ya que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Respecto de «C» se podría discutir si existe la voluntad de que el hecho se realice en la forma planeada, pero es evidente que al menos se representa esa posibilidad y obra con indiferencia con respecto a ella (con lo que tendríamos por lo menos dolo eventual). Por lo tanto en el caso subsiste la tipificación de la conducta en la agravante del 80 inc. 6to.

Cuando analicemos la antijuridicidad veremos que quien se defiende obra justificadamente por concurrir los presupuestos objetivos de la legítima defensa y por existir *animus defendendi*.

Ahora bien, esto no implica que los otros dos concurrentes se vean beneficiados por la justificación. Esto no ocurre porque los mismos son coautores paralelos del homicidio, con lo que cada uno responde por lo hecho efectivamente por sí mismo. La causal de justificación no los beneficia, por no conocer los presupuestos objetivos de la misma.

En síntesis: mientras no entre a jugar el principio de la accesoriadad limitada, la justificación de la conducta de un concurrente no beneficia a los demás.

IX. CULPABILIDAD

El punto más sencillo de resolver es el referido a los inimputables. Si alguno de los concurrentes o todos ellos se encuentra en un estado de inimputabilidad, la tipificación de la conducta no varía, porque los problemas de la culpabilidad no inciden en la tarea de subsunción, desde que no afectan la posibilidad de que se den los elementos subjetivos del tipo. Un inimputable puede premeditar y mucho más aún, tener conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo subjetivo.

Más complicado es el problema que se suscita con la coacción.

Como ya adelantamos, los problemas de la culpabilidad no modifican la subsunción de la conducta, ya que no afectan la posibilidad de existencia de dolo y de premeditación. Siguiendo este criterio, cuando alguno de los sujetos (o aún todos ellos, obra coaccionando, se mantiene la calificación del homicidio; con la lógica consecuencia de imputar al coaccionante como partícipe del delito agravado por aplicación del principio de la accesoriadad limitada. Algunos dirán que en el supuesto de que uno coaccione a los tres intervinientes existiría una autoría mediata que eliminaría uno de los elementos del tipo, cual es la intervención de tres personas, por el hecho de ser sólo el autor mediato el que interviene utilizando tres instrumentos. Si bien sería discutible que la autoría mediata determine que sea sólo uno el que intervenga, este problema no se nos plantea porque nosotros sólo admitimos la autoría mediata en los casos en que el autor se vale de un instrumento que obra sin dolo, con lo que la descartamos en los casos de coacción, resolviéndolos como instigación.

La última cuestión a considerar es la más difícil de solucionar, y se trata de resolver qué sucede cuando un sujeto planifica la acción de los tres concurrentes, instigándolos a cometer el hecho, sin que ninguno de ellos conozca la acción del otro.

Si analizamos la tipicidad objetiva de los sujetos intervi-

nientes comprobaremos que se halla completa. En cambio la tipicidad subjetiva no lo está, por mediar un error sobre uno de los elementos del tipo objetivo cual es el concurso de dos o más personas. De este modo, queda descartada la posibilidad de considerar una instigación de un 80 inc. 6to. por no existir injusto penal que permita el «enganche», en forma accesoria, de la acción de quien crea el dolo. En cambio, si se da en el caso una instigación de homicidio simple, por haber realizado los intervinientes una acción típica (ya que el error sobre un elemento de la agravante la desplaza dejando en pie el tipo básico) y antijurídica. Esta es una forma de solucionar el presente caso, pero trataremos de ver si puede existir alguna otra.

Quizás muchos consideren descabellado afirmar que nos encontramos frente a una autoría mediata del homicidio agravado. Pero cabría formular los siguientes razonamientos:

1) Lo que el sujeto hace en realidad es valerse del error de los concurrentes para lograr que maten en concurso, con lo que mata de ese modo a través de la intervención de aquellos.

2) La tipicidad objetiva del autor mediato estaría compuesta por aquello que realiza en forma accesoria por medio de la instigación del homicidio simple, más lo que hace valiéndose del error de tipo de los concurrentes. Es decir que es instigador de homicidio y a su vez concurrente en forma mediata del mismo hecho. La tipicidad subjetiva estaría completa por tener dolo de todos estos elementos y por haber premeditado el hecho. La falta de premeditación de los instrumentos es irrelevante, como ya lo hemos expresado, en cuanto al reproche personal del que sí premedita.

De estos dos argumentos que hemos planteado como viables, es el primero el que podría llegar a tener mayor sustento dogmático, pero para ello sería necesario que el tipo penal en cuestión fuera una figura autónoma y no una agravante del homicidio simple, porque en dicho caso, resultaría claro que el autor consume el tipo penal a través del error de los instrumentos. Pero siendo una agravante del art. 78, resulta que el planificador no ejecuta la acción descripta en el tipo básico

valiéndose de un error ya que, respecto de ella, autores son los concurrentes y él es tan sólo instigador. Con lo cual sólo sería autor mediato de los elementos de la agravante (en este caso, de la concurrencia), circunstancia que no permite transformarlo en autor mediato del tipo básico.

Por lo tanto en el caso planteado sólo existe una instigación de un homicidio del art. 79 del código penal.

X. CONCLUSIÓN

El propósito de nuestra investigación fue indagar acerca de un tema sobre el que existe un gran vacío en nuestra doctrina. El mismo manifiesta la necesidad de ir planteando las cuestiones conflictivas, al menos para dejar abierto el debate, que en áreas tan importantes como la parte especial del derecho penal nunca debió haber cesado.

Considerando críticamente el tipo penal que hemos analizado, queremos destacar que no creemos que, en ninguno de los casos del art. 80, deba existir una pena fija establecida por la ley. Pensemos que sería más conveniente establecer una escala penal, en todo caso más grave que la del art. 79, permitiendo al juez evaluar si, en el caso concreto, se dan o no las razones que fundamentan la mayor punibilidad. De este modo se solucionarían numerosos casos en los que según la fría letra de la ley debería corresponder la calificación, pero en los que falta totalmente el fundamento que la justifique.

Por nuestra parte hemos tratado de resolver los problemas que se fueron presentando desde un ángulo puramente dogmático, sin dejar de lado la interpretación teleológica, pero sin intentar torcer la teoría del delito para acotar, de ese modo, el ámbito de la coerción penal.

En el presente ensayo obramos dogmáticamente, pero no por compartir las consecuencias de la norma, sino porque no creemos que sea valioso destruir la dogmática penal para lograr fines de política criminal.

