

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - 2015 - II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Principios generales del derecho

Pedro Aberastury y Marta R. Vigevano

Coordinadores

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decana: Mónica Pinto

Vicedecano: Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Beatriz Krom / Ernesto Marcer / Gonzalo Álvarez / Marcelo Gebhardt / Adelina Loianno / Enrique Zuleta Puceiro / Lily Flah

Consejeros Suplentes: Alberto J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi / Martín Böhmer / Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff / Marcelo E. Haissiner / Mario Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda / Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

Consejeros Suplentes: Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Leandro Mutchinick / Alejandro Maronna / Micaela Pisterman Rozenek / Florencia Levato

Consejeros Suplentes: Carlos Plaza / Catalina Cancela Echegaray / Tomás González Vera / Patricio Méndez Montenegro

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Omar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario Técnico: Alejandro Gómez

Secretario de Vinculación Ciudadana: Nicolás de la Cruz García

Subsecretario Académico: Lucas Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario de Planificación Educativa: Enrique Rodríguez Chiantore

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretaria: Malvina Zacari

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

Director: Guillermo M. Moncayo

Subdirectores: Pedro Aberastury y Carlos M. Cárcova

Secretaria de Redacción: Marta Vigevano

Consejo de redacción: Horacio Corti, Jorge Rodríguez Mancini, Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca

Revista Jurídica de Buenos Aires - 2015 - II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Principios generales del derecho

Pedro Aberastury y Marta R. Vigevano

Coordinadores



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2015
© AbeledoPerrot S.A., 2015
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 210 ejemplares

ISSN 0326-7431

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

PEDRO ABERASTURY y MARTA R. VIGEVANO.....	IX
---	----

DOCTRINA

MIRTA B. ÁLVAREZ: El <i>favor debitoris</i> . Origen romanístico del principio de la protección al más débil	3
JUAN CARLOS CASSAGNE: Los principios generales en el derecho administrativo.....	25
EDGARDO DONNA: El fundamento del derecho. Una visión no empírica de los derechos básicos y de los principios del derecho penal	63
MARTÍN LACLAU: Consideraciones acerca de los principios del derecho	73
GRACIELA MEDINA: Principios generales en materia de derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado	97
DANIEL R. VÍTOLO: Los principios del derecho mercantil en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina —Un ensayo—	119

BIBLIOGRAFÍA

JUAN GUSTAVO CORVALÁN: <i>Innovación y reforma en el derecho administrativo</i> , Javier Barnés (ed.), Global Law Press, 2012, Sevilla (España), p. 611	173
INÉS E. FAMÁ: <i>Los principios de la Carta de la ONU. Su incidencia en el derecho internacional</i> , Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2015, de Jorge R. J. Mariño Fagues	179

PRESENTACIÓN

Por PEDRO ABERASTURY
y MARTA R. VIGEVANO

Podemos referirnos a los principios generales de derecho como el conjunto de reglas comunes, de procedimiento o de fondo, que están presentes en los grandes sistemas de derecho: en el romano-germánico, en el *common law*, en el sistema socialista, en los sistemas de origen religioso, como el sistema islámico o budista.

Estos principios, en muchos casos son coincidentes y receptados en las distintas disciplinas jurídicas. Es en ese sentido que se encara esta obra, donde los autores hacen un análisis desde el derecho romano, administrativo, penal, el derecho de familia, el derecho comercial y sin que falte un análisis filosófico de los principios.

La visión del derecho romano es presentada por la Profesora Mirta Álvarez, al desarrollar el origen romanístico del principio de la protección al más débil *favor debitoris*. Inicia su contribución analizando este principio en las fuentes justinianeas y en varios pasajes del Digesto, continuando por las Partidas españolas y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el Código de Comercio argentino. Esta evolución de la reforma constitucional de 1994, la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor y finalmente, su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial. La autora hace un análisis de la importancia de este principio en el Derecho Privado y Público llegando a la conclusión que si bien no existe una teoría general del principio *favor debitoris*, sí existe en la práctica un principio favorable a la parte más débil, en la interpretación de los contratos.

El Profesor Juan Carlos Cassagne hace referencia a las peculiaridades de los principios generales en el derecho administrativo, los cuales según el autor constituyen un conjunto orgánico que permiten dar solución a los problemas prácticos que se presentan de manera constante en la Administración Pública. Destaca, también, que la recepción de los principios generales de derecho en el derecho administrativo tiene lugar en razón de ser estos reconocidos en las distintas ramas del derecho tanto público como privado. Analiza a lo largo de su ponencia a los principios generales en su función de garantías jurídicas, como

modo de protección contra las arbitrariedades del poder público y, asimismo, en su rol de límites al ejercicio del poder y al abuso de las potestades discrecionales por parte de la Administración. Y finalmente subraya la trascendencia de los principios generales en relación con su carácter vinculante.

El Profesor Edgardo Donna hace una muy interesante reflexión sobre la contraposición entre dos aspectos: por un lado, la idea que la recepción de los derechos esenciales del hombre en numerosos instrumentos internacionales, es consecuencia del respeto absoluto, por la mayoría, a esos derechos; y por otra parte, la realidad que muestra que la violación de ellos no es una excepción sino algo frecuente. A partir de este planteo realiza un análisis de esos derechos fundamentales, comenzando por el derecho natural, para luego avanzar recorriendo la postura empírica, y arribar al concepto de derechos fundamentales de manera no empírica, considerando la libertad como autonomía de la persona, pero dentro de una organización representada por el Estado que es quien le facilita dentro de su marco, su libertad y su desarrollo. Y concluye, tomando como fundamento la idea de Kant que una acción es conforme a derecho cuando permite que la libertad del arbitrio de cada uno coexista con la libertad de todos.

Las teorías que proponen Josef Esser, Ronald Dworkin y Robert Alexy, estableciendo una diferenciación entre “principios y normas” son analizadas, bajo un aspecto crítico, por el Profesor Martín Laclau. Se inicia el trabajo con la consideración del término “principio” desde una tríada compuesta por una visión de existencia, una visión lógica y una visión normativa y con un seguimiento desde el punto de vista de la evolución histórica. Plantea la distinción entre “texto normativo” y “norma jurídica”. Y sostiene que las teorías de los autores mencionados al establecer la diferenciación referida, no hacen más que duplicar el sistema normativo, concluyendo que los principios no son normas, sino son intentos de racionalizar el valor que se encuentra en una norma jurídica.

En su artículo la Profesora Gabriela Medina analiza los principios generales del derecho de familia considerándolos como fuente de derecho y como criterios de interpretación. Desarrolla a lo largo del mismo, entre otros, el principio de la libertad de formas para constituir una familia y el de igualdad familiar en el actual Código Civil y Comercial unificado y dentro de esta forma jurídica el principio de la libertad de igualdad del hombre y la mujer en las relaciones familiares desde un punto de vista personal y patrimonial, las consecuencias de su violación; el principio de igualdad de filiaciones; el principio de solidaridad familiar legal o jurídica; el principio de responsabilidad y el principio de interés superior del niño.

Finalmente, y desde el aspecto de la unificación legislativa entre el derecho civil y comercial, el Dr. Daniel Vítolo analiza los principios del derecho comercial dentro del nuevo código, sosteniendo que los Principios del Derecho Comercial siguen estando presentes y que los mismos aplican tanto para la interpretación y la aplicación de la ley de naturaleza y sustancia mercantil, estableciendo los mecanismos de interpretación y la solución de los conflictos.

De esta manera, consideramos que la reunión de estos trabajos en el presente número de la Revista Jurídica posibilitará un estudio más profundo respecto de la aplicación de los principios generales como método de soluciones de conflictos. Aquellos que reciben una particular recepción en cada una de las materias que componen la ciencia jurídica no se comportan como compartimientos estancos sino que se integran, en la medida que cada una de las disciplinas lo permitan, para llegar a una solución más equitativa y justa.

Buenos Aires, octubre de 2015

DOCTRINA

EL FAVOR DEBITORIS. ORIGEN ROMANÍSTICO DEL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN AL MÁS DÉBIL

Por MIRTA B. ÁLVAREZ*

Resumen:

El presente trabajo analiza el favor debitoris en el Derecho Romano como origen del principio de protección a la parte más débil.

Desde las fuentes justinianas, se recorre el Código Civil de Vélez Sarsfield, la reforma constitucional de 1994, la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor y su modificación y de qué manera lo recepta el nuevo Código Civil y Comercial.

Palabras clave:

Favor debitoris, principio de derecho, protección al más débil, consumidor, origen romanístico.

THE FAVOR DEBITORIS. ROMANIST ORIGIN OF THE PRINCIPLE OF PROTECTION OF THE WEAK PARTY

Abstract:

This essay analices the favor debitoris in the Roman Law as the origin of the principle to protect the weak party.

From the justinianas institutions, the essay covers the Vélez Sarsfield's Civil Code, the reform of the Constitution in 1994, the sanction of the Consumer's Protection Law and it's amendment, and in which way this are received in the new Civil and Commercial Code.

* Profesora titular regular ordinaria de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesora titular de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores. Investigadora Categorizada UBA. Directora de Carrera de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores. Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano.

Keywords:

Favor debitoris, law principle, protection on the weak party, consumer, romanist origin.

I. INTRODUCCIÓN

El *favor debitoris* en el Derecho Privado Romano es una regla de interpretación de las cláusulas contractuales, que en caso de duda, o si resultan vagas o ambiguas determina que éstas deban interpretarse en contra del que las dispuso (del predisponente).

El principio de protección a la parte más débil, en la legislación argentina, fue traspasando el límite del Derecho Privado para adentrarse en el Derecho Público, especialmente con la reforma de la Constitución Nacional y la incorporación del art. 42, por la Ley 26.361 que modifica la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y por el art. 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hace extensiva la protección a los usuarios de servicios públicos. La reciente puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, refuerza aún más este principio.

II. FAVOR DEBITORIS¹. FUENTES

Dentro de las enunciaciones más genéricas, en las fuentes justinianas, y específicamente en el Digesto², encontramos las siguientes:

D. 50, 17, 56 aplicación de la ley más benigna

Gayo: “En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno”.

D. 50, 17, 192, 1

Marcelo: “En los casos dudosos no solamente es más justo, sino más seguro, atenerse a la interpretación más benigna”.

D. 50, 17, 90

Paulo: “Ciertamente que en todos los casos, pero principalmente en los de derecho, se ha de atender a la equidad”.

¹ PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1991, p. 876: “Un carattere infine, che si manifestò all’inizio del sottoperiodo medio postclassico (da Costantio in poi) e fu successivamente conservato, è costituito dalla tendenza a mitigare il rigore del diritto nei confronti dei debitori e a proteggerli dagli abusi dei creditori. Si può parlare in proposito de ‘*favor debitoris*’, sia come criterio di interpretazione e applicazione del diritto vigente, sia come motivo ispiratore di riforme”.

² En todas las citas de fuentes del Digesto se ha utilizado la traducción de Ildefonso García DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino, Molinas, Jaime, 1ª ed., Editor, Valencia, 1892, reeditado por Editorial Lex Nova, Valladolid, 1988.

D. 50. 17. 9

Ulpiano: “en las cosas oscuras, nos atenemos siempre a lo que es menos”.

D. 50. 17. 200

Javoleno: “se ha de elegir lo que tenga menos injusticia”.

Los fragmentos citados precedentemente corresponden al Libro 50 Título 17 del Digesto que se denomina “De las diversas reglas del Derecho antiguo”. Justiniano, el emperador que ordenó la recopilación y la comisión redactora, ubicaron en este libro y título, diversas reglas emanadas de juristas del período clásico (época de oro de la jurisprudencia romana), con el claro propósito de demostrar que aún se consideraban vigentes.

También encontramos otros fragmentos ubicados en distintas partes del Digesto, tal como, por ejemplo el fragmento D.28, 4, 3, ubicado en el libro 28, título 4, referido a “De lo que se borra, se tacha, o se sobrescribe en un testamento” y que se atribuye al jurista Marcelo: (solución más benigna en el testamento)³.

Todos los fragmentos citados vienen a significar que, en caso de duda acerca del contenido de una cláusula de un negocio jurídico, hay que atenerse al supuesto menos gravoso para el deudor.

Con respecto a temas más específicos, dentro de la perspectiva contractual, podemos citar un fragmento de Ulpiano, Digesto, 50, 17, 34 (atenerse a lo pactado, a la costumbre de la región, suma reducida o menor importe)⁴.

³ Digesto 28, 4, 3, Marcelo: “Hace poco que un caso de conocimiento del Príncipe, habiendo tachado uno de los nombres de los herederos, y siendo reivindicados sus bienes por el fisco como caducos, se dudó mucho tiempo respecto a los legados, y principalmente respecto a los legados que habían sido dejados a aquellos cuya institución había sido tachada; y juzgaban los más, que también los legatarios debían ser excluidos, lo que decía yo que ciertamente se debería hacer, si hubiese cancelado toda la escritura del testamento; algunos opinaban, que de derecho se invalidaba lo que hubiera sido tachado pero que debía ser válido todo lo demás. Luego, ¿qué se dirá, acaso que se puede creer a veces que el que había tachado los nombres de los herederos había juzgado que él conseguiría lo bastante para hacer que quedase intestado? *Pero en caso de duda no es menos justo que seguro seguir la interpretación más benigna.* He aquí la sentencia del emperador Antonio Augusto, siendo cónsules Prudente y Polión: ‘Como quiera que Valerio Nepote, habiendo cambiado de voluntad, haya abierto su testamento, y tachado los nombres de los herederos según la Constitución de mi Divino padre no parece que esa herencia les pertenece a los que hubieren sido instituidos’. Y a los abogados del fisco les dijo: ‘vosotros tenéis vuestros jueces’. Vivio Zenón dijo: ‘te ruego, señor Emperador, que me oigas con paciencia; ¿qué determinarás respecto a los legados?’ Antonio César dijo: ‘te parece que quiso que valiese su testamento el que tachó los nombres de los herederos?’ Cornelio Prisciano abogado de Labeón, dijo: ‘tachó solamente los nombres de los herederos’. Calpurnio Longino, abogado del fisco, dijo: ‘no puede ser válido testamento alguno que no tiene heredero’. Prisciano dijo: ‘manumitió a algunos, y dio legados’. Cuando retirados todos hubo deliberado Antonio César, y mandado que de nuevo se recibiera a los mismos, dijo: ‘el caso presente parece que admite más humana interpretación, para que juzguemos que Nepote quiso que fuese írrito solamente lo que tachó’. Tachó el nombre del esclavo, que había mandado que fuese libre; Antonio respondió por rescripto, que aquél, sin embargo, debía ser libre, lo cual ciertamente lo determinó a favor de la libertad”.

⁴ Digesto 50, 17, 34: “En las estipulaciones, y en los demás contratos, nos atenemos siempre a lo que se trató; o, si no apareciera lo que se trató, será consiguiente que nos atengamos

Cuando se trata de interpretar el contenido de un contrato, hay que atenderse en primer lugar a lo que se pactó, y si no apareciera claro lo que las partes estipularon, se debe estar a lo que resulta costumbre en la región donde se contrató, y si ésta no se da, comienza a jugar el *favor debitoris*: la suma resultante será reducida al menor importe.

La interpretación más benigna en cuanto a las sumas se refleja en un fragmento del jurista Paulo, Digesto, 45, 1, 83, 3⁵ (hay que estar a la menor).

En otras situaciones, la duda puede surgir con relación al plazo de cumplimiento de la obligación. Así otro importante jurista clásico, Pomponio, en Digesto, 45, 1, 109⁶ (con respecto al plazo, se debe considerar el más lejano y en cuanto al monto, el menor). El mismo argumento se encuentra recogido por Ulpiano en Digesto, 50, 17, 17⁷, con especial referencia a las estipulaciones (cuando en el testamento se expresa tiempo, éste es siempre a favor del heredero). El mismo jurista en Digesto, 45, 1, 41, 1⁸, nos indica que la inclusión del plazo es a favor del demandado (reo).

En todo negocio jurídico es menester distinguir entre la declaración de la obligación y su liberación. En el supuesto de la obligación, en caso de duda, se debe favorecer más su negación que su afirmación.

Por el contrario, tratándose de la liberación, en caso de duda, se debe afirmar más que negarla. Así, Paulo en Digesto, 44, 7, 47⁹, desde una perspectiva más general del *favor debitoris*, establece que siempre que existan dudas sobre si un individuo se ha liberado de una obligación, y esta duda no pudiera resolverse por otros criterios de interpretación, se deberá optar por el presunto cumplimiento de la obligación.

a lo que es frecuente en la región en que se trató. Luego ¿qué se dirá, si no apareciera costumbre de la región, porque hubo diversidad? La suma ha de ser reducida al que sea su menor importe”.

⁵ Digesto, 45, 1, 83, 3: “Diversa cosa es respecto a las sumas, por ejemplo: ‘¿prometes que se darán diez o veinte?’, porque en este caso, aunque hubieres prometido diez, se respondió convenientemente, porque tratándose de sumas se considera siempre que se promete la que es menor”.

⁶ Digesto, 45, 1, 109: “Si yo hubiere estipulado así: ‘¿darás diez o quince?’ se deben diez; igualmente, si de este modo: ‘¿los darás después de uno o dos años?’ se deberán después de dos años, porque en las estipulaciones se observa que se considera que se comprendió en la obligación lo que fuese menos y lo que fuese más lejano”.

⁷ Digesto, 50, 17, 17: “Cuando en el testamento se expresa tiempo, se ha de creer que se expresó a favor del herederos, a no ser que haya sido otra la intención del testador, así como en las estipulaciones se añade tiempo a favor del que promete”.

⁸ Digesto 45, 1, 41, 1: “Mas cuando en las obligaciones no se pone día, se debe el dinero en el día presente, a no ser que el lugar expresado requiera un espacio de tiempo para que se pueda llegar a él. Mas el día expresado hace que no se deba el dinero en el día presente. De lo cual aparece que la agregación de día es a favor del reo, no del estipulante”.

⁹ Digesto, 44, 7, 47: “Dice Arriano que hay mucha diferencia si se pregunta si uno se obliga, o si uno se libera. Cuando se pregunta respecto a la obligación, debemos estar más propensos, si tuviéramos ocasión, para negar; y por el contrario, cuando respecto a la liberación, ha de ser más fácil para la liberación”.

Por el contrario, si la duda existe acerca de la propia existencia de la obligación, ante la imposibilidad de interpretar válidamente su constitución, se deberá decidir por su no nacimiento.

Con relación a la interpretación, Ulpiano en Digesto, 45, 1, 38, 18, establece que en caso de duda sobre lo que se ha indicado entre las partes en las estipulaciones, las palabras deberán interpretarse en contra del estipulante. En términos similares se expresa Celso en Digesto, 34, 5, 26 (la ambigüedad debe interpretarse en contra de quién estipula).

El mismo jurista en Digesto, 45, 1, 99 pr¹⁰., establece que si existen dudas acerca de las palabras expresadas por las partes, éstas deben interpretarse a favor del que se compromete. Como contrapartida, todo lo que tienda a hacer más estricta la obligación, se entenderá como omitido.

Hasta aquí los pasajes del Digesto citados se refieren al *favor debitoris* que tiene su fundamento en la *stipulatio* romana, en la cual el acreedor formulaba la interrogación, debiendo el deudor contestar y someterse a lo que el acreedor había preguntado. Por consiguiente, era justo que, en caso de duda acerca de la interpretación, la presunción debía ser a favor del deudor, pues le correspondía al acreedor formular la interrogación en la forma más clara posible¹¹.

En las citas que daremos a continuación, la protección se da a la *parte más débil* del contrato, y en el propio Digesto ya encontramos presunciones acerca de a cuál se considera la parte más débil.

Con respecto a los pactos añadidos a un contrato, Paulo en Digesto, 50, 17, 172 pr¹², establece que cuando exista ambigüedad en un pacto agregado a un contrato de compraventa, éste debe ser interpretado en contra del vendedor. Florentino, en Digesto, 18, 1, 43, 2¹³, también con particular atención al comprador. No se trata aquí de cláusulas ambiguas, sino que trata el caso en que el vendedor, en forma intencionada y dolosa, habla con oscuridad o tratando de disimular, razón por la cual se lo sanciona.

¹⁰ Digesto, 45, 1, 99, pr.: “Todo lo que tiene por objeto restringir la obligación se ha de considerar que se omitió, si no se expresa claramente con las palabras; y de ordinario lo interpretamos a favor del que promete, porque el estipulante fue libre para emplear con latitud las palabras. Y a su vez tampoco se ha de tolerar al que promete, si a él le interesara acaso que se haya tratado más bien de ciertos vasos, o esclavos”.

¹¹ TORRENT, *Diccionario de Derecho Roman*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 358, sostiene: “En el campo de la *stipulatio* prevaleció como criterio subsidiario la interpretación *contra stipulatorem*, dicho desde otro punto de vista, *favor debitoris*. Si el estipulante expresaba en la interrogación el contenido y las modalidades de la prestación mientras que el promitente se limitaba a asentir, se entendió que debía protegerse en mayor medida al promitente, y de ahí la regla *ambiguitas contra stipulatorem* (Celso, D. 34 5, 26; Ulpiano, D. 45, 1, 38, 18)”.

¹² Digesto, 50, 17, 172 pr.: “En la contratación de una venta el pacto ambiguo ha de ser interpretado contra el vendedor”.

¹³ Digesto, 18, 1, 43, 2: “El vendedor debe responder de que no hay en él dolo malo; el cual se halla no solamente en aquel que para engañar habla con oscuridad, sino también en el que insidiosamente y con oscuridad disimula”.

Paulo, en Digesto, 18, 1, 21, establece el principio más favorable al comprador, de la siguiente manera: “Escribió Labeón, que la oscuridad de un pacto mas bien debe perjudicar al vendedor, que lo hubiere expresado, que al comprador, porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad”.

Estas citas se refieren específicamente a la compraventa, mientras que Papiniano, en Digesto, 2, 14, 39¹⁴, se pronuncia genéricamente en la interpretación que sea más favorable a la parte considerada más débil, estableciendo que un pacto oscuro o ambiguo perjudica al vendedor, y al que arrendó, en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato.

Paulo nos ofrece una solución similar en Digesto, 18, 1, 21¹⁵, en el caso en que no sea posible determinar el contenido de un pacto, se deberá interpretar tomando en consideración que, si se produce algún perjuicio, éste debe recaer sobre la parte más fuerte del contrato, en el vendedor en la compraventa y en el arrendador en la locación.

En síntesis, se reconoce como la parte más débil del contrato aquella que debe hacer entrega del dinero, y como tal, el *favor debitoris* tiende a protegerla¹⁶.

Si bien, como hemos visto en cuestión de interpretación de cláusulas o pactos, el Digesto brinda siempre una solución favorable a la parte más débil del contrato (el comprador, en la compraventa) no ocurre lo mismo en cuanto a la fijación del precio en la compraventa, en que se dispone que puede comprarse por menos o venderse por más de lo que vale una cosa (Paulo, Digesto, 19, 2, 22, 3¹⁷). Conforme al pasaje de Paulo citado, las partes se encontrarían en un pie de igualdad en cuanto a la fijación del precio.

¹⁴ Digesto, 2, 14, 39: “Parece bien a los antiguos, que un pacto oscuro o ambiguo perjudique al vendedor, y al que arrendó, en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato”.

¹⁵ Digesto, 18, 1, 21: “Escribió Labeón, que la oscuridad de un pacto mas bien debe perjudicar al vendedor, que lo hubiese expresado, que al comprador, porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad”.

¹⁶ TORRENT, op.cit., p. 358 afirma: “En Derecho Postclásico se entendió que el deudor por el solo hecho de estar gravado con la obligación de cumplir con la prestación, debía beneficiarse de la *ambiguitas* que pudiera haber en el negocio. Este *favor debitoris* es llamado también *favor promissoris*, que parte del dato que las cláusulas han sido puestas por el estipulante, de donde el promitente debe ser protegido de esas cláusulas que consiente *per adhesionem* sin considerar las posibles insidias que pudieran contener. Estos principios se extendieron a la venta y al arrendamiento a favor de comprador y arrendatario (Ulpiano, D. 45, 1., 38, 18; Pomponio, D. 18, 1, 33, Paulo, D. 50, 17, 172 y sobretudo Papiniano, D. 2, 14, 39), de manera que en los casos dudosos los acuerdos debían interpretarse *contra venditorem* y *contra locatorem*”.

¹⁷ Digesto, 19, 2, 22, 3: “Así como en el comprar y vender está naturalmente permitido comprar por menos lo que valga más, y vender por más lo que valga menos, y de este modo, engañarse mutuamente, así también es de derecho en las locaciones y conducciones”.

Por consiguiente, la *laesio enormis* no tuvo acogida en el Digesto. Recién aparece consagrada en el Código Justiniano (4, 44, 2¹⁸ y 8¹⁹), en donde se transcriben dos constituciones de Diocleciano y Maximiano (según algunos autores, interpoladas) que introducen por primera vez la lesión, entendiendo que ésta se produce cuando el comprador ha pagado menos de la mitad del justo precio de la cosa.

Independientemente del alcance de esta normativa en cuanto al tipo de cosas que comprende (sólo fundos o todo tipo de cosas) y a la magnitud del precio (menos de la mitad del justo precio), en la *laesio enormis* se está protegiendo al vendedor, quién resultaría ser la parte más débil del contrato a estos efectos. Vale decir que, cuando el precio pagado es menor a la mitad del justo precio, estas constituciones imperiales permiten al vendedor (en este supuesto, la parte más débil) a rescindir el contrato de compraventa, pudiendo el comprador ofrecer pagar el suplemento del precio para mantener la validez de la venta.

III. LA RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SARSFIELD Y EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Como no lo hicieron los romanos, tampoco en la legislación comparada actual se ha desarrollado una teoría general del principio de *favor debitoris*, sino que encontramos una abundante casuística donde, en forma indirecta, se hace eco de la vigencia del principio favorable al deudor o a la parte más débil, en la interpretación de los contratos.

Ya en Partidas 7, 33, 2 *in fine*²⁰ observamos una ley que recuerda el contenido del fragmento del jurista Ulpiano en Digesto, 50, 17, 34.

¹⁸ C. 44, 4, 2: “Los emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos a Lupo. Si tú o tu padre hubiéreis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, o que, restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que si el comprador lo prefiriere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiere pagado ni la mitad del verdadero precio”. Publicada a 5 de las calendas de Noviembre bajo el segundo consulado de Diocleciano y el de Aristóbulo (285)”.

¹⁹ C. 4, 44, 8: “Los mismos Augustos y Césares a Evodia. Si con tu voluntad vendió tu hijo un fundo tuyo, se debe probar el dolo por la astucia y las acechanzas del comprador, o se debe demostrar miedo de muerte o inminente tormento corporal, para que no se tenga por válida la venta. Porque esto sólo que indicas, que el fundo fue vendido por precio poco menor, es ineficaz para que se rescinda la venta. Porque si, a la verdad, hubieses pensado sobre la esencia del contrato de compra y venta, y que persiguiendo el comprador su deseo de comprar por menos, y el vendedor de vender más caro, llegan a este contrato, y que con dificultad después de muchas contiendas, rebajando paulatinamente el vendedor de lo que había pedido, y añadiendo el comprador a lo que había ofrecido, consienten en cierto precio, verías ciertamente, que ni la buena fe, que ampara a la convención de la compra y de la venta, permite, ni razón alguna concede, que por esto se rescinda un contrato terminado por el consentimiento, o desde luego, o después de la discusión de la cantidad del precio; a no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio, que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida”. Dada las calendas de Diciembre, bajo el consultado de los Césares (294-305).

²⁰ Partida 7, 33, 2: “... Y si alguna de estas razones el juez no pudiere mirar ni ver, entonces debe interpretar la duda contra aquél que dijo la palabra o el pleito oscuramente, a daño de él y a provecho de la otra parte”.

Recordemos que el origen de la interpretación a favor del deudor surge de la *stipulatio* romana, donde el acreedor fijaba las pautas, ya que le correspondía la iniciativa en la declaración contractual, y el deudor se limitaba a asentir. Por tal motivo, si el acreedor no había sido claro, las dudas debían interpretarse en su contra.

En el Código Civil Español, en los arts. 1288 y 1289, se establece el mismo principio de autorresponsabilidad de la parte que asume la obligación de formular los términos del contrato. La justificación es idéntica a la romana: el que quiere introducir las cláusulas en su beneficio, debe enunciarlas con toda claridad.

El Código Civil Español opta por un tratamiento distinto en los contratos, tomando en consideración su gratitud o su carácter oneroso, al igual que lo hacía la jurisprudencia romana. En un contrato gratuito, las dudas de su interpretación se deben resolver en una menor atribución patrimonial, mientras que en los contratos onerosos, se debe resolver a favor de una mayor conmutatividad.

Por otra parte, la Ley General de Defensa del Consumidores y Usuarios de España sancionada en 1984, en su art. 10.2.II., con particular atención a los contratos de adhesión, define la denominada regla "*contra proferentem*" con una doble finalidad: equilibrar la relación contractual distribuyendo adecuadamente los riesgos de ambigüedad en la declaración, y estimulando al acreedor (en los casos de contratos de adhesión, predisponente) a expresarse con claridad, y, en su caso, sancionándole con los efectos negativos de las cláusulas. El efecto de esta normativa es que, en caso de duda, se debe elegir la solución más beneficiosa para el consumidor.

En el Derecho Argentino, encontrábamos el *favor debitoris* consagrado expresamente en el Código de Comercio, en el art. 218 inc. 7º, que se refería a la interpretación a favor del deudor en el sentido de la liberación. También el inc. 3º del mismo artículo regulaba acerca de la interpretación de las cláusulas pronunciándose por la validez de las mismas.

Dentro de la normativa del Código Civil de Vélez Sarsfield, si bien el principio no se encontraba consagrado expresamente, podíamos encontrarlo en forma indirecta, como principio de interpretación en el art. 1198, 1ª parte, que resultaba concordante con el art. 533 (referido a la condición).

El art. 778 del mismo cuerpo legal establecía el *favor debitoris* en cuanto a la imputación de pago que realiza la ley, ante la falta de imputación por parte de acreedor y deudor.

Por otra parte, la protección a la parte más débil del contrato se podía encontrar en el art. 656, 2ª parte, agregada por la reforma parcial del Código Civil por medio de la Ley 17.711, que autorizaba la reducción de la cláusula penal excesiva, y en la incorporación que la reforma de la ley citada, introducía en el art. 954 al tratar la lesión como vicio de los actos jurídicos, con una aplicación general.

Recordemos que Vélez Sarsfield en la nota al art. 943 del Código Civil, se opuso a la introducción de la lesión, fundándose en que las distintas legislaciones no la trataron en forma general y a que las partes deben ser responsables de sus propios actos, siendo el consentimiento prestado sin dolo o violencia, ley para las partes.

El excesivo liberalismo de Vélez no podía imaginar que las partes podían llegar a contratar en una posición desigual y que una de ellas podía aprovecharse de la otra. La reforma de la Ley 17.711 incorporó la lesión como vicio de los actos jurídicos en general (sin limitarla a un contrato en particular y sin tarifarla en cuanto a la magnitud, la que quedaba sujeta a la apreciación judicial). La lesión introducida por la reforma contemplaba tanto el elemento objetivo (la notable desproporción en las proporciones), como el elemento subjetivo (la explotación de un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de la contraparte).

En las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Nacional del Nordeste, y celebradas en la Ciudad de Corrientes, República Argentina, en 1985, las conclusiones de la Comisión nro. 2, con respecto al *favor debitoris*, fueron las siguientes:

I.- La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato.

II.- En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones.

III.- La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito.

De *lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil como principio la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor.

En una ponencia presentada en un Congreso Latinoamericano de Derecho Romano²¹, hemos analizado el *favor debitoris* y hemos arribado a las siguientes conclusiones:

1º) La defensa a la parte más débil tiene su consagración en el derecho romano clásico, como lo testimonian gran cantidad de pasajes del Digesto. 2º) No se trata de una teoría general, sino de una casuística que abarca tanto supuestos relacionados con la existencia de la obligación, su cumplimiento, la interpretación de las cláusulas, y la liberación.

²¹ “XII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, Panamá (Panamá), del 16 al 18 de Agosto de 2000. Ya en el “VII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano”, organizado por el Instituto Luso-Brasileiro de Derecho Comparado, Río de Janeiro (Brasil), del 30 de Agosto al 1º de Setiembre de 1990, habíamos presentado una ponencia relacionada, sobre el tema: “Obligaciones y Contratos. Principios, institutos y normas relativas a la posición del deudor más débil en el contrato de mutuo”, en coautoría con la Dra. Irma A. García Netto.

3º) Específicamente en la órbita contractual, las citas del Digesto consideraran como la parte más débil del contrato, aquella que debe pagar el precio (el comprador en la compraventa, el arrendatario, en la locación).

4º) El principio precedentemente citado, no rige en cuanto a la determinación del precio, ya que los pasajes del Digesto no otorgan protección a ninguna de las partes, cuando el precio pagado es considerablemente mayor o menor al justo precio.

5º) Solamente en el Código Justiniano se encuentra consagrada la *laesio enormis*, y por ende, surge a través de dos constituciones, la protección al vendedor, cuando éste ha recibido menos de la mitad del justo precio de la cosa vendida, entendiéndose que éste es la parte más débil del contrato para el supuesto analizado.

6º) Las legislaciones modernas de base romanista, tampoco consagran como principio general la protección a la parte más débil, sino que suministran una casuística similar a la romana.

7º) Vélez Sarsfield, el codificador del Código Civil Argentino, embuido de un marcado liberalismo propio de su época y atendiendo a un principio de seguridad jurídica, considera que los contratantes (si no han sido víctimas de algún vicio de la voluntad), están en un pie de igualdad en las negociaciones y el consentimiento es irrevocable, razón por la cual no ampara institutos como la lesión o el abuso de derecho, que recién aparecen consagrados por la reforma parcial del Código Civil por la Ley 17.711 (año 1968).

8º) El proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la República Argentina de 1998, se hace eco de las diferencias en cuanto a las posibilidades de negociación que puede haber entre las partes contratantes, y trata de proteger en forma más amplia a la parte más débil del contrato, como así también de sancionar a quien abusa de una posición dominante, receptando las recomendaciones de los congresos de derecho civil.

IV. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO

Desde la presentación de ese trabajo, el principio del *favor debitoris* en la legislación argentina, fue traspasando el límite del Derecho Privado para adentrarse en el Derecho Público, situación que se ha hecho más evidente con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la incorporación del art. 42, con la sanción de la Ley 26.361 que modifica la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y en virtud del contenido del art. 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hace extensiva la protección a los usuarios de servicios públicos. La protección se ha acentuado con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente sancionado.

Cabe recordar la clásica noción de Ulpiano cuando dice que “el derecho público se refiere al estado de la cosa romana, mientras que el privado se refiere

a la utilidad de los particulares”, originando la distinción del derecho en dos grandes ramas: a) Derecho Público y b) Derecho Privado²².

La definición de Ulpiano sigue inspirando en los tiempos modernos, una teoría muy difundida que sostiene la diferenciación entre el derecho público y el privado en una contraposición entre el interés general y el particular o privado.

Sin embargo, en los últimos cien años del pensamiento jurídico, la clasificación se ha tornado más difusa toda vez que existen normas o situaciones que no admiten tan tajante distinción. En efecto, el Estado, especialmente en situaciones de emergencia económica, se ha inmiscuido en la autonomía de la voluntad de los particulares modificando contratos, con sustento en el orden público o bien en el interés general (ej. contratos de alquileres, depósitos bancarios, hipotecas, etc.).

Por otra parte, como paradigma de lo antedicho, y por haberse dictado fuera de cualquier emergencia económica, tenemos la Ley de Defensa del Consumidor, en la cual el Estado ha regulado expresamente y con fines tuitivos la relación de consumo, precisando derechos de los consumidores con relación a los proveedores.

No existe uniformidad en la doctrina privatista con respecto a dónde debemos incluir la ley de referencia, discutiéndose si pertenece al derecho civil o al comercial o más aún, si la misma también integra el derecho administrativo. Como bien recuerda Mosset Iturraspe, son “los civilistas —ahora privatistas— quienes han asumido el tema del consumidor. Los comercialistas, al menos mayoritariamente, lo han dejado de lado, entendiendo que su lealtad es con el proveedor o comerciante”²³.

La circunstancia antedicha, como veremos, no resulta menor toda vez que posee relación con la jurisdicción y competencia para resolver conflictos en los contratos de consumo, por ejemplo.

1. Ley de Defensa del Consumidor 24.240

La Ley 24.240 denominada Ley de Defensa del Consumidor, fue sancionada con fecha 22 de septiembre del año 1993, promulgada parcialmente por parte del órgano ejecutivo mediante el dictado del dec. 2089/1993, y posteriormente publicada en el Boletín Oficial con fecha 15 de octubre del mismo año. Todo ello con anterioridad a que tuviera lugar la última enmienda a la Constitución

²² RINALDI, *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Edictum, Buenos Aires, 2007, p. 150, los distingue de esta manera: “La expresión *ius publicum* tiene dos acepciones. Por un lado es el derecho emanado de los órganos estatales, es decir, el que proviene de la *lex*, de las constituciones imperiales o de los plebiscitos; y por otro es el derecho que tiene que ver con el funcionamiento y organización de lo que los romanos llamaban *Res publica* y que para nosotros sería —hoy— el Estado. *Ius privatum* es el que tiene que ver con el interés de los particulares, en contraposición con la segunda acepción de *ius publicum*”.

²³ ARIAS CÁU, “Panorama General de la Ley 26.361”, *Microjuris Argentina*, 2008, MJ-DOC-4089-AR | MJD4089.

Nacional que, como bien se sabe, también ha contemplado en forma explícita al consumidor y al usuario en el art. 42 de su texto²⁴.

El criterio restrictivo impuesto por la Ley 24.240 en relación al concepto de *consumidor o usuario*, limitándolo exclusivamente al ámbito de la contratación, fue motivo de críticas por gran parte de la doctrina especializada.

Estas críticas se fundaban en el hecho que el virtual daño resultante de la mera introducción de productos o servicios en el mercado, o el producido por la exhibición de una publicidad desleal etc., cuando era ocasionado a quienes no hubiesen contratado a título oneroso, les imposibilitaba adquirir la categoría de consumidor y por tanto ejercer un reclamo basado en la mencionada norma, lo que resultaba perjudicial para el damnificado.

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en su art. 37 establece el principio de interpretación más favorable al consumidor y cuando existieran dudas acerca de los alcances de la obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Este principio se reafirma en el art. 25 (incorporado por la Ley 26.361), que amplía la defensa a los usuarios de servicios públicos. "...En caso de duda sobre la normativa aplicable resultará la más favorable para el consumidor...".

2. Reforma constitucional de 1994

La posterior reforma de la Constitución Nacional en su art. 42 establece una noción mucho más amplia de consumidor y usuario abarcando el *ámbito contractual y el extracontractual*, al hablar en forma genérica de *relación de consumo*, otorgándoles a aquéllos el derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, y a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativas y dignas.

Así, la reforma modificó la sustancia liberal de la Constitución originaria de 1853 e incluyó los derechos denominados como de tercera generación, como la protección al medio ambiente y el derecho al desarrollo²⁵. El art. 42²⁶ debe ser interpretado juntamente con el art. 43 y el art. 75 inc. 19 de la Constitución.

²⁴ PINESE y CORBALÁN, *Ley de Defensa del Consumidor (legislación comentada)*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p. 33.

²⁵ PINESE y CORBALÁN, op. cit. p. 46 sostienen: "Como producto de dicha enmienda, cobró vida, entre otros, el art. 42, que en su texto abordó la problemática del consumidor y del usuario. De este modo, la protección de éstos ingresó al texto de la norma fundamental, y fue receptada en una cláusula que integra el Capítulo II, de lo que usualmente se estilaba en denominar parte dogmática de la Constitución, y que se titula "Nuevos derechos y garantías".

²⁶ Art. 42 CN: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la

La reforma constitucional, en la opinión de María Angélica Gelli²⁷, se propuso entonces obtener tres propósitos: a) protección del consumidor; b) las garantías a los competidores y c) la transparencia del mercado.

En lo que nos interesa, la protección del consumidor comprende los derechos patrimoniales (seguridad de no sufrir daño; intereses económicos; la libertad de elección; trato equitativo) y los derechos personales (protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquélla o en la vida).

Del texto expreso del art. 42 podemos enumerar, entonces, aquellos principios fundantes que deben regir en la relación de consumo, a saber: a) protección de su salud, seguridad e intereses económicos; b) información adecuada y veraz; c) libertad de elección; d) condiciones de trato equitativo y digno; e) Educación para el consumo.

3. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Principios de fondo²⁸

El art. 3° de la Ley de Defensa del Consumidor, titulado “Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia”, en el segundo párrafo se dice: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

a) Principio de información. Publicidad (arts. 4° y 8°, Ley de Defensa del Consumidor)

La reforma constitucional de 1994 incluyó expresamente como un derecho del consumidor la de obtener una “información adecuada y veraz”, con lo cual fijó el ámbito de aplicación de este derecho. El vocablo “adecuada” tiene relación objetiva y subjetiva, teniendo en cuenta los elementos técnicos del producto, bien o servicio ofrecido y la calidad del interlocutor que recibe la información suministrada, respectivamente.

La finalidad de la norma tiende a que se brinde al consumidor todo el conocimiento necesario para que su elección no se encuentre viciada de error, manifestándose las virtudes y potenciales defectos del producto o servicio ofrecido con relación a otros de similares características.

necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Como señalan PINESE y CORBALÁN, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 152: “Tal como hemos auspiciado, usuarios y consumidores tienen derechos en común, los cuales se encuentran alojados en el primer y segundo párrafo del artículo comentado (42)”.

²⁷ ARIAS CÁU, “Panorama General de la Ley 26.361”, *Microjuris Argentina*, 2008, MJ-DOC-4089-AR | MJD4089.

²⁸ CENTANARO y ELISSECHE, “La Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Ley 26.361”, *Microjuris Argentina*, 2008, MJ-DOC-3430-AR | MJD3430.

b) Principio de no discriminación. Trato digno (art. 8° bis, Ley de Defensa del Consumidor)

El art. 42 de la Const. Nacional establece como directiva el trato digno de los consumidores, juntamente con los pactos internacionales que gozan de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna integrado en la reforma por la Ley 26.361.

La reforma de la ley 26.361 incorporó el art. 8° bis a la Ley de Defensa del Consumidor que es muy rico en consecuencias prácticas. Luego de reafirmar las condiciones de “atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios”, se agrega que los proveedores “deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice”.

En este artículo se establece el principio de no discriminación entre consumidores nacionales o extranjeros, debiendo cualquier excepción a dicho principio ser “autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundada”.

c) Principios de interpretación. Cláusulas abusivas (arts. 3°, 37 a 39, Ley de Defensa del Consumidor)

Las cláusulas abusivas son definidas como “aquéllas que insertas en el marco de un contrato predispuesto por el proveedor o impuestas por éste a lo largo de la ejecución del contrato, menoscaben los derechos que la ley reconoce al consumidor y/o cualquier otra que afecte el equilibrio de las prestaciones”.

El art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor posee directivas de interpretación que se dirigen al Juez y son las siguientes: a) Validez del contrato: El contrato mantiene su validez, salvo en la cláusula calificada de abusiva y que se tendrá por no convenida; b) Interpretación: La interpretación deberá hacerse en el sentido más favorable al consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación se hará a favor de la menos gravosa; c) Violación del deber de buena fe en la etapa precontractual: Cuando exista una violación al deber de buena fe (en la etapa precontractual o durante su ejecución) o viole el deber de información, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato de una o más cláusulas.

d) Principio de orden público (art. 65, Ley de Defensa del Consumidor)

La reforma no ha modificado la condición de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor.

Sin embargo, podemos destacar que el legislador ha tomado la decisión de técnica legislativa de considerar al denominado “Estatuto del Consumidor” con el carácter de orden público.

Las modificaciones que la Ley 26.361 introdujo a la Ley de Defensa del Consumidor se estipulan en este sentido: a modo de ejemplo, podemos referirnos a la modificación del art. 3º, donde se pretende hacer hincapié, en la relación de consumo en coincidencia con el texto de la Constitución Nacional: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...”. Este último también fue abordado con la introducción del art. 8º bis denominado “Trato digno”²⁹.

Con la nueva norma legal se intenta otorgar un mayor equilibrio en las relaciones de consumo, y hacer a la vez efectiva la protección, que la Constitución Nacional ordena implementar en su art. 42.

En el ámbito local y de conformidad con las previsiones antes citadas, la Constitución de la Ciudad³⁰ sancionada en 1997, ha previsto en su art. 46 que “la Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. (...) Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos”. La cláusula constitucional, entonces, coloca en cabeza de los órganos políticos de la Ciudad, la protección de derechos de los consumidores y usuarios. Nótese que expresamente el art. 80 de la Ley Suprema local, en su inc. 2º, apartado g), determina la obligación de legislar en materia “de comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y del consumidor”.

En síntesis: Las modificaciones a la Ley 24.240 planteadas mediante la Ley 26.361 intentan plasmar con aciertos y errores, el resultado de la experien-

²⁹ PINESE y CORBALÁN, op. cit., p. 55: “Siguiendo a Laura Pérez Bustamante, auspiciamos la tesis de que los preceptos contenidos en el texto de la Ley de Defensa del Consumidor ostentan carácter preventivo, protector y reparador”. Preventivo: obligación de información y el correlativo derecho a ella (arts. 5º y 6º). Protectorio: el objeto de la Ley consiste en la protección del consumidor o usuario (art. 1º). Reparador: art. 10 bis (reconoce alternativas en caso de incumplimiento) y 40 (establece sistema de responsabilidad objetiva y solidaria por daños derivados del vicio o riesgo de la cosa o la prestación del servicio”.

³⁰ PINESE y CORBALÁN, op. cit., p. 43: “Si bien no desconocemos el difundido debate existente en torno a develar cuál es el verdadero estatus jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, estimamos conveniente incluir la presente cláusula en este punto junto con los demás textos constitucionales provinciales”.

cia acopiada tras quince años de su aplicación, receptando los avances doctrinarios y fundamentalmente jurisprudenciales en la intención de dar una respuesta adecuada a las nuevas realidades económicas.

De manera expresa, se incluyen nuevas formas de comercialización de ciertos bienes, tales como los llamados tiempos compartidos, cementerios privados y figuras afines.

Asimismo, con la nueva redacción del art. 1º que establece que “la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios...”, se incorpora el término “bienes” a los efectos de incluir distintos objetos a las relaciones de consumo, a saber: objetos materiales e inmateriales susceptibles de tener un valor, es decir las cosas, muebles e inmuebles, los derechos patrimoniales y los servicios, entre otros.

En el sentido de lo expuesto precedentemente es menester resaltar que se incorporan como objeto de protección los contratos a título gratuito, eliminando el requisito de onerosidad.

4. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Haremos unas breves referencias a lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que entró en vigencia el 1º de agosto del corriente año.

En primer lugar, haremos una mención a las normas que han receptado la protección a la parte más débil, que ya se encontraban en el Código Civil Argentino y las incorporadas por la reforma parcial de la Ley 17.711.

Con respecto a la interpretación se ha mantenido una redacción similar al art. 1198, 1º párrafo del Código Velezano en el art. 1061.

Con respecto a la imputación del pago, lo dispuesto en el Código derogado en el art. 778, se refleja en el actual art. 901.

La reducción de las cláusulas penales excesivas que incorporara la reforma de la Ley 17.711 en la 2ª parte del art. 656, se encuentra receptada en el art. 794, 2º párrafo.

La lesión como vicio de los actos jurídicos, se encuentra recogida en el art. 332 del nuevo Código con una redacción muy similar al art. 954 incorporado por la Ley 17.711. Solamente se modifica una palabra de la definición, y en vez de “ligereza”, se refiere a “debilidad síquica”.

Las cuestiones incorporadas en el Código Civil y Comercial de la Nación que hacen al tema de este trabajo, se relacionan con la interpretación restrictiva en los contratos de consumo, en la regulación de los contratos de consumo en la parte general de los contratos y en la definición de la cláusula abusiva y situación jurídica abusiva.

Uno de los miembros y Presidente de la comisión redactora, el Doctor Ricardo Lorenzetti³¹, sostiene: “Por lo tanto, el esquema en materia de interpretación es el siguiente:

* Los contratos en general deben interpretarse de buena fe (art. 961).

* Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas tienen un régimen especial (art. 987).

* Los contratos paritarios tienen las reglas generales de interpretación (arts. 1061 y ss.).

* Los contratos conexos tienen una regla especial (art. 1074).

* Los contratos de consumo tienen sus propias normas (art. 1094 y ss.)”.

Con relación a la interpretación restrictiva, el jurista sostiene que hay que atenerse a la naturaleza y finalidad del contrato. Por otra parte, el art. 1062 dispone: “Interpretación restrictiva. Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente”.

El Código establece en el art. 1063: “Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta”.

En materia de integración del contrato se dice (art. 964) que “El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

Pero uno de los aspectos más innovadores del Código es la fractura del tipo general del contrato, dedicando un título al contrato en general y otro título a los contratos de consumo. Es un método único en el derecho comparado y tiene un impacto directo en materia de interpretación.

En la nota de elevación del Proyecto se explicita, luego de referirse a distintos criterios en la legislación comparada, que: “...en virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general

³¹ LORENZETTI, “La interpretación de los contratos”, publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/2/2015, 191. Cita Online: AR/DOC/237/2015.

de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia.

Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo”.

La cláusula abusiva como regla general se encuentra tratada en el art. 1119, aunque también podemos hacer remisión a los arts. 985 a 988 que regulan los contratos de adhesión.

Con respecto a las prácticas abusivas, las normas son de aplicación general a toda persona expuesta a prácticas comerciales, que deben recibir un trato digno, equitativo y no discriminatorio y se garantiza la libertad de contratar.

La situación jurídica abusiva está definida en el art. 1120.

El Dr Lorenzetti en el trabajo citado³² bajo el acápite 6) titulado “El principio *favor debitoris* y la equidad”, manifiesta: “El Código dispone (art. 1068) “Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes” (esta solución es muy similar a la que establece el Código Civil Español precedentemente).

Tradicionalmente se ha interpretado que cuando hay duda, se debe interpretar que una persona no ha querido obligarse, porque hay que respetar la libertad, siendo la obligación una excepción. Por esta razón, en el régimen anterior se decía que en caso de duda “las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación” (art. 218, inc. 7º, Cód. Com.), lo que ha sido entendido como protección de la parte débil.

En la actual norma, se hace una distinción entre los contratos a título gratuito y los onerosos. En los primeros, es claro que debe buscarse el sentido menos gravoso al obligado, y de la menor transmisión de derechos. En cambio, en los onerosos, debe buscarse el mantenimiento de la equivalencia, el logro de la mayor reciprocidad y no, la liberación simple”.

Sería ambicioso pretender hacer un análisis exhaustivo de la protección al más débil en el nuevo Código recién puesto en vigencia, simplemente y citando al Presidente de la Comisión Redactora y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos limitamos a esbozar los aspectos más relevantes o novedosos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho en los últimos años del siglo XX sufrió cambios y transformaciones: se dictó la Ley de Defensa del Consumidor, se reformó la Constitución

³² Ver nota 28.

Nacional, se dictó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se reformó la Ley de Defensa del Consumidor.

Por último, se ha aprobado y ha entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Por todo ello, como señala el Dr. Lorenzetti que “En los últimos treinta años del siglo XX, se decidió dar un paso más amplio en la protección.

Surgió la noción de consumidor que se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato en particular.

El Código actual contempla dos tipos de tutelas contractuales, la referida a la adhesión, y la del consumidor”.

Pero es de resaltar, como hemos indicado en el título del trabajo, que el principio de la protección a la parte más débil, tiene su origen en el *favor debitoris* romano. Se trata de una regla de interpretación de las cláusulas contractuales, que en caso de duda, o si resultan vagas o ambiguas determina que éstas deban interpretarse en contra del que las dispuso (del predisponente) y tiene su consagración en el derecho romano clásico, como lo testimonian gran cantidad de pasajes del Digesto.

Como sostiene el Profesor Guzmán Brito³³ “...pese a que los juristas romanos no hayan expresado alguna teoría sobre los principios del derecho, nosotros podemos suponer *a priori* que ellos desarrollaron su arte con base en ciertas ideas con carácter de principios, de las que extraían conclusiones específicas”.

El Nuevo Código Civil y Comercial contiene sutilezas que tienen relación con los grandes cambios de los últimos treinta años, pero la esencia y el germen de la protección a la parte más débil, tiene su origen en el *favor debitoris* romano pues, como afirma el Profesor Rinaldi “los principios y fundamentos del Derecho de nuestros tiempos, están en el Derecho Romano, contribución invaluable de tantas generaciones de Iusromanistas al progreso y felicidad de género humano³⁴”.

El citado Profesor Rinaldi³⁵ define los Principios Generales del Derecho como “normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión”.

³³ GUZMÁN BRITO, “Los principios del Derecho y el Derecho Romano”, Conferencia inaugural de la “5ª Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los principios generales del Derecho”, publicada en las actas, Universidad de Flores, Buenos Aires, 2014, p. 9.

³⁴ RINALDI, “Prólogo de la publicación de las actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano”, (en prensa). El evento tuvo lugar los días 31 de Octubre y 1ª de noviembre de 2014 en la Universidad de Flores.

³⁵ RINALDI, *¿Son inmutables los principios generales del derecho?*, en las actas de la “Cuarta Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los Principios Generales del Derecho”, Universidad de Flores, Buenos Aires, 2013, p. 232.

¿Dónde se encuentran los principios generales? Siguiendo al Dr. Rinaldi entendemos que los podemos encontrar “en el Derecho Romano, entendido en su concepto más amplio, es decir, “el sistema jurídico elaborado por los Romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanísticas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra”³⁶.

Coincidimos con el Profesor Guzmán Brito³⁷ en sostener que “Sin principios que sustentaran su labor, los juristas romanos no hubieran sido más que unos modestos empiristas y jamás hubieran podido desarrollar la ciencia que crearon, de cuya superioridad es prueba la persistencia que la ha acompañado a través de los siglos”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino, Jaime Molinas Editor, Valencia, 1892, Valladolid, Lex Nova, 1988.
- GUZMÁN BRITO, A., *Los principios del Derecho y el Derecho Romano*, Conferencia inaugural de la 5ª Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los principios generales del Derecho, publicada en las actas, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2014.
- PINESE, G. y CORBALÁN, P., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- *Ley de Defensa del Consumidor (legislación Comentada)*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2009.
- PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1991.
- RINALDI, N. *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, Edictum, 2007.
- *¿Son inmutables los principios generales del derecho?*, en las actas de la Cuarta Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los Principios Generales del Derecho, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2013.
- “Prólogo de la publicación de las actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano”, (en prensa). El evento tuvo lugar los días 31 de Octubre y 1º de noviembre de 2014 en la Universidad de Flores.
- TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, p. 358.

³⁶ RINALDI, *Lecciones...*, cit., p. 139.

³⁷ GUZMÁN BRITO, op. cit., p. 29.

Artículos online

ARIAS CÁU, E., “Panorama General de la Ley 26.361”, *Microjuris Argentina*, 2008, MJ-DOC-4089-AR | MJD4089.

CENTANARO, I. y ELISSECHE, A., “La Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Ley 26.361”, *Microjuris Argentina*, 2008, MJ-DOC-3430-AR | MJD3430.

LORENZETTI, R., “La interpretación de los contratos”, Publicado en: *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015* (febrero), 25/2/2015, 191 Cita Online: AR/DOC/237/2015.

LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por JUAN CARLOS CASSAGNE

Resumen:

Este artículo constituye una contribución al tema de los principios generales y su proyección al derecho administrativo, destacando la trascendencia que han adquirido tras su constitucionalización al distinguir el plano de los principios como mandatos vinculantes que prevalecen sobre las leyes de los derechos y garantías jurídicas. Mientras los derechos se conciben como facultades o derechos subjetivos el concepto de garantía opera como medio de protección para controlar la legalidad de la Administración y la arbitrariedad.

Palabras clave:

Principios generales; mandatos vinculantes; derechos subjetivos; garantías jurídicas y arbitrariedad.

THE GENERAL PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE LAW

Abstract:

This paper is a contribution to the subject of the general principles and its projection to administrative law, emphasizing the importance they have acquired after its constitutionalization by distinguishing the principles which are binding mandates and prevail over right laws and legal guarantees. While rights are conceived as faculties or subjective or fundamental rights the concept of guarantee operates as a legality protection of the administration and arbitrariness.

Keywords:

General principles; binding mandates; individual rights; legal safeguards and arbitrary.

I. PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

El sentido de los principios generales al derecho administrativo, tanto los que son comunes a todo el derecho como aquellos que se gestan en el ámbito de la propia disciplina, no puede prescindir del fundamento basilar que preside las relaciones que se enhebran entre los ciudadanos y el Estado. Ese fundamento último y principal no es otro que la dignidad humana, a partir de la cual se llega “a unos principios inmutables, superiores a todo ordenamiento positivo”¹.

En su problemática cobran trascendencia las distintas fuentes positivas de producción del sistema normativo, así como la justicia material, cuando se procede a integrar los principios generales en la solución del caso, mediante un proceso de heterointegración² (en el supuesto de carencia histórica de normas).

Para captar inicialmente el sentido de lo que constituye un principio general puede acudir, en una suerte de analogía, al pensamiento de ORTEGA, cuando sostiene que existe una conexión entre ideas y creencias que se asemeja a la que hay entre conocimientos y certidumbres. Quien cree tiene certidumbre —agrega— precisamente porque él no se la ha forjado. Le viene de afuera³. Las ideas, en cambio, las adquiere el hombre en contacto consigo mismo y con el mundo, es decir, con la realidad⁴.

En esta visión orteguiana, salvando las distancias y terminologías, hay mucho del pensamiento griego de SÓCRATES y de PLATÓN, en el sentido de que las ideas son algo que el hombre descubre dentro de sí mismo. Como es sabido, mientras SÓCRATES se basaba en la persona (el objetivo del filósofo debía ser descubrir la verdad dentro de sí mismo), PLATÓN retoma su pensamiento proyectándolo al saber. En esa proyección al saber se perfecciona la dialéctica (el método de la argumentación y discusión para arribar a la verdad o a la solución justa)⁵.

Como es sabido, el idealismo platónico consiste en una construcción que se realiza mediante una operación doble. Por una parte, afirma que las ideas

¹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona humana*, Civitas, Madrid, 1986, p. 20; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Principios generales del derecho administrativo constitucionalizados en el derecho español”, *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid y Salamanca, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2008, ps. 388-389, vincula la dignidad de la persona con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 45.

³ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, t. V, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 407.

⁴ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, cit., t. V, p. 384.

⁵ Es la concepción clásica de la dialéctica. Las ideas modernas sobre la dialéctica fueron particularmente desarrolladas por HEGEL (tesis y antítesis en un movimiento activista) y SCHOPENHAUER (el arte de tener razón). Como es sabido, estas concepciones de la dialéctica excluyen la verdad y los valores.

(mundo inteligible) existen independientemente de las cosas. Pero las cosas (el mundo sensible) sólo existen en cuanto participan de las ideas, de ahí que el idealismo sostenga que la cosa no pueda existir sin la idea (la idea constituye el modelo ejemplar de las cosas).

El pensamiento de PLATÓN constituye, en cierto modo, un antecedente útil para la caracterización de los principios generales en cuanto afirma que el conocimiento de las ideas es un conocimiento *a priori* (independiente de la experiencia, lo que no implica que se arribe a él al margen de la experiencia). Se trata de un conocimiento universal y necesariamente válido que siempre tendrá que ser así⁶; algo similar a la certidumbre o creencia en ORTEGA.

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con el derecho natural, en el que encuentran su fundamento⁷, siendo conocimientos que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales⁸, existen por sí mismos⁹. Puede decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (v.g. la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el afianzamiento de la justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, etc.).

Sin embargo, no obstante el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado, incluso las más complejas y abarcativas como el iusnaturalismo¹⁰ (una especie de iusnaturalismo actualizado), ellas se encuentran en medio de un escenario doctrinario caracterizado por una notable diversidad en el que desfilan desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas¹¹ o bien, transpositivistas¹².

⁶ Cfr. BLAQUIER, Carlos Pedro, *Apuntes para una introducción a la filosofía*, Lons, Buenos Aires, 2003, ps. 33-34, afirma que frente a esos conocimientos *a priori* estamos "...ante una verdad de derecho que siempre y necesariamente es así" (op. cit., p. 34).

⁷ Vid. SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, Díkè, Mendoza, 2000, p. 41 y ss.

⁸ El realismo moderado, de raíz aristotélico tomista, aunque postula la independencia de las cosas de las ideas (unificando el mundo sensible con el inteligible) acepta, a diferencia del nominalismo, la categoría de los universales. En la actualidad, algunos juristas suelen ser nominalistas inconscientes, como los neo-positivistas; ampliar en FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, t. III, Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, p. 2575 y ss., y t. IV, p. 3603 y ss.

⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, afirma que "si el Consejo de Estado francés invoca y aplica 'los principios generales del derecho' es porque éstos existen" (op. cit., p. 282).

¹⁰ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, cit., ps. 25-26.

¹¹ VIGO, Rodolfo L., "Los principios generales del derecho", JA 1986-III-860, señala que en el escenario doctrinario hay cinco corrientes: la positivista, que sostiene que no hay principios fuera del derecho positivo; la historicista, que encuentra el fundamento de los principios generales en un derecho pretérito; la científicista, que sólo tiene en cuenta su elaboración por la ciencia jurídica; la metapositivista, que fundamenta el contenido de los principios fuera del derecho positivo y, por último, la ecléctica, que armoniza las distintas posturas.

¹² COVIELLO, Pedro J. J., "Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino", ReDA, nro. 62, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 1088 y ss.

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas porque muchos de los principios generales provenientes del iusnaturalismo clásico o aún del que posee naturaleza racionalista, han pasado al derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución y a la ley (formal y material) o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia. Esto no implica que se diluya la jerarquía que poseen los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados, ni dejar de reconocer que “la peculiaridad del ámbito jurídico-administrativo ha sido causa de modalización de algunos o incluso de la aparición de otros al amparo de los preceptos constitucionales”¹³.

Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan al Estado y a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas.

II. TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

1. Características y principalidad de los principios generales

En el derecho administrativo confluyen, con mayor o menor intensidad, los elementos normativos del sistema jurídico, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas, tanto en la jurisprudencia como en la práctica o costumbre. De ahí la trascendencia que revisten los principios generales en cuanto ellos reafirman sus funciones aplicativas e integrativas para hallar la solución justa en un caso determinado, lo que puede lograrse —entre otros procedimientos— mediante la utilización de la técnica llamada tópica (originaria del derecho romano y revalorizada por la ciencia jurídica alemana y española del siglo pasado).

Con anterioridad¹⁴, nos propusimos captarlo en su real dimensión y trascendencia. Su temática requiere recorrer un camino que parte de las cuestiones básicas que se plantean en el campo de la filosofía del derecho y de la técnica jurídica.

De ese trabajo han transcurrido unos cuantos años y resulta interesante comparar la evolución que han tenido algunos de los principios generales del derecho allí enunciados junto a la aparición de otros nuevos, producto de la reforma constitucional de 1994 y de los desarrollos tanto doctrinarios como jurisprudenciales.

¹³ MEILÁN GIL, José Luis, “Los principios generales del derecho desde la perspectiva del derecho público en España”, *Actas del VII Foro Iberoamericano...*, cit., p. 414.

¹⁴ En *Principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

El progreso de la ciencia jurídica del derecho público, particularmente del derecho administrativo a partir de la mitad del siglo XX, ha sido tan espectacular como incesante. Es cierto que ha habido quizá demasiada producción y que no toda, como es lógico, ha contribuido al crecimiento armónico de la disciplina.

Pero, si se separa la paja del trigo, no se puede ignorar que, en la mayor parte de las obras de valía intelectual, hay una recurrencia, a veces larvada, de los principios generales del derecho que constituyen el fundamento o causa del ordenamiento jurídico administrativo.

Ese renacimiento de los principios implica reconocer que ha habido, en forma consciente o inconsciente, una huida masiva del positivismo¹⁵ y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas y, por más que algunos sigan postulando una concepción estrictamente positivista del derecho, lo cierto es que, los principios de la justicia, o si se quiere del derecho natural, han socavado los cimientos de la pirámide Kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas¹⁶. Más aún, muchas veces los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

En cierto modo, el derecho administrativo puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa¹⁷. Pero no existe, en realidad, un dualismo entre Derecho Natural y Derecho Positivo, sino más bien que el primero sufre un proceso de conversión jurídica por su incorporación a fórmulas técnicas que se configuran tópicamente en función de los problemas. Precisamente esta conversión de los preceptos absolutos del derecho natural en criterios técnicos y tecnificables es lo que se expresa en el concepto de “*principios generales del Derecho*”¹⁸.

¹⁵ Una fuerte y lúcida reacción contra el positivismo legalista en Uruguay puede verse en MARTINS, Daniel Hugo, *Introducción al Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1982, p. 15 y ss.

¹⁶ Véase SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 29.

¹⁷ ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Los principios generales del Derecho como fuente del derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 29.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 63, agrega que: “La sustantividad de éstos, paralela a la propia sustantividad de la técnica jurídica, se manifiesta por de pronto en un hecho elemental, y es que no todos ellos son concreción de ese Derecho natural o superior, sino que éste sólo informa una parte de ellos, siendo los otros, expresión del orden político concreto, y otros, en fin, y no de los menos importantes, de carácter institucional o estrictamente técnico, aunque éstos vienen a encerrar frecuentemente, todos los anteriores...” (op. cit., ps. 63-64). Entre nosotros, se ha sostenido también que el derecho natural y el derecho positivo no constituyen ordenamientos separados y que los principios generales del derecho se desprenden de la ley natural, de la cual se extraen por

La característica de principalidad que poseen los principios en el mundo del derecho plantea una serie de problemas que van desde su articulación con el derecho positivo, la dimensión de peso o importancia que cabe asignarles a cada uno de ellos en su aplicación recíproca, hasta el desarrollo de nuevos principios, como producto de las exigencias de una justicia que funciona en el marco de una cambiante realidad social.

Ese dinamismo potencial, que es propio de los principios generales del derecho, corre parejo con las peculiaridades del derecho administrativo que, como derecho en formación, siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones frecuentemente asistemáticas¹⁹.

Y, curiosamente, esa elasticidad que muchos llegaron a predicar del derecho positivo, cuya potencia normativa se consideraba prácticamente interminable, es la que cabe reconocer a los principios generales del derecho. Pero hay que advertir que esa aptitud para expandirse no lleva en sí la idea de cambio constante, sino la de la permanencia de los principios e instituciones fundamentales, no obstante su adaptación a una realidad en continuo movimiento.

Esto se ve claro en la evolución que se ha operado en el derecho administrativo francés y es lo que ha llevado a RIVERO a sostener que el Consejo de Estado, consiente de que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, “*ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes*”²⁰.

Frente a esta problemática, la función del juez desempeña el papel de mantener el equilibrio social a través de las diferentes formas de justicia²¹ cuya realización se alcanza utilizando el mayor margen de libertad que le permite la recurrencia a los principios generales del derecho, incluso para construir nuevas soluciones jurídicas no previstas en el ordenamiento²².

medio de la acción práctica: cfr. ROQUEL, Rodolfo, *Introducción a la teoría general del derecho administrativo*, Dunken, Buenos Aires, 2004, p. 88.

¹⁹ Como lo ha puesto de relieve GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, FDA, Buenos Aires, 1995, p. V-10.

²⁰ RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo”, RAP, nro. 6, p. 293.

²¹ En el derecho público, donde predominan la justicia legal y la distributiva, existen también intercambios voluntarios que crean relaciones regidas por la justicia conmutativa (conf. *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 83).

²² El ordenamiento se halla constituido no sólo por las normas sino también por los principios generales del derecho, encontrándose éstos en cúspide del ordenamiento jurídico. La admisión de los principios generales como fuente del derecho rompe la estatización del derecho que se pretendió asegurar con el dogma de la completitud del ordenamiento. Además de lo dicho en el texto la distinción entre norma y principio se apoya —según Dworkin— en que éstos tienen una dimensión que no poseen aquéllas: la de peso o importancia. Al respecto, señala este autor que: “Cuando los principios se interfieren (la política de protección de los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo) quien debe resolver

2. *Sus peculiaridades en el derecho administrativo*

El derecho administrativo es, sin duda, el terreno más fértil y propicio para la aplicación e integración de los principios generales del derecho. Así se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada²³ ni codificable en su totalidad que, en sus orígenes y aún hoy en algunos de los principales países de Europa, es de creación eminentemente pretoriana. Esto explica, de algún modo, la trascendencia del papel que cumplen los principios generales y “*su contribución a forzar la coherencia del orden normativo*”, así como su “*utilidad para llenar las lagunas del derecho*”²⁴.

Es curioso observar ahora, desde cierta perspectiva histórica, el hecho de que el derecho administrativo no hubiera perdido el rumbo frente a la profusión de leyes y reglamentos que lo asediaba y haya podido elaborar un conjunto orgánico de principios que permiten resolver los innumerables y novedosos problemas prácticos que plantea el obrar de la Administración Pública.

Ello ha podido acontecer por la gravitación prácticamente universal que han tenido y tienen los principios generales del derecho en el derecho administrativo el cual, además de ser un derecho de equidad²⁵, que acude frecuentemente a la corrección del rigorismo excesivo de la ley con fórmulas que contienen los criterios de justicia que demanda el caso particular, exalta y potencia el papel del juez en el proceso de creación del derecho.

A la vez, el crecimiento doctrinario que se operó en el derecho administrativo de este siglo contribuyó a consolidar un movimiento jurídico orientado hacia la observancia de los principios comunes a todo el ordenamiento, en la medida en que su aplicación sea compatible con las relaciones de derecho público que vinculan a la Administración con los particulares.

Precisamente, el aumento de la intervención de la Administración en todos los ámbitos de la vida hacen que, como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA “*la única posibilidad de una garantía individual y social efectiva frente a los formidables poderes de esta naturaleza*” (el autor apunta a la figura del caballo

el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido, qué importancia o qué peso tiene” (DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 78).

²³ Conf. VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, 4^a ed., PUF, París, 1968, p. 52 y ss.

²⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro, en la presentación al libro *Principios generales del Derecho Público* de Frank MODERNE, traducido al español, Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 8.

²⁵ La concepción de un derecho administrativo concebido básicamente como un derecho de equidad se desarrolló en Francia a partir de la obra de Maurice HAURIOU, cuya aportación doctrinaria permitió configurar las instituciones y principios fundamentales de la materia. En el Prefacio a la 5^a edición del *Précis de Droit Administratif et Droit Public Général de 1903*, al abordar los caracteres y el espíritu del Derecho administrativo francés, ya señalaba que el derecho administrativo era un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto.

de Troya dentro del derecho administrativo de un Estado de Derecho, según la conocida frase de HUBER), “...de la Administración de hoy está en la técnica de los principios generales del Derecho”²⁶.

El derecho administrativo no posee ni ha poseído nunca una existencia aislada e independiente y ha constituido siempre una porción del ordenamiento jurídico de cada época histórica, manteniendo con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como sucede con el derecho constitucional, o bien relaciones de interferencia, como es el caso de sus vínculos con los derechos civil y comercial.

Al reconocerse que el derecho administrativo constituye el derecho común de la Administración Pública, sus relaciones con el derecho civil se plantean, a partir de ese reconocimiento, en el ámbito de dos disciplinas sustantivas de similar autonomía científica, como resultado de un proceso que condujo a desplazar el carácter excepcional y exorbitante que poseía el derecho administrativo de los primeros tiempos reemplazándolo por un régimen, propio y típico, que se abastece e integra por principios y normas que son peculiares del derecho público.

Sin embargo, aparte de que la afirmación precedente no veda las continuas relaciones de interferencia y contacto con el derecho privado, ni tampoco impide la recurrencia a la analogía como técnica de interpretación o aplicación del derecho, es evidente que hay un fondo común conformado por el conjunto de los principios generales del ordenamiento, los cuales, al fundarse en el respeto de la persona humana o en la razonabilidad práctica, encierran —como apunta RIVERO— la concepción del derecho natural²⁷.

Es conocida la circunstancia que, durante muchos años, se sostuvo como un triunfo de la ciencia jurídica, a partir de las enseñanzas de la escuela histórica alemana, el haber desterrado de ella al derecho natural. Pero esta afirmación, que aparece reiterada en las diferentes versiones de las escuelas filosóficas posteriores al positivismo historicista, no se ajusta a la realidad que exhibe el desarrollo del pensamiento jurídico recogido en los códigos que se dictaron en esa época, los que incorporaron criterios propios del derecho natural racionalista de la etapa precedente. Por eso pudo advertir uno de los grandes juristas de la escuela histórica —como fue GIERKE— que el derecho natural experimentó en realidad una victoria material por obra de la escuela adversa, después de su ruina formal²⁸.

Ahora bien, el auge de los principios generales del derecho en el derecho administrativo obedece al abandono, o al menos la morigeración, de los pre-

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., p. 41.

²⁷ RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho...”, cit., p. 300; en idéntico sentido; BARBE PÉREZ, Héctor, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1958, p. 21.

²⁸ GIERKE, *Naturrecht un Deutsches Recht*, p. 24, cit. por DEL VECCHIO, Giorgio, en *Los principios generales del Derecho*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, p. 45.

supuestos ideológicos de la Revolución Francesa, en que se apoyó el derecho europeo del siglo XIX, al preconizar la primacía de la ley escrita, cuya autoridad se fundamentaba en la voluntad de la Nación formulada por los representantes elegidos por el pueblo, quienes poseían así un verdadero monopolio para la emisión de las reglas del derecho²⁹. En ese marco, el papel del juez debía limitarse forzosamente a la aplicación e interpretación de las normas, sin intervenir en el proceso de creación del derecho.

Pero esa confusión entre ley escrita y regla de derecho, que no admitía otro origen que el legislador positivo, fue quebrada por construcciones provenientes de diversas fuentes formales y de la propia realidad y sin que pueda afirmarse absolutamente que este proceso se encontró signado por alguna escuela filosófica determinada no puede dejar de señalarse que permitió —aún en pleno auge del positivismo— el retorno al principio según el cual el derecho es, siempre, el objeto de la justicia.

La primera quiebra de aquellos presupuestos ideológicos la ocasionaron los Códigos que, como el de Austria y el nuestro (además del Código español y el albertino), asignaron a los principios generales del derecho o principios del derecho natural³⁰ el rango de fuentes del derecho. Sin entrar al análisis de si se trata o no de una fuente subsidiaria o principal, no puede ignorarse, que la aplicación conjunta del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y del deber de fallar impuesto a los jueces implicó una revalorización del papel de éstos en la formación del derecho en los supuestos de carencia de norma escrita que resolviera la cuestión, dando pie al regreso del derecho jurisprudencial, el cual, por esa puerta, pasó a convertirse, otra vez, en fuente del derecho.

No menos importante fue la incidencia que en este proceso tuvo la evolución operada en el seno del derecho administrativo el cual, al carecer de normas orgánicamente codificadas, hizo imposible que se extendiera al mismo la técnica de generalización creciente de las normas positivas, limitándose al propio tiempo la función de la analogía a la aplicación de preceptos, previa adaptación con los principios que rigen cada institución administrativa.

Por otro lado, la primacía de la ley formal y material se debilitó también debido al reconocimiento al Poder Ejecutivo de la potestad de dictar reglamentos con valor de ley, lo cual, junto a la remisión a la equidad natural para corregir la injusticia o desactualización de la norma aplicable al caso, condujo a una intervención más activa de los jueces en el proceso de creación del derecho. A

²⁹ RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho...”, cit., p. 289. Señala LUQUI, que dentro de tal esquema “la Administración Pública quedó reducida a la función de simple ejecutora de la voluntad legislativa” (LUQUI, Roberto E., “Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración Pública”, LL 151-1074). Sobre el mito de la ley como la voluntad general del pueblo, véase: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo español*, t. I, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, ps. 84-86.

³⁰ Código de Austria, art. 7º; Código Civil argentino, art. 16; Código Albertino, art. 15.

partir de allí, los principios generales pasaron a constituir el fundamento de las decisiones comenzando a operar como límites del poder reglamentario.

En adición a todo ello cabe apuntar que, hallándose enfrentado el mundo contemporáneo a un creciente proceso de globalización y consecuente internalización de las normas jurídicas, el rol de los principios aparece potenciado de cara a la necesidad de brindar la seguridad jurídica para que todos los operadores puedan encontrar soluciones coherentes y fácilmente localizables que les permitan encontrar una referencia estable “*del razonamiento jurídico*”, a veces, incluso, como apunta MODERNE “*detrás de las soluciones parciales de los litigios*”³¹.

En todo este proceso, gran parte de los principios generales del derecho natural se incorporaron al derecho positivo de las constituciones modernas. Es lo que ha ocurrido con los principios que recoge, entre otras, nuestra Constitución, que son fuente primaria del derecho administrativo, la mayoría de cuyas instituciones encuentran su directo fundamento en los principios que emergen del Preámbulo y del articulado de la Carta Magna³².

3. La inserción de los principios del Derecho Natural en el ordenamiento y el papel de la tópic

Durante algún tiempo —como apuntó en su momento DEL VECCHIO— “la negación del derecho natural se consideró por lo general ‘como un indispensable acto de fe y casi un deber de buena crianza para el jurista’”³³. En efecto, los juristas se van curando poco a poco de esa enfermedad que KAUFMANN³⁴ llamó el horror *iuris naturalis*, comenzándose a admitir la aplicación de los principios del derecho natural como fuente subsidiaria para suplir las lagunas de la ley, prosiguiendo con el reconocimiento de su carácter informador del ordenamiento hasta culminar, como en el modelo francés, aceptando que se trata de una fuente autónoma y directa del derecho administrativo, conforme a la elaboración jurisprudencial.

La negación de los principios generales del derecho como fuente del derecho continúa siendo afirmada por aquellas concepciones que consideran a la justicia y a la moral como nociones metajurídicas que se hallan fuera del de-

³¹ MODERNE, Frank, *Los principios generales...*, cit., p. 19.

³² Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 200.

³³ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 45.

³⁴ KAUFMANN, Arthur, en *Naturrecht and Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957, p. 5, cit., por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en *Reflexiones sobre la ley...*, p. 77, nota 9. De esta obra hay una traducción en español bajo el título “Derecho, moral e historicidad”, Marcial Pons, Madrid, 2000. Sin embargo, en la parte interior del libro e inmediatamente antes del Índice, figura con el título “Derecho Natural e Historicidad. Derecho y Moral”. Apunta KAUFMANN que “en el jurista yace, profundamente arraigado un *horror iuris naturalis*... y en el fondo de su corazón se alegra poder resolver un problema sin tener que acudir a consideraciones *ius naturalitas*”.

recho o que éste sólo surge de la conducta o del consenso de la comunidad. Pero si esto último fuera cierto, cabe preguntarse si sería válida una norma que legitime los enriquecimientos de los funcionarios públicos producidos por exacciones ilegales o cohechos y que los jueces apliquen esa norma en base a que dicho principio es el querido y aceptado por la comunidad en una determinada circunstancia histórica. ¿No constituiría esa norma un supuesto de ilegitimidad por contrariar un principio de la justicia natural según el cual no es lícito obtener de los delitos enriquecimiento alguno?³⁵

En el proceso de ruptura de las premisas y axiomas del positivismo jurídico ha sido indudablemente FINNIS uno de los autores que ha revalorizado el iusnaturalismo, actualizándolo a la luz de su tradición y mostrando la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas. Porque, “*volvió a poner sobre la mesa cuestiones como la inextricable unión de las valoraciones —morales en último término— y las descripciones en las ciencias sociales...*” junto a “*...la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto de la razonabilidad práctica y de los fines básicos fundantes del orden moral*”³⁶.

Esta renovación del pensamiento iusnaturalista procura una nueva formulación de un objetivismo ético-jurídico que se apoye básicamente en la verdad y que se abra a la naturaleza de las cosas humanas con el objeto de “alcanzar una fundamentación ‘fuerte’ del derecho y de las instituciones políticas” es decir, la de suministrar una justificación racional de su “obligatoriedad y exigibilidad”³⁷.

La causa del verdadero descrédito del derecho natural no obedece al hecho de haberlo basado en la primera verdad del hombre que es Dios, sino a la utilización del método axiomático y deductivo, propio de la Geometría, por el que se pretendía extraer de cada axioma una cadena de consecuencias a través de la deducción. Este método resulta opuesto al llamado tópico que llegaron a utilizar los romanos, el cual ha sido revalorizado en este siglo por la ciencia jurídica alemana. Su criterio central se asienta en un proceso analítico que procura hallar respuestas a problemas concretos mediante el empleo de un repertorio de *topoi* o lugares comunes revelados por la experiencia³⁸.

Es que —como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA— aun cuando el derecho natural se asiente en el *primum verum* “su efectividad en el derecho positivo no actúa destruyendo las estructuras tópicas en que éste se concreta sino precisamente insertándose en ellas y funcionalizándose dentro de sus propios esquemas

³⁵ Sobre las leyes injustas y el principio que predica que la *lex injusta non est lex*, véase: FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. del inglés, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 379 y ss., especialmente ps. 390-393.

³⁶ ORREGO, Cristóbal S., en el Prólogo a la obra de FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 14.

³⁷ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho*, t. I, “El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural”, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 286-289.

³⁸ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. del alemán, Taurus, Madrid, 1964, p. 25 y ss.

técnicos”³⁹ mediante la adición, el complemento y la incorporación de matices “que el pensar jurídico ha obtenido tópicamente en función de los problemas”⁴⁰.

III. LA CONCEPCIÓN “FINNISIANA” SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El análisis de la concepción de FINNIS acerca de los principios generales exigiría una profundización de sus bases y axiomas, conceptos jurídicos y figuras lingüísticas cuya extensión excedería el propósito de esta investigación. Por tal razón, optamos por seleccionar los aspectos que consideramos constituyen las claves básicas de su concepción en este punto que seguidamente pasamos a enunciar.

En primer término, cabe visualizar que para FINNIS el derecho positivo constituye una derivación de la ley natural siendo los primeros principios conclusiones que traducen una derivación razonable de ella, que muestran “los aspectos básicos de la plena realización humana”⁴¹. Esos principios, que son inmutables (por ej., la defensa de la vida) reciben su fuerza de la razonabilidad y no de cualquier otro acto o acontecimiento originante⁴². Existe, empero, una segunda forma de derivación en la que los principios generales se configuran a través de una determinación que consiste en una elección autorizativa más o menos libre, porque siempre estará “conectada con los principios básicos... los bienes humanos básicos”⁴³ y controlada, asimismo, “por principios formales de amplio alcance y por otros principios estructurales (en forma tanto de primer grado como de segundo grado) que a su vez se derivan de los principios básicos según la primera forma de derivación”⁴⁴.

En forma paralela e interrelacionada, FINNIS alude a otra clasificación de los principios que no coincide con la categoría de los primeros principios o principios básicos y de los principios que se obtienen mediante una determinación autorizativa. Como se desprende de la propia denominación empleada, los principios de segundo grado son aquellos que “tienen que ver con la aplicación

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., p. 61 quien agrega: “Así, por ejemplo, la norma del Derecho natural que limita la materia de los pactos a objetos morales no irrumpe en el derecho positivo como un precepto superior y absoluto que hace cesar o suspender las normas propias de éste, sino que, por el contrario, alcanza toda su efectividad y todo su sentido en tanto y en cuanto se inserta en las estructuras técnicas positivas lo que en el caso da lugar a un mecanismo técnico tan complejo y matizado como es nada menos que la teoría de la causa, teoría solo precisable y configurable a la luz y en función del problema, esto es, tópicamente”.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., p. 62.

⁴¹ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit. p. 234.

⁴² *Ibidem*, p. 379.

⁴³ *Ibidem*, p. 316.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 316.

de otras reglas y principios⁴⁵ y “son esencialmente principios para sistemas de derecho positivo y de hecho se han de encontrar virtualmente en todos los sistemas”⁴⁶.

Ahora bien, en la concepción “finnisiana”, estos principios de segundo grado más que exigir determinadas conductas funcionan como causa o justificación de reglas y determinaciones particulares⁴⁷ con lo que no estamos de acuerdo porque les resta operatividad a principios que configuran verdaderos mandatos plenamente exigibles.

Repárese nada más en los trece principios generales de segundo grado enunciados por FINNIS para captar la importancia de atribuirles carácter vinculante y operativo en cualquier sistema jurídico orientado a la protección de los derechos fundamentales o humanos.

La formulación que elabora FINNIS de los principios de segundo grado comprende:

la privación forzada de los derechos de propiedad ha de ser compensada respecto del *damnum emergens* (pérdidas efectivas) y acaso también del *lucrum cessans* (pérdida de ganancias esperadas);

no hay responsabilidad por daños no intencionados, sin culpa (este principio se viola con la positivización de la responsabilidad objetiva);

no hay responsabilidad penal sin *mens rea*;

no se puede ir contra los actos propios (*estoppel*);

no cabe asistencia judicial para quien alega a su favor su propio ilícito;

el abuso de los derechos no está protegido;

el fraude lo anula todo;

los beneficios recibidos sin justificación a expensas de otro deben ser restituidos;

el *pacta sunt servanda*;

libertad para cambiar mediante acuerdo las relaciones jurídicas existentes;

la protección de los sujetos más débiles en la relación al estimar los efectos de los actos jurídicos (la teoría de la lesión);

el derecho a ser oído en las controversias;

nadie puede ser juez en su propia causa⁴⁸.

La mayoría de los principios generales antes enunciados han tenido recepción en el derecho positivo y constituyen mandatos exigibles. Desde luego que la lista de los principios generales no se agota con los principios de segundo grado que reconoce FINNIS y de ello damos cuenta en el curso de este trabajo.

Interesa señalar, asimismo, que FINNIS destaca la necesidad del imperio del derecho para poder sostener razonablemente que un determinado sistema

⁴⁵ *Ibidem*, p. 313.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 324.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 315.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 315.

jurídico está funcionando bien, en la medida que se cumplan los *desiderata* (valores deseables) que informan el Estado de Derecho o principio de legalidad⁴⁹ (gobierno de la ley y no de los hombres). Empero, entre los *desiderata* que selecciona hay algunos como la irretroactividad y el que no se impongan reglas de cumplimiento imposible⁵⁰ que consideramos configuran también principios generales del derecho.

IV. JERARQUÍA Y DIVERSIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

1. La constitucionalización de los principios y la problemática que plantea

En el campo de la filosofía del derecho y de la teoría general se ha ido afirmando en Europa la idea del paso de un Estado Legal al Estado Constitucional, cuestión que en la Argentina fue superada desde nuestros orígenes fundacionales, gracias a la adopción, en este punto del modelo norteamericano, basado en la supremacía de la Constitución (art. 31 CN) y en la consagración en ella de derechos y garantías.

No obstante, a raíz de la reforma de la Constitución en 1994, se plantean actualmente nuevas cuestiones en materia de interpretación constitucional, como aquellas que suscita la incorporación de los nuevos derechos y garantías en el plexo constitucional, particularmente lo concerniente a su grado de operatividad, el criterio para resolver los supuestos de colisión entre derechos o principios, los límites de los derechos y la competencia del legislador, la aplicación del *ius cogens* y el problema de la jerarquía de los tratados internacionales, que alguna doctrina sostiene que poseen de rango superior a la Constitución, cuando versan sobre derechos humanos, doctrina que ha sido seguida por la mayoría de la Corte en el caso “Simón”⁵¹.

En efecto, los tratados internacionales, tengan o no por objeto la regulación de garantías concernientes a los derechos humanos, poseen en el derecho público argentino, jerarquía constitucional subordinada a la propia Constitución pues aunque sean superiores a las leyes internas⁵², a tenor de lo prescripto en el art. 75 inc. 22 este precepto establece que “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁵³.

⁴⁹ Ibidem, p. 298.

⁵⁰ Ibidem, p. 299.

⁵¹ Fallos 328:2056.

⁵² VANOSSI, Jorge R. y DALLA VÍA, Alberto R., *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2000, p. 325.

⁵³ En el mismo sentido: GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional”, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2006, especialmente, p. 10 y ss.

En consecuencia, los principios, derechos y garantías que se encuentran en la primera parte de la Constitución (vgr. no hay delito sin ley previa, la inmutabilidad de la cosa juzgada, etc.) no pueden ser dejados de lado por la aplicación ni por la interpretación que se haga de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, porque son principios básicos y fundamentales de nuestro Estado de Derecho⁵⁴.

El riesgo que plantea el nuevo escenario constitucional reposa tanto en las interpretaciones rígidas y absolutas que se predicán como en la tendencia natural a seguir las modas de turno adoptadas como paradigmas revolucionarios (KHUN) aun cuando carezcan de una fundamentación apoyada en los principios generales del derecho y en una lógica argumental básica y, sobre todo, en la propia Constitución.

En este punto, interesa, especialmente, la distinción entre principios y derechos, en particular, los derechos fundamentales y/o derechos humanos, diferenciación que ciertos sectores doctrinarios rechazan en función de asignarle plena exigibilidad u operatividad a los principios, aun cuando se sostenga que algunos de los principios constituyan “mandatos de optimización”⁵⁵. Los principios son o están en el mundo jurídico mientras que los derechos (independientemente que se funden en principios o en otras fuentes como la ley o los contratos) se tienen o se ejercen⁵⁶ pues son facultades o poderes jurídicos. De ese modo, los principios, al ser mandatos (con operatividad directa o derivada, según el tipo de principio) generan el derecho a reclamar, ante la Administración y los jueces, su cumplimiento efectivo.

Los derechos pertenecen a un sujeto determinado y se poseen frente a toda la comunidad o al Estado o se ejercen de cara a sujetos determinados. Son los derechos subjetivos que una sistematización ius-filosófica y jurídica reciente ha descrito con nueve componentes, a saber: 1) sujeto titular del derecho subjetivo; 2) sujeto obligado a satisfacer el derecho subjetivo; 3) objeto del derecho subjetivo; 4) título o calidad atribuida al sujeto acreedor; 5) título o calidad atribuida al sujeto deudor; 6) circunstancias que tornen viable al derecho subjetivo; 7) posibilidad de reclamar la satisfacción del derecho subjetivo; 8) el bien que

⁵⁴ Véase: Disidencia del Juez FAYT en el caso “Simón, Julio Héctor y otros” (Fallos 328:2056), LL 2005-E-331 del 14/6/2005. En sentido similar: BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, “Acerca del equilibrio y control entre los poderes del Estado”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 1ª serie, 2ª época, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2008, vol. LIII-46, ps. 45-65 y BADENI, Gregorio, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, LL 2005-D-639 y ss. Al respecto, aun cuando se ha sostenido que los referidos tratados integran la constitución y que el juicio de su compatibilidad fue formulado por el constituyente, se ha puesto énfasis en la circunstancia (que implica un juicio constituyente expreso y terminante) de que no pueden derogar “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” (BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 318 y ss., especialmente p. 347).

⁵⁵ Tesis sostenida por Robert ALEXY en su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001 y en obras posteriores.

⁵⁶ *Vid* MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...*, cit., t. I, p. 88.

se satisface con el derecho subjetivo; y 9) fundamentos que justifican la existencia del derecho subjetivo⁵⁷.

Al respecto, se ha ensayado también un punto de partida para lograr una aproximación al concepto del derecho subjetivo, de acuerdo al lenguaje habitual sobre los derechos que utilizan las normas y los juristas. En esa línea, se considera que por “derechos” en sentido subjetivo debe entenderse “a ciertas posibilidades de exigir —en sentido deóntico— conductas o abstenciones de otros sujetos jurídicos que suponen en estos deberes y que remiten a una determinada justificación —o fundamentación— racional a través de un —o algunos— principios prácticos”⁵⁸.

Por nuestra parte, hemos dicho⁵⁹ —siguiendo la teoría tradicional— que el derecho subjetivo pertenece al género de los poderes jurídicos, categoría que actualmente no se distingue del interés legítimo, el cual es considerado como una situación jurídica de equivalente jerarquía y protección jurisdiccional similar a la que un sector de la doctrina española denomina “derecho reaccional”⁶⁰.

No hay que olvidar, por de pronto, que el núcleo fundante y básico para la realización de los derechos subjetivos se encuentra en la persona humana y en su condición y dignidad⁶¹ y que, por tanto, el derecho a la vida⁶², que representa la máxima protección en el ámbito de los derechos humanos, posee carácter absoluto.

Ahora bien, el derrumbe del sistema positivista ha potenciado cierta tensión entre los principios así como entre los derechos fundamentales y, actualmente, no se postula que todos posean el mismo valor jurídico ni similar protección. A su vez, la falta de un criterio objetivo aumenta el grado de su ponderación axiológica y existencial⁶³ para permitir su optimización por el legislador o el juez, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas lo que implica observar, en cualquier caso, el principio de proporcionalidad en sentido amplio (comprensivo de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁶⁴.

⁵⁷ VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005, ps. 232-233.

⁵⁸ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...* cit., t. I, p. 89.

⁵⁹ En nuestro *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 41 y ss.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 37 y ss.

⁶¹ PERELMAN Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 1ª ed. Civitas, Madrid, 1988, ps. 103-104, afirma la configuración del derecho relativo al respeto y dignidad de la persona humana como un principio general del derecho de las naciones civilizadas que abrió el movimiento hacia los principios a partir del proceso de Núremberg; véase, asimismo COVIELLO, Pedro José Jorge, “Los principios generales del Derecho frente a la ley y el reglamento en el derecho administrativo argentino”, en ReDA, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 1089.

⁶² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual...*, cit., p. 642 y ss.

⁶³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual...*, cit., p. 45.

⁶⁴ ALEXÝ, Robert, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios, Madrid, 2004, p. 80 y ss.

La colisión entre los principios generales o de los derechos fundamentales entre sí se parece presentarse, en algunas ocasiones, como inevitable. Tal es el caso de determinar como juega el derecho al medio ambiente sano y equilibrado frente al derecho de trabajar y al derecho de ejercer industria. No creemos que pueda determinarse *a priori* la prevalencia de un derecho sobre otro porque la interpretación constitucional o legal debe operar, analizando el contenido axiológico junto a las circunstancias económicas y sociales del caso así como a los derechos individuales y colectivos de las personas en juego. Se trata, nada más ni nada menos de acudir al principio de razonabilidad y a la interdicción de arbitrariedad como límites de la interpretación e integración constitucional o, si se prefiere acudir a la técnica que propone ALEXY, de aplicar la llamada ley o margen de ponderación.

Como se ha dicho, con acierto, no es posible concebir una teoría de los principios susceptible de configurar una jerarquía estricta entre ellos ni tampoco que haga posible elaborar un mínimo orden que facilite su aplicación en forma ponderada a los efectos de servir como “fundamento de las decisiones jurídicas”⁶⁵.

Otra cuestión de interés radica en establecer la posibilidad de establecer límites al ejercicio de los derechos fundamentales. En principio, el legislador está habilitado a hacerlo conforme al art. 14 de la CN que prescribe que los derechos se gozan de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio. Desde luego que reglamentar o limitar los derechos no implica degradarlos sino en hacer compatible su ejercicio con el interés público o bien común.

A la vez, la doctrina ha distinguido, entre límites intrínsecos y extrínsecos de los derechos humanos incluyendo entre estos últimos el derecho ajeno, la moral vigente (la moral pública de nuestro art. 19 de la CN), el orden público y el bien común⁶⁶, en sintonía con lo que proclama la Declaración Universal en su art. 29 inc. 2^o⁶⁷.

2. Principios fundamentales y principios institucionales o sectoriales

En un sentido distinto, una visión sobre los principios generales permite advertir dos clases diferenciadas en punto a su jerarquía y relaciones de contacto e interferencia. Así, puede verse que ciertos principios generales constituyen el basamento del edificio en que se asienta y fundamenta el ordenamiento jurídico en general, insertándose, particularmente, en la Constitución, aunque pueden existir también principios fundamentales que no se hayan incorporado, en for-

⁶⁵ ZACAGNINO, María Eugenia, “Teoría de la argumentación jurídica (III)”, en SACRISTÁN, Estela B. (dir.), *Manual de doctrina y jurisprudencia*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 735.

⁶⁶ FERNÁNDEZ SALGADO, F., *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 102, cit. por VIGO, Rodolfo L., en *De la ley...*, cit., p. 155.

⁶⁷ Que prescribe que la limitación será por ley y “para satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”.

ma positiva y expresa, a la Ley Fundamental (por ejemplo, el principio general de la buena fe).

Entre los principios fundamentales cabe incluir los que se vinculan o derivan del Estado de Derecho, con las adaptaciones que corresponden a cada país. Si, ante todo, un Estado de Derecho debe ser un Estado de Justicia⁶⁸, un lugar destacado entre los principios fundamentales le corresponde al de “afianzar la justicia”, tal como lo proclama con particular énfasis el Preámbulo de nuestra Constitución.

Otros principios fundamentales que se encuentran en la Constitución y que tienen particular relevancia en el derecho administrativo son los que surgen del Estado de Derecho basado en la separación de poderes y, consecuentemente, la interdicción que veda al Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN); el de supremacía constitucional (art. 31 CN); el de legalidad (que incluye la supremacía de los tratados de derechos humanos sobre las leyes en la medida que no conculquen artículo alguno de la primera parte de la Constitución — art. 75 inc. 22 CN—); los tratados de integración y del derecho derivado sobre las leyes en tanto se celebren en condiciones de reciprocidad e igualdad y respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75 inc. 23 CN); la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (que se desprende del art. 19 segunda parte CN) y el principio de razonabilidad (art. 28 CN). También en este núcleo fundamental de principios generales del derecho cabe incluir aquellos que se derivan del principio de justicia como el de la protección de la vida⁶⁹ y la dignidad personal, el principio de la tutela judicial efectiva que amplía la inviolabilidad de la defensa (art. 18 CN), el de buena fe⁷⁰, el del enriquecimiento sin causa, el de no dañar a terceros (*alterum non leadere*) y el de la confianza legítima⁷¹. La mayoría han sido reconocidos por la jurisprudencia⁷².

El cuadro de los principios generales se completa con aquellos que constituyen la clave de alguna institución o sector del derecho administrativo⁷³, como

⁶⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 438 y ss., sostiene que “el principio supremo de justicia” comprende el humanismo y la tolerancia y tiende a que cada persona disponga de la más amplia libertad que sea posible para desarrollar su personalidad. La expresión “Estado de Justicia” pertenece a DEL VECCHIO que si bien es considerada correcta por GOLDSCHMIDT prefiere referirse al “Régimen de Justicia”.

⁶⁹ Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 287.

⁷⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1989, p. 34 y ss.

⁷¹ COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 33 y ss.

⁷² Véase: COVIELLO, Pedro José Jorge, *Los principios generales...*, cit., ps. 1095-1098.

⁷³ En el mismo sentido: DANOS ORDOÑEZ, Jorge, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo Peruano”, en la obra colectiva *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2008, ps. 534-535.

son, por ejemplo, el de autotutela de los bienes del dominio público⁷⁴; la continuidad y regularidad de los servicios públicos⁷⁵; la especialidad de la competencia⁷⁶; el *ius variandi* en la contratación administrativa; la presunción de legitimidad del acto administrativo; la alegación de la propia torpeza para invalidar un acto administrativo a través de la acción de lesividad, etc. son algunos que forman parte de una lista tan extensa como *in fieri*, en virtud de la movilidad y transformación que han caracterizado al derecho administrativo en las distintas etapas de su evolución histórica⁷⁷. Entre ellos, cabe señalar la trascendencia que han adquirido los principios generales propios del procedimiento administrativo (vgr. eficacia, celeridad, imparcialidad, etc.)⁷⁸

En las instituciones —como bien se ha dicho— se opera “el encuentro de valores provenientes del derecho natural... con los resultados del pensamiento tópico sobre los problemas singulares cuya configuración como principios generales no puede desconocerse aun cuando no se impongan a todo el ordenamiento en virtud de la estructura tópica o discontinua de este último”⁷⁹.

Esta clase de principios institucionales constituyen una importantísima fuente en el campo del derecho administrativo, donde las relaciones jurídicas no se hallan tan tipificadas ni regidas por la ley, como en el derecho privado, abriendo nuevas perspectivas a la creación jurídica para responder a las situaciones concretas siempre cambiantes mediante formulaciones dotadas de estabilidad sobre la articulación de la conjunción de los valores superiores con la experiencia.

Los principios jurídicos, cuando están consagrados en el derecho positivo, pueden representar una formulación diversa y aun pueden tener prelación respecto a un principio más general del ordenamiento escrito. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el principio según el cual se permite a la Administración alegar su propia torpeza, promoviendo la respectiva acción de nulidad, el cual resulta totalmente opuesto al que rige en el derecho civil.

Un típico principio de esta índole es el de la competencia objetiva de los órganos administrativos que ha ido admitiendo interpretaciones progresivas, sin

⁷⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 320 y ss.

⁷⁵ Vid nuestro trabajo *La huelga en los servicios públicos esenciales*, Civitas, Madrid, 1993, ps. 49-50.

⁷⁶ COMADIRA, Julio R., *Acto Administrativo Municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 24 y nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, 8ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 253-254.

⁷⁷ Véase: CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, trad. del italiano, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 176 y ss.

⁷⁸ SARRIA OLCOS, Consuelo, *Los principios generales del derecho y el procedimiento administrativo en Colombia*, Juanta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña 2008, p. 141 y ss.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, ps. 64 y 66, especialmente nota 123.

relegar la idea organizativa de toda institución estatal ni los requisitos esenciales que caracterizan la aptitud de obrar de la Administración Pública.

Pero ¿qué relación existe entre los principios en caso de conflicto o concurrencia? Por de pronto, en esta materia se invierte la regla interpretativa que asigna prevalencia a lo especial sobre lo general pues la jerarquía que revisten los principios fundamentales se impone frente a los principios institucionales cuya observancia debe ajustarse a aquéllos. A su vez, en caso de confluencia de varios principios del mismo rango prevalece aquél que posea mayor dimensión de peso a la luz de la Constitución, interpretada en función del problema en juego (es decir, a través de la tópica) o bien, de la justicia material, si hubiera carencia histórica de normativa constitucional o legal. Finalmente, cuando los bienes a tutelar son *supra* individuales o indivisibles⁸⁰ la aptitud de los derechos colectivos para acceder a la justicia puede ser mayor que la correspondiente a los titulares de derechos individuales, en aquellos supuestos en que el legislador les asigne legitimación extraordinaria para actuar, en ejercicio de una acción pública o popular, como titulares de derechos colectivos en determinados sectores como el urbanismo, en el que la Administración y el Legislativo desenvuelven con mayor intensidad las distintas técnicas de intervención estatal⁸¹ que configuran y delimitan los derechos subjetivos de los particulares. Empero, ello no implica que la dimensión de peso sea mayor en relación al derecho sustancial que debe armonizar los diferentes criterios en juego en función de los principios constitucionales, los derechos colectivos, los subjetivos de naturaleza individual y los criterios de justicia aplicables al caso.

La recepción de los principios generales del derecho por el derecho administrativo obedece a orígenes diversos. Aparte del origen positivo o natural que puedan tener, según sea el caso, los principios generales del derecho, su recepción en el derecho administrativo se produce a partir de su reconocimiento tanto en la Constitución Nacional como en las Constituciones de las provincias.

En este ámbito, cabe incluir no sólo los principios positivos expresos de las constituciones⁸² sino los que surgen de un modo implícito e informal el res-

⁸⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Principios del Derecho Urbanístico Colombiano”, en la obra colectiva *Principios...*, cit., Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2008, p. 184.

⁸¹ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los Principios de la Organización del Urbanismo”, RAP nro. 87, Madrid, 1978, p. 302 y ss.

⁸² En este sentido pueden mencionarse, entre otros, los siguientes principios: la igualdad ante la ley (art. 16 CN); la intangibilidad de la propiedad privada y su sacrificio sólo por ley declarativa de utilidad pública (art. 17 CN); la inviolabilidad de la defensa (art. 18 CN); y el de que nadie se halla obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 CN), entre otros. Estos principios generales provenientes del derecho natural, se extienden, en algunos supuestos, al ámbito de las relaciones entre los particulares y la Administración (v.gr. la igualdad). Pero, en rigor de verdad, el principio general de igualdad ante la Administración, más que una proyección de la igualdad ante la ley, traduce el de igualdad jurídica por cuyo mérito sólo cabe admitir discriminaciones razonables (con respecto a los elementos que justifican la discriminación: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*,

pectivo ordenamiento constitucional⁸³, y los que a falta de regulación positiva se encuentran en el derecho natural, habida cuenta que uno de los principales objetivos del Preámbulo consiste en “afianzar la justicia”. Entre los principios que surgen, en forma implícita o virtual, de la Constitución, se encuentra el concerniente a la publicidad de los actos estatales como derivación del sistema republicano de gobierno por aplicación de los arts. 33 y 42 de la CN, en los que se funda el derecho a la vista de las actuaciones administrativas⁸⁴.

Otros provienen, en cambio, del derecho privado especialmente del Código Civil, muchas de cuyas disposiciones se encuentran inspiradas en el derecho romano⁸⁵ que, como es conocido, llegó a formular y reconocer los más trascendentes principios del derecho natural. En este marco y sin el propósito de agotar su mención, pueden señalarse el principio del enriquecimiento sin causa⁸⁶, el de la buena fe⁸⁷, el que estatuye que el objeto de los actos jurídicos no debe ser contrario a la moral ni a las buenas costumbres⁸⁸ o el que se refiere a la validez y exigibilidad de los pactos voluntariamente consentidos⁸⁹. Todos ellos han tenido recepción jurisprudencial.

San Pablo, 1978, ps. 53-54). Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1984, p. 221. Sobre el principio de inviolabilidad de la propiedad como garantía constitucional: GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *Garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1984, p. 139.

⁸³ Los principios que surgen de un modo implícito hallan también fundamento en la dignidad de la persona y en la razón natural. Como ejemplo del primer caso está el derecho a la vida y del segundo, el principio de la separación de los poderes que hace a la forma republicana de gobierno (art. 33 CN); véase: SAGUÉS, Néstor Pedro, “Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1985, p. 7 y ss. y BREWER CARÍAS, Allan R., *Derecho Administrativo*, Caracas, 1975, p. 211 y ss.

⁸⁴ MONTI, Laura, “Limitaciones a la vista de las actuaciones administrativas”, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 131.

⁸⁵ Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 275.

⁸⁶ El principio del enriquecimiento sin causa aparece reconocido en forma constante, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto en las relaciones de derecho privado como en las de derecho público (v.g. Fallos 279:76). En la doctrina nacional: ABAD HERNANDO, Jesús L., *Estudios de Derecho Administrativo*, Mendoza, 1985, p. 77.

⁸⁷ Código Civil, art. 198; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 26 y ss.; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 270, especialmente nota 29, donde puntualiza que la vigencia del principio por el que la Administración pueda alegar su propia torpeza no impide a ésta aplicar la doctrina de los propios actos, habida cuenta las diferentes finalidades que persiguen ambos principios; el primero, la sanción del acto irregular; el segundo, la protección de la buena fe, la seguridad jurídica, la estabilidad y confianza en los negocios. Por su parte, la doctrina de los actos propios se ha considerado que constituye una derivación necesaria e inmediata del principio de buena fe (Conf. MORELLO, Augusto M. y STIGLIZ, Rubén S., “La doctrina del propio acto”, LL 1984-A-865).

⁸⁸ Código Civil, art. 953; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 279, apunta que una regla jurídica carente de contenido moral constituiría un sarcasmo.

⁸⁹ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., p. 108; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. III-A, p. 440; art. 1197 CC.

Por otro lado, existen principios generales incorporados al Código Civil — como el de la responsabilidad por la actividad ilegítima— que pueden encontrar como primer fundamento positivo principios de raigambre constitucional inherentes al Estado de Derecho⁹⁰; tal es lo que acontece con el principio de la responsabilidad del Estado y sus entidades, en cuya construcción el derecho administrativo amplía el criterio privatista desde tres ángulos distintos, a saber: a) en cuanto admite —como regla general y exclusiva— una responsabilidad directa y objetiva que desplaza la idea de culpa; b) en lo que concierne al reconocimiento, como regla general, de la responsabilidad por actividad estatal legítima y c) en la admisión de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y judicial.

En otro plano, el de la actividad sancionatoria de la Administración Pública (cuando ejerce la función de policía) rigen, con las necesarias adaptaciones que requiere la materia administrativa, los principios generales del derecho penal sustantivo, prescriptos en el Derecho Penal. En este sentido, los clásicos principios del derecho penal poseen vigencia en el derecho administrativo, como el de que los hechos punibles y las penas a aplicar deben hallarse previstos en la ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁹¹ y el principio *non bis in eadem*⁹².

A su vez, el derecho internacional constituye también un manantial inagotable de principios generales del derecho en virtud de lo prescripto en la cláusula constitucional que atribuye a los tratados internacionales la aptitud de ser fuentes del ordenamiento⁹³. Tal es lo que acontece —por ejemplo— con el derecho a una tutela judicial efectiva establecido en el Pacto de San José de Costa Rica que ha derogado el principio *solve et repete*⁹⁴ como las vallas y ápices formales establecidas para el acceso a la instancia judicial⁹⁵.

⁹⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, ps. 699-702.

⁹¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió este principio en la causa “Raúl Oscar Mouviel y otros”, Fallos 337:636.

⁹² Conf. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, trad. del francés, Madrid, 1976, p. 233.

⁹³ Art. 31 CN, sobre la operatividad de los tratados en el derecho argentino y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: VANOSSI, Jorge Reynaldo A., *Régimen constitucional de los Tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969, p. 179 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 338.

⁹⁴ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, consideró que la regla que postula en el ordenamiento interno el principio *solve et repete* ha sido derogada por el Pacto de San José de Costa Rica, con fundamento en lo prescripto en el art. 8º, párrafo 1º de dicho tratado, ratificado por Ley 23.054 (caso “Telesud SA”, LL 1987-A-327). Se ha sostenido también el principio contenido en el art. 25, inc. 1º, del citado pacto es directamente operativo “aún en aquellos países que no tuvieran el recurso judicial a que él hace referencia”. Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidas en el Pacto San José de Costa Rica”, LL 1987-B-263 y del mismo autor *Temas de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1987, p. 19 y ss.

⁹⁵ Es el caso de las prescripciones del art. 2º de la ley 16.986 que limitan la admisibilidad de la acción de amparo. Sobre este punto: SAGÜÉS, Néstor P., *Ley de Amparo*, Buenos Aires, 1979, p. 139 y ss.

El último grupo de principios generales del derecho está constituido por los que provienen de las propias instituciones administrativas muchos de los cuales no han sido incorporados en la legislación positiva. Reconocido por la doctrina —y en algunos casos por la jurisprudencia— este grupo se integra con dos vertientes no necesariamente opuestas, según que se originen en la naturaleza de las respectivas instituciones o en el establecimiento de principios peculiares que implican una derogación especial de principios más generales del derecho.

En rigor de verdad, en estos supuestos, más que de principios generales del derecho en el derecho administrativo se trata de principios generales propios del derecho administrativo, en el sentido de que su especialidad y fundamento institucional no permite extenderlos a todas las ramas del derecho, particularmente al derecho privado.

Pertencen a este grupo una gama considerable de principios generales del derecho administrativo y sin pretender establecer una nómina completa ni taxativa pueden ubicarse en este sector el principio de la continuidad de los servicios públicos⁹⁶, el del paralelismo de las competencias⁹⁷, el estado de necesidad para fundamentar el dictado de reglamentaciones de urgencia⁹⁸, el que prescribe que en los contratos administrativos de atribución toda duda debe interpretarse a favor del contratista particular —a la inversa de los contratos de colaboración⁹⁹—, la autotutela coactiva en la protección del dominio público¹⁰⁰, la creación de obligaciones por acto administrativo unilateral¹⁰¹, la irrevocabilidad de los actos

⁹⁶ RIVERO, Jean, “Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo, RAP nro. 6, p. 295. Este jurista sostiene que hay un “grupo de principios que el Consejo de Estado extrae del análisis de las realidades ‘de la naturaleza de las cosas...’ y agrega que ‘es propio de la naturaleza del servicio público funcionar sin interrupción, deduciéndose así el principio de la continuidad del servicio público’”. *Vid* también: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1955, ps. 466-467; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, ps. 206-208, entre otros. En el derecho colombiano, VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Bogotá, 1985, p. 206.

⁹⁷ Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. III-A, p. 406.

⁹⁸ Sobre el estado de necesidad en el derecho público constitucional y administrativo se ha dicho que los actos que realiza el poder público en tales casos no pueden lesionar una garantía constitucional si no se compensa esa garantía con otra. (BIELSA, Rafael, “El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y al derecho administrativo”, *Anuario del Instituto de Derecho Público*, Rosario, 1940, p. 125 y ss.).

⁹⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. III-A, ps. 618-619; CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno a la figura del contrato administrativo”, en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 85-86.

¹⁰⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 271 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 98.

¹⁰¹ LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, cit., t. I, p. 282 y ss.; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, París, 1968, p. 88 y ss.

administrativos creadores de derechos subjetivos¹⁰² y la necesidad de motivar los actos que afecten los derechos e intereses individuales o colectivos¹⁰³, el informalismo¹⁰⁴ y el silencio administrativo¹⁰⁵, ambos en favor de los particulares, junto a la presunción de legitimidad y al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos¹⁰⁶, una de cuyas consecuencias principales radica en la regla general de no suspensión de los recursos que se interponen en sede administrativa¹⁰⁷.

3. Los principios generales son fuentes formales y materiales: su grado de prelación

La clásica distinción entre fuentes formales y materiales¹⁰⁸ que efectuara la doctrina de este siglo dio origen a una clasificación que, según CUETO RÚA, ha

¹⁰² Conf. JEANNEAU, Benoit, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, p. 99 y ss. Este principio reconocido por la doctrina y la jurisprudencia fue incorporado al derecho positivo por el art. 17 de la ley 19.549, reformada por la ley 21.686; al respecto véase: ESTRADA, Juan Ramón de, "La primera reforma a la ley de procedimientos administrativos", en *Revista Legislación Argentina*, t. 1978, p. 951/954.

¹⁰³ VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, cit., p. 232.

¹⁰⁴ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Macchi, Buenos Aires, 1980, cap. XVII y ss.; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1985, ps. 27-29; DROMI, José Roberto, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1986, p. 78.

¹⁰⁵ Véase: MUÑOZ, Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, 1982, p. 114; GRECCO, Carlos M., "Sobre el silencio de la Administración", LL 1980-C-777; FRANCO, Sobrinho Manoel de Oliveira, *Curso de Direito Administrativo*, San Pablo, 1967, ps. 157-158.

¹⁰⁶ Art. 12, ley 19.549; BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, ps. 158-159.

¹⁰⁷ CANDA, Fabián Omar, "La suspensión del acto administrativo estable", en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 106 y ss.

¹⁰⁸ CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 25, precisa que "el pensamiento rector parece haber sido el de considerar fuentes formales sólo a las normas jurídicas generales mediante las que se establecen obligaciones emanadas de autoridad competente y en las que se puede subsumir lógicamente a las normas de inferior jerarquía normativa. En este sentido fuente formal es sinónimo de 'normatividad general' agregando que 'la ley sería fuente formal' porque ella expresa conceptualmente una imputación general elaborada por personas (los legisladores) a quienes el grupo social ha confiado tal tarea; y también lo sería el costumbre porque del comportamiento repetido por los integrantes de un determinado grupo social, se extraen por los órganos del grupo social, normas generales. Según la teoría tradicional, la jurisprudencia sólo sería fuente formal en el caso que el ordenamiento jurídico vigente en la respectiva comunidad, le atribuyera el carácter de obligatoria. En este caso, los jueces, por delegación, pasarían a asumir una especie de facultad legislativa. En cuanto a la doctrina sólo en muy raras ocasiones podría ser considerada como fuente formal del Derecho. El ejemplo histórico más importante se encontraría en el Derecho Romano, respecto de los juristas a quienes el Emperador concedió el *ius respondendi ex auctoritate principis*, es decir, el privilegio de hablar de manera obligatoria. Según lo sostienen distinguidos romanistas, las opiniones de esos juristas adquirirían fuerza normativa, por virtud de la disposición imperial que les había reconocido dicha potestad".

creado y sigue creando graves dificultades teóricas en virtud de que las fuentes del derecho exhiben una estructura formal-material, cuya complejidad participa de la naturaleza del fenómeno jurídico¹⁰⁹.

De esa peculiaridad participan también los principios generales del derecho, los que, mientras no estén legislados formalmente, permanecen como fuentes materiales sin dejar de gravitar, no obstante, en todo el ordenamiento.

Pero su vigencia como fuentes no depende de su recepción formal por el ordenamiento positivo puesto que constituyen el fundamento de las demás fuentes del derecho. Por lo tanto, los principios generales del derecho, aun los no legislados, tienen primacía tanto sobre las normas legales y reglamentarias, al igual que sobre la costumbre y la jurisprudencia. En el derecho civil, dado su desarrollo legislativo y la circunstancia de haberse convertido la mayor parte de los principios de derecho natural en derecho positivo, aquella consecuencia no aparece tan palmaria pero, en el derecho público, donde es común que el juez y el órgano administrativo apliquen principios no escritos para resolver un conflicto determinado, la cuestión se ve con mayor claridad.

En efecto, desde la separación de los poderes, hasta el principio de indelegabilidad singular de los reglamentos, la autotutela en materia de dominio público, la continuidad de los servicios públicos y la igualdad en la licitación pública, todos ellos constituyen principios generales del derecho administrativo y aunque no se encontraban expresamente incorporados en todos los casos al derecho positivo, han tenido plena acogida por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

V. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO

I. Distintas funciones que cumplen los principios generales

Los principios generales del derecho cumplen funciones distintas, pero articuladas entre sí. Esas funciones se refieren a su esencia ontológica, a su valor preceptivo o a su alcance cognoscitivo¹¹⁰, ya sea para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas.

Esas funciones de los principios jurídicos generales, que no hay que confundir con los principios lógicos de la ciencia (los que poseen valor meramente

¹⁰⁹ CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, cit., ps. 25-26. Por su parte, sostiene LINARES que cuando los principios generales del derecho “son utilizados por órganos del Estado, en sus decisiones constituyen estándares incorporados como fuente formal a las sentencias, actos administrativos y leyes. Pero antes de que eso ocurra, siguen el proceso consistente en una primera etapa en la cual son sólo opiniones doctrinarias individuales; y luego, en una segunda etapa —que puede o no darse— de materia de opinión pública jurídica, profesada por el jurista medio. Como tales esos principios son —en esta etapa— fuente material de derecho” (conf. LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 37).

¹¹⁰ *Vid* VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del Derecho”, JA 1986-III-860.

instrumental y sirven para conocer la realidad jurídica)¹¹¹, se llevan a cabo según que se acuda a ellos como fundamento, interpretación o integración del orden jurídico.

En un sentido ontológico, los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido¹¹². Por ese motivo, no puede concebirse que una norma legal los contravenga pues ellos existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial¹¹³, no obstante ser la jurisprudencia una de las fuentes más importantes de su manifestación¹¹⁴ externa. Un supuesto de incompatibilidad entre una norma y los principios generales, es la disposición que prescribe la garantía de impugnación en los procesos licitatorios que conculca gravemente principios fundamentales del procedimiento administrativo como el debido proceso adjetivo, entre otros¹¹⁵.

A su vez, funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas¹¹⁶. De esta función de los principios jurídicos generales GONZÁLEZ PÉREZ¹¹⁷, siguiendo a un sector de la doctrina española, extrae tres reglas fundamentales:

a) las indeterminaciones de las normas que surjan a raíz de las diferentes posibilidades que plantea la aplicación normativa han de resolverse de la manera más acorde con el principio¹¹⁸;

b) se impone la interpretación extensiva “si la disposición se expresa en términos excesivamente restringidos y ha de ampliarse la letra de la ley hasta contemplar todos los supuestos que el principio exige; mientras que la interpretación será restrictiva si la disposición se expresa en términos excesivamente

¹¹¹ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1989, p. 57.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, p. 67.

¹¹³ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El método en el Derecho Administrativo”, RAP, nro. 22, p. 55.

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 71.

¹¹⁵ Ampliar en DRUETTA, Ricardo T., “Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante. Su incompatibilidad con los principios fundamentales del procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 1998, p. 23 y ss. Por ejemplo, el art. 99 de la ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires prevé la mencionada garantía de impugnación.

¹¹⁶ Véase: SENDÍN GARCÍA, Miguel Angel, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo español”, *Actas del VII Foro Iberoamericano...*, cit., ps. 435-437.

¹¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

¹¹⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, 1975, p. 122 y ss., cit. por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

amplios y es necesario reducir el alcance de la letra del texto hasta que comprenda sólo los que sean coherentes con el principio¹¹⁹;

c) debe rechazarse toda interpretación que conduzca a una consecuencia que contradiga directa o indirectamente al principio¹²⁰.

Finalmente, los principios cumplen la función de integrar el ordenamiento jurídico frente a la carencia de normas que rigen la cuestión conforme lo prescribe, entre nosotros, el art. 16 del Código Civil, precepto éste que resulta directamente aplicable al derecho administrativo.

En el campo del derecho administrativo esas funciones de los principios no se limitan al ámbito de la interpretación e integración del derecho, sino que ellos obran muchas veces como verdaderas garantías que pueden invocar los particulares frente al Estado.

Y así como existen principios que se estatuyen siempre a favor de los particulares o administrados —tales como el informalismo o el silencio administrativo— hay otros en que su núcleo central reside en la protección del interés público, en forma prevaleciente, como ocurre con la autotutela de los bienes del dominio público.

2. Los principios generales como garantías jurídicas

Ciertos principios cumplen no ya la forma de compensar la desigualdad que trasunta la posición jurídica del particular en relación al Estado, sino que implican medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de los poderes públicos que suelen lamentablemente matizar y caracterizar el obrar estatal.

En ese sentido se encuentran, entre otros, el que traduce la instrumentación del debido proceso adjetivo, el principio por el que toda privación de la propiedad sólo puede llevarse a cabo mediante ley declarativa de utilidad pública, junto a la protección de los demás derechos individuales (v.g. la libertad y la igualdad) cuya vigencia se asegura por otros principios, como el de la separación e independencia de cada uno de los poderes que componen el poder estatal, técnicas que, en definitiva, configuran auténticas garantías de los particulares frente al Estado.

3. Los principios generales como límites al ejercicio del poder reglamentario

Los principios generales del derecho operan también como límites al poder reglamentario por parte de la Administración cuyo ejercicio debe ajustarse

¹¹⁹ DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, t. I, p. 473 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

¹²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 102; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

a ellos. La compatibilidad entre los reglamentos y los principios generales del derecho, obedece a que siendo éstos causa o fuente del ordenamiento su violación tornaría ilegítima cualquier norma general que emita la Administración, ya se trate de reglamentos de ejecución, autónomos, delegados o de necesidad y urgencia, los cuales se hallarían en tales supuestos, viciados en su elemento objeto¹²¹, pues, como ha sostenido el Consejo de Estado francés, un reglamento que conculca un principio configura el mismo tipo de invalidez que la violación de la ley¹²².

Esto es así, por cuanto los principios integran el bloque de legitimidad que pertenece al orden público administrativo, cuyo apartamiento por parte de la Administración provoca una nulidad absoluta, siendo ésta, por otra parte, la solución que expresamente consagra la ley nacional de procedimientos administrativos, al sancionar las consecuencias de la violación de la ley¹²³.

Una consideración aparte merece lo concerniente a la potestad de emitir actos administrativos que no sólo se encuentra limitada por las leyes y los principios generales del derecho sino por los propios actos de alcance general que produce la Administración en ejercicio de su poder reglamentario. Es lo que se denomina la inderogabilidad singular del reglamento.

La raigambre de este principio no escrito en el derecho europeo, anterior a la Revolución Francesa, ha sido suficientemente demostrada por la doctrina administrativa contemporánea¹²⁴ y se contraponen con los criterios constitucionales que, fundados en la concepción de la soberanía del poder legislativo, admiten con amplitud la legalidad de las leyes especiales o particulares respecto de las que revisten mayor generalidad¹²⁵, aún respecto de leyes que no son tales en sentido material.

¹²¹ Sobre el vicio en el objeto nos remitimos a: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 300; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, cit., t. II, 8ª ed., p. 194; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, p. 317.

¹²² Conf. RIVERO, Jean, "Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo", RAP nro. 6, p. 296.

¹²³ Ley 19.549, art. 14 inc. b); para HUTCHINSON "este vicio provoca la nulidad del respectivo acto" (*La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 332) por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha aplicado también igual interpretación (véase el caso "Rodríguez Blanco de Serrao, I. C.", LL 1982-D-633).

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, p. 271 y ss.

¹²⁵ La jurisprudencia de la Corte Suprema ha admitido la subsistencia de leyes especiales anteriores y posteriores al dictado de una ley de mayor generalidad en tanto sus disposiciones no repugnen ni sean incompatibles con las de esta última (Fallos 202:48). Sin embargo, una ley especial que estableciera una excepción singular para una persona determinada o un grupo de personas alteraría el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) por cuya causa sería inconstitucional.

La doctrina del derecho constitucional no ha avanzado mucho en la fundamentación de tal principio que altera las relaciones que deben existir en el derecho, entre lo general y lo particular en detrimento del principio de igualdad que más que igualdad ante la ley es una aplicación parcial de la igualdad jurídica. De aceptarse su legitimidad ello implicaría postular las concepcio-

Su fundamento se conecta, sin duda, con el principio general de igualdad jurídica, que no se circunscribe solamente a la igualdad ante la ley que prescribe la Constitución (art. 16 CN) sino que se proyecta ante la Administración, ya sea respecto a las normas generales y objetivas como a los actos administrativos concretos creadores de situaciones jurídicas subjetivas y, no obstante no hallarse incorporado al derecho positivo, su aceptación ha sido plena en sede administrativa por la gravitación que han tenido los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que lo acogieron¹²⁶.

4. *La extensión del deber de resolver se extiende a la Administración*

La naturaleza eminentemente práctica del derecho y su adherencia a la vida revelan por el hecho de que “no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta”¹²⁷.

Nuestro ordenamiento, al igual que muchos, capta el sentido de esa exigencia de la razón práctica al prohibir a los jueces “dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”¹²⁸ señalando también las fuentes a que se ha de acudir cuando una cuestión no pudiese resolverse por el texto literal o por el fin de la ley¹²⁹.

Este deber de resolver —que es un verdadero principio general aplicable a todas las ramas del derecho— se extiende, además de los jueces, a los funcionarios públicos frente a las peticiones, reclamos y recursos que interpongan los administrados. Aparte de la posibilidad de aplicar este principio inserto en los títulos preliminares del Código Civil (cuyo alcance no se circunscribe al derecho privado), el legislador lo ha consagrado en dos oportunidades, ambas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. La primera, articulando dentro del debido proceso adjetivo el derecho a una decisión fundada, el cual presupone el deber de resolver¹³⁰, y la segunda, cuando tipifica el proceso de amparo por mora

nes más absolutistas en materia de soberanía (reemplazando sólo a los titulares del poder) lo cual no sólo conculcaría dicha igualdad sino la separación de los poderes, que es el eje de los sistemas constitucionales modernos.

¹²⁶ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 34:201; 87:145; 97:241; 100:191; 102:213 y 114:495, este último publicado en la Revista Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, nro. 4, p. 84.

¹²⁷ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., p. 41. Observa este autor (nota 1, p. 41) que esto no acontece por “megalomanía jurídica” sino fundamentalmente “por necesidad práctica que cada uno siente de coordinar en cierto modo su actuación propia con la de los demás. En esto consiste esencialmente el Derecho; y un Derecho que resolviendo algunos casos de la vida, se mostrara incapaz de resolver los demás, se anularía *ipso facto* a sí mismo, puesto que resultaría inferior a su función, que consiste precisamente en establecer un orden entre los seres que viven juntos (*hominis ad hominem proportio*).

¹²⁸ Art. 15, Código Civil.

¹²⁹ Art. 16, Código Civil.

¹³⁰ Ley 19.549, art. 1º, inc. f), ap. 3º; entre nosotros, MUÑOZ considera, con razón, que el deber jurídico de resolver de la Administración, se funda también en lo prescripto en el art. 7º

de la Administración que habilita al particular, en los casos en que “la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados —y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediera de lo razonable— sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado” a demandar judicialmente a la Administración para que los jueces ordenen a ésta que “despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca...”¹³¹.

El cumplimiento del deber de resolver está íntimamente conectado con el reconocimiento, por parte del Código Civil, de los principios generales como fuente del derecho administrativo, y si bien, con cierto sentido práctico, se ha dicho que se trata de una fuente de naturaleza subsidiaria¹³², la circunstancia de constituir una fuente residual, cuando se agotan las posibilidades de aplicación de las normas y principios del derecho positivo y la congruencia que debe haber con los principios¹³³, hace que éstos constituyan una fuente autónoma —en algunas circunstancias separable del derecho escrito—, habida cuenta que son el fundamento de todo el ordenamiento.

Por otro lado, cabe advertir que la locución “principios generales del derecho” que el codificador utiliza en el art. 16 del Código Civil, ha sido objeto de controversias doctrinarias en cuanto a su significado y alcance al prescribir que:

inc. c) de la citada ley, conforme al cual se deben resolver todas las peticiones formuladas (“Silencio de la administración”, Buenos Aires, 1982, p. 66). En la misma línea cabe mencionar un trabajo anterior de GRECCO que sostiene que el silencio administrativo se conecta con el derecho público de petición (“Sobre el silencio de la Administración”, LL 1980-C-1977).

¹³¹ El art. 28 de la ley 19.549 (con las modificaciones introducidas por la ley 21.686) prescribe que: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden, si correspondiere, para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.

¹³² GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1980, p. 330; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 76.

¹³³ Según Busso —por ejemplo— son los principios fundamentales de la legislación positiva, que aunque no se hallan escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de la norma legislativa (conf. BUSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1944, p. 155). A su vez, Borda considera que el espíritu de la legislación a que hace referencia la primera parte del art. 16 expresa la idea de los principios que informan la legislación y que al establecer la remisión final a los principios generales del Derecho el codificador “ha querido dar una solución para todo caso que pueda plantearse y previendo la posibilidad de que algunos de ellos no hallaren respuesta en la ley, ha remitido al Juez una norma que abarcase todos, absolutamente todos, los casos posibles” (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, p. 92) criterio que comparte también LLAMBÍAS (*Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, 6ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 116).

“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

La primera parte de este artículo se refiere a la finalidad de las normas y a los principios que informan la legislación, expresos o por extensión, porque la remisión al “espíritu de la ley” abarca tanto las normas como los principios positivos, aun cuando éstos provengan del derecho natural.

En cambio, en la última parte del precepto, luego de remitir a la aplicación de los principios de las leyes análogas —que también son principios positivos— agrega que “si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

En la fórmula utilizada por el codificador, que tienen como fuente el art. 7° del Código de Austria, no cabe duda de que los principios generales del derecho son los que surgen del derecho natural y en ese sentido, éstos vienen a cumplir la función de integrar el ordenamiento jurídico.

Esto no desmerece la función principal y primaria que llevan a cabo los principios como base de todo el ordenamiento aun cuando pueda suponerse que carece de sentido la función supletoria que, por otra parte, se les asigna.

Sin embargo, dado que el derecho natural aparece con una mayor indeterminación que el derecho positivo¹³⁴, por más que históricamente se haya volcado de un modo formal a otros derechos como el romano es que, partiendo de la idea de un ordenamiento positivo compatible con el derecho natural, debe otorgarse prevalencia a las determinaciones positivas. La mención final “a las circunstancias del caso” que prescribe el art. 16 del Código Civil parece remitir a un juicio de equidad¹³⁵, aunque una interpretación dinámica o reinterpretación de la fórmula da pie para introducir el razonamiento proveniente de la tópica, al que antes nos hemos referido.

VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL CAMPO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. Diferentes clases de interpretación

Como la interpretación normativa es siempre dinámica, en el supuesto de que existan discrepancias entre el sentido gramatical y el lógico de las normas

¹³⁴ Se ha dicho que “el derecho positivo es necesario para concretar, determinar y reforzar coactivamente al derecho natural (MONTEJANO, Bernardino [h.], *Curso de Derecho Natural*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 260).

¹³⁵ Conf. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, cit., t. I, p. 117. La equidad se vincula con el equilibrio y la proporcionalidad de las cosas y prestaciones; véase al respecto: RIVERO Y SERN, Enrique y FERNANDO PABLO, Marcos Matías, “Derecho Administrativo y equidad”, *Actas del VII Foro Iberoamericano...*, cit., p. 351.

(que comprende el análisis de la télesis en virtud de los antecedentes, la ocasión y la función social que ellas desempeñan en la actualidad) se acude a la adaptación de aquéllas mediante la sustitución o limitación de sus conceptos lingüísticos (interpretación restrictiva) o su ampliación (interpretación extensiva) con el objeto de realizar la adaptación de la letra al fin normativo.

Ahora bien, como es un hecho evidente que el ordenamiento positivo presenta lagunas, la idea ficticia de la plenitud del derecho puede cobrar vida sobre la base de la integración que, en definitiva, orientan los principios generales del derecho natural supliendo la carencia normativa. Lo cierto es que, si existe en el ordenamiento positivo otra norma similar que haga posible la auto integración, hay que acudir primero a la analogía¹³⁶.

Hay dos formas diferentes de analogía según que se trate de integrar la ausencia de una fuente formal utilizando una norma destinada a regir otro supuesto similar (*analogía legis*) o bien, cuando se apliquen por entero o en bloque determinadas materias a otras no reguladas (*analogía iuris*)¹³⁷.

Las características propias del derecho administrativo, como rama no codificada con una incesante mutabilidad y falta de previsión de la ley para abarcar los problemas que plantea el obrar administrativo, conducen a asignarle a la analogía, como procedimiento de integración de las normas, un papel de mayor relevancia que en el derecho privado.

Sin embargo, es necesario distinguir la analogía de la denominada supletoriedad o subsidiariedad. La primera presupone una carencia histórica de norma aplicable al caso e implica la realización de un proceso previo de adaptación e integración con los principios que rigen cada materia o institución. En cambio, la aplicación subsidiaria o supletoria no supone propiamente una carencia normativa, ya que la falta aparente de una norma se cubre con la aplicación de otra por imperio de la ley.

A su vez, como la carencia normativa conduce casi siempre a cubrir el vacío legal con un principio general, no hay que perder de vista que la forma de aplicación de un principio (donde no cabe la posibilidad de un proceso de subsunción) es la ponderación¹³⁸.

¹³⁶ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, p. 254 y ss., especialmente p. 299; en el derecho administrativo nacional: REVIDATTI, Gustavo A., *Derecho Administrativo*, t. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, p. 227.

¹³⁷ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, cit., ps. 296-297; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 213, nota 172. El concepto de *analogía iuris* que se utiliza en el texto es distinto al adoptado por gran parte de la doctrina, cuya crítica hiciera DEL VECCHIO, ya que de la *analogía iuris* no pueden inducirse los principios generales, pues ella tiende siempre a lo particular yendo de lo particular a lo particular semejante o coordinado, pero nunca a lo general (conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., p. 57; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, p. 516).

¹³⁸ ZACAGNINO, María Eugenia, "Teoría de la argumentación..." cit., p. 735, con fundamento en la obra de ALEXY apunta que los principios son "mandatos de optimización que se caracterizan por ser cumplidos en diversos grados" (aunque para nosotros hay algunos mandatos

2. La analogía y los principios generales del derecho

La analogía, como técnica de interpretación que es, se encuentra subordinada a los principios generales del derecho, dado que ni por un proceso de “generalización creciente” ni por una estricta aplicación analógica es posible construir verdades generales.

El método para descubrir los principios generales del derecho no puede consistir “en ascender, por vía de abstracción de las disposiciones particulares de la ley a determinaciones cada vez más amplias; continuando en esta ‘generalización creciente’ hasta llegar a comprender en la esfera del derecho positivo el caso dudoso”¹³⁹ pues, al proceder de ese modo, más que hallar los principios generales del derecho se corre el riesgo de elaborar principios sin conexión necesaria con la causa del derecho e, inclusive, contrarios al derecho positivo o a la solución analógica del caso.

Por lo demás, la imprecisión del método de la generalización creciente conduce al peligro de que se incurra en la llamada *aequitas cerebrina* esto es, el arbitrio judicial ejercido en forma contraria a la ley¹⁴⁰.

En cambio, la analogía, en su recto sentido y ante la ausencia de norma aplicable, es el método de interpretación al que hay que acudir primero para hallar la solución particular para el caso y ello no sólo por imperio de lo dispuesto en el Código Civil sino por un principio lógico y racional de interpretación jurídica que conduce a integrar el vacío que presenta la norma con lo prescripto para supuestos similares o afines siempre que la *ratio legis* pueda extenderse en función de la naturaleza de la materia o institución.

Pero esto es una cosa bien distinta que afirmar que los principios generales del derecho son los que derivan de la analogía¹⁴¹ ya que este procedimiento no

que son directamente exigibles sin opción para su inaplicabilidad, por ejemplo, los que derivan del derecho a la vida); véase también ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 174.

¹³⁹ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 51.

¹⁴⁰ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 52. No comparto sin embargo, la interpretación que formula en este punto sobre el principio de la separación de los poderes en el sentido de que la función de los jueces se encuentra subordinada a la legislativa, porque cada poder es independiente y supremo en su esfera, sin perjuicio de las obvias relaciones de armonía y colaboración que deben reinar entre los poderes fundamentales del Estado. Con un alcance estricto, los jueces no crean derecho como los legisladores, pues ellos formulan el ordenamiento positivo pero tampoco su papel se limita al de meros órganos de aplicación e interpretación de las leyes, dado que están obligados a fallar, aun en los supuestos de carencia normativa. En estos casos, al acudir a los principios generales del derecho, la aplicación de éstos con fundamento primero en el derecho positivo y último, en el derecho natural, proceden como órganos que crean derecho.

¹⁴¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 516.

es idóneo para descubrir una verdad general pues —como se ha dicho— va de lo particular a lo particular coordinado, en sentido opuesto a la inducción¹⁴².

De ese modo, no obstante el trascendente papel que cumple la analogía en el ámbito del derecho administrativo, ella debe ajustarse a los principios generales que rigen en el derecho público compatibilizando, en primer término, la aplicación de la norma similar o afín con los principios que rigen cada institución y culminando con los principios básicos o fundamentales del ordenamiento administrativo, ya sea que reconozcan su origen en el derecho administrativo, ya sea que provengan del derecho positivo o natural.

En tal sentido, el principio general del derecho civil, que prescribe que nadie puede alegar su propia torpeza, cede frente al más específico del derecho administrativo que permite a la Administración demandar la nulidad de sus propios actos¹⁴³.

Sin embargo, la incompatibilidad no implica desplazar la aplicación analógica de un principio general del derecho contenido en otra ley, tal como acontece con el principio general de la buena fe establecido en el Código Civil¹⁴⁴, el cual resulta aplicable también a los contratos que celebre la Administración y, a la materia administrativa, como lo ha demostrado la doctrina española¹⁴⁵, ya que la buena fe es exigible en todas las relaciones que vinculan a la Autoridad con los particulares¹⁴⁶.

3. *El sometimiento de la Administración a la ley y al derecho*

El sometimiento de la Administración a la ley y al derecho es un postulado que deriva de la concepción de la separación de los poderes y del principio de legalidad propio del Estado de Derecho o Estado de Justicia.

Consagrado expresamente en dos constituciones europeas (como la alemana que se sancionó al culminar la Segunda Guerra Mundial y la española de 1978), el postulado está lejos de someter absolutamente a la Administración al Poder Legislativo, como aconteció en las primeras constituciones francesas, sino que traduce el sometimiento a las leyes sancionadas por los representantes del pueblo pero también al derecho, es decir, a la justicia¹⁴⁷.

¹⁴² Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 56, apunta que esta doctrina, común en lógica, tiene raíz aristotélica.

¹⁴³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 183; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1968, ps. 360-361.

¹⁴⁴ Art. 1198 del Código Civil.

¹⁴⁵ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 34 y ss.

¹⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", RAP, nro. 30, p. 164 y ss.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 148 y ss. explica el origen y el sentido de la fórmula constitucional española.

La mención al derecho no constituye una fórmula aislada que prescribe la vinculación a la ley positiva pues la Administración se encuentra también vinculada a los principios generales del derecho¹⁴⁸, si bien lo que se entiende por tal concepto responde a variadas tendencias filosóficas y jurídicas. Pero, por un camino u otro, sea que los principios generales provengan del iusnaturalismo clásico o del racionalista, o de la justicia material, o en un proceso que acude a la tópica para integrarlo en la solución del caso, lo cierto es que ellos no pueden reducirse “a normas implícitas...” que surgen de prescripciones expresas y que “...se obtienen por un proceso lógico inductivo de las normas escritas”¹⁴⁹.

No obstante, como la mayoría de los principios generales que se vinculan con el principio de legalidad tienen su anclaje positivo, expreso o implícito en textos constitucionales, no puede plantearse duda alguna acerca de su prevalencia sobre las leyes y reglamentos, en atención a la jerarquía de ley suprema que posee la Constitución (art. 31 CN).

Por lo demás, el postulado del sometimiento de la Administración a la ley y al derecho guarda íntima conexión con otro principio fundamental del constitucionalismo moderno que es la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos¹⁵⁰, que rige tanto para el Ejecutivo como para el Legislativo y el Judicial, actualmente prescripto por el art. 9.3 *in fine* de la Constitución española¹⁵¹.

Pero para que los principios generales funcionen de manera de guardar el equilibrio de poderes y beneficiar la libertad de los ciudadanos se precisa reconocer una amplia potestad a los jueces para ejercer un control judicial suficiente, con la mayor plenitud que admita el esquema divisorio, consecuentemente, sin zonas exentas o inmunes a dicho control. Se afirma, de ese modo, otro principio cardinal del Estado de Derecho: el de la tutela judicial efectiva¹⁵², reconocido en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos¹⁵³ (por aplicación del art. 75 inc. 22 CN) que complementa y amplía la garantía de la defensa prescripta en el art. 18 de la CN.

¹⁴⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R., “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina”, en *La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, Funeda, Caracas, 1999, p. 34.

¹⁴⁹ Cfr. SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 29.

¹⁵⁰ *Vid* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, originalmente publicado en el nro. 30 de la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1959, reproducido en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria...*, cit.

¹⁵¹ Ver: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el Derecho Administrativo Español”, en *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Netbilo, La Coruña, 2008, ps. 383-385.

¹⁵² ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 51, destaca su trascendencia en el acceso a la jurisdicción.

¹⁵³ En los arts. 2º, inc. 3º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4. *Las facultades discrecionales de la Administración y los principios generales del derecho*

Se ha dicho que las potestades discrecionales constituyen una exigencia insoslayable del gobierno humano, habida cuenta que éste no puede reducirse a una aplicación automática, objetiva y neutral de las normas¹⁵⁴.

La discrecionalidad se configura cuando la norma atribuye un poder o facultad al órgano administrativo sin estatuir el criterio que debe orientar y servir de base a la respectiva decisión¹⁵⁵ pudiendo referirse tanto a la emisión del acto administrativo como a sus elementos¹⁵⁶.

En realidad, más que un margen privativo y excluyente de la libertad o arbitrio —como postulaba la doctrina clásica— implica un supuesto de remisión legal¹⁵⁷ que habilita a la Administración a escoger una solución entre varias soluciones igualmente justas.

Pero la discrecionalidad no implica un arbitrio ilimitado ni absoluto. Antes bien, se encuentra circunscripta tanto por los límites sustanciales y formales del ordenamiento positivo, tales como las reglas que prescriben la competencia de los órganos o entes y, fundamentalmente, por los principios generales del derecho.

Es así como los principios generales del derecho operan como garantías que impiden el abuso de las potestades discrecionales por parte de la Administración, pues si aquellos son la causa o base del ordenamiento jurídico, no puede concebirse que el ejercicio de los poderes discrecionales pudiera llegar a controvertirlos. Por este motivo, los jueces o funcionarios públicos deben siempre confrontar la norma que habilita la potestad discrecional y su desencadenamiento con los principios generales del derecho.

De otra parte, si el poder discrecional constituye un caso de remisión legal, la respectiva facultad no puede fundarse en las lagunas del ordenamiento positivo¹⁵⁸, aunque para habilitar la actuación de un órgano éste pueda basarse en un principio general del derecho como el principio de especialidad o los que informan el dominio público. Tal es lo que acontece con el principio general de

¹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1977, p. 269; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 6.

¹⁵⁵ Conf. SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 347.

¹⁵⁶ Así lo sostiene MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. II, p. 422.

¹⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., t. II, p. 268.

¹⁵⁸ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, “La doctrina de los principios generales del derecho”, *Revista de la Administración Pública*, nro. 44, p. 88 y ss., especialmente p. 91. En el ejercicio del poder discrecional, no existe relación entre el contenido del acto y los principios generales del derecho al revés de lo que parece insinuar Clavero (op. cit., p. 92).

la autotutela en materia del dominio público, que no precisa de norma positiva para su vigencia como lo ha reconocido la doctrina¹⁵⁹ y la jurisprudencia de nuestros tribunales¹⁶⁰ aparte de que esta potestad es, por su propia naturaleza, esencialmente discrecional (aun cuando deba ejercerse por órgano competente, hallarse ajustada a una finalidad de interés público y cumplirse con todos los requisitos, sustanciales y formales que consagra el ordenamiento).

¹⁵⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, cit., p. 271 y ss.; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, cit., t. III, p. 491; LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, t. II, p. 175; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, p. 441 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., reimp., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 343 y en *La ejecutoriedad...*, cit., p. 98.

¹⁶⁰ Diversos tribunales aceptaron la autotutela respecto de los bienes del dominio público: Cámara Federal de La Plata, sala II, *in re*, “Hijos de Isidoro Gorillo S.A.”, publicado en LL 119-242, Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, caso “Mariscal, Luis M. J.”, en LL 107-256.

EL FUNDAMENTO DEL DERECHO. UNA VISIÓN NO EMPÍRICA DE LOS DERECHOS BÁSICOS Y DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

Por EDGARDO DONNA*

Resumen:

Se analiza el problema de los Derechos fundamentales a través del concepto de derecho y el problema de las diversas Convenciones, si no se entiende “ese concepto”. Para ello debe entenderse al Derecho dentro del Estado, y éste siempre en referencia a la libertad del hombre y su desarrollo, para lo cual se deberá tener en cuenta la autonomía de la persona, concluyendo que la autonomía de la persona es la base del Derecho.

Palabras clave:

Derechos fundamentales, Convenciones de Derechos Humanos, Declaraciones de Derechos Humanos, autonomía del individuo, libertad.

THE BASIS OF LAW. A NON EMPIRIC VISION OF BASIC RIGHTS AND THE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW

Abstract:

The essay analyzes fundamental rights through the concept of Right and the conflict with numerous Conventions if “that concept” is not well apprehended. To accomplish that, rights must be comprehended within the area of the State, and always related to human freedom and its development, to which must be taken into account the individual autonomy, concluding that the individual autonomy is the Law’s fundamental state.

Keywords:

Fundamental rights, Human Rights Conventions, Declarations of Human Rights, individual autonomy, freedom.

* Profesor Titular de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.

I. INTRODUCCIÓN

En otra ocasión he comenzado a analizar el tema de los Derechos fundamentales, que ahora intento, si es posible, profundizarlos y conceptualizarlos de una manera más precisa, aunque, sin duda, exigirá más trabajo. Podría afirmar que se trata de una conclusión provisional. Duda mucho que, dada la complejidad del tema pueda concretarlo como deseo¹.

Pues bien, en ese momento, reflexioné en el problema que suscita este tema, en especial, el fundamento de estos derechos y por qué debe existir tal cantidad de instrumentos legales, especialmente internacionales, que repiten iguales o similares derechos o garantías. El problema surgía de inmediato, porque con tantos instrumentos internacionales se podría decir que los derechos fundamentales de los hombres son respetados en el mundo, casi de manera absoluta y que su violación sería una excepción. Sin embargo, basta con observar a nuestro alrededor y leer la prensa diaria, para comprobar todo lo contrario².

Existe, por otra parte, otro problema al que solo quiero presentarlo: queriéndolo o no, aparece, además, como telón de fondo de esos derechos fundamentales, el derecho natural, y con ello me refiero al que tiene como base al Derecho de Dios, esto es, la versión más conservadora, que ha servido, en alguna época a intereses menos elevados que los que ahora estamos hablando, de acuerdo a como lo sostuvo Welzel, al afirmar que el Derecho natural sirvió tanto a las revoluciones como a mantener cualquier orden jurídico-social³. Con la afirmación de este Derecho de los dioses, el derecho positivo y con ello principios básicos del derecho, en especial el penal, han quedado desvalorizados, y es más, en algunos ámbitos se habla directamente de este derecho natural que debe utilizarse aún en contra del derecho positivo, como si éste no fuera en sí, ya un “derecho humano”. Luego, también sin quererlo, se está pensando como Hobbes y el estado de naturaleza⁴. Sobre este punto, poco se puede agregar en este trabajo.

¹ Prólogo al libro de Natalia Barbero sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos, Rubinzal-Culzoni, 2014.

² Esto merecería un trabajo empírico, que no puedo hacer por razones obvias de falta de presupuesto y creo que tampoco mucho se ha hecho en nuestro país. Un solo ejemplo, es el estado de las cárceles en la Argentina. La pena privativa de libertad, es claro que tiene consecuencias que van junto con ella, de manera legal. Pero, no son parte de esa pena, el sometimiento sexual, la falta de educación, y vivir como personas. Se puede seguir con el estado de las escuelas, y la lista sería muy larga.

³ WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiell Gerechtigkeit*, 4ª ed., Göttingen, 1962, p. 243 y ss.

⁴ HOBBS, *Leviatán*, en especial capítulo XIII.

II.

Siguiendo en este punto a Reiner Zaczyk⁵, nos interesa en este punto reflexionar sobre el primero de los puntos tocados, esto es, que en realidad el análisis de los derechos humanos se basa en Locke, en el sentido que el derecho se ve como “Natur des Mensch”, y esencialmente en un componente empírico que surge como defensa de la propiedad, y esto es lo que ha llevado a la necesidad de repetición de esos derechos, de los catálogos de derechos, en razón de que estos principios se desplegaban en virtud de su existencia autónoma y como consecuencia de la exigencia de poder concretizarse y de reproducirse. El problema está, como es obvio, en el contenido de su fundamento y, ante su carencia, la necesidad de un amplio catálogo⁶.

Este catálogo que aparece ya en el *Bill of Right* de Virginia de 1776, en la Declaración de los Derechos Humanos de Francia de 1791, la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, la Convención de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966, pasando, luego, por todos los Tratados sobre estos temas. Con esto se está afirmando que la enumeraciones de derechos, representa, en principio, sin duda, los valores del mundo occidental, pero, al mismo tiempo, pareciera ser que no están contemplados otros valores distintos, como pueden ser los del mundo africano o asiático, con lo cual, la deficiencia de este catálogo es por demás visible⁷.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que se habla de valores, y estos, son relativos, ya que son puestos por el hombre y, por ende, no se debe pedir que esos valores lleven a omitir otros de similar jerarquía. A ello se suma lo dicho que si se mezcla esto con el Derecho natural de los dioses, lo absoluto del pensamiento de Occidente se impone sin poder hacer una discusión seria. Con los dioses y sus representantes no se discute.

Pero volvamos a la idea base de este trabajo: Esta forma de ver a los derechos humanos se origina, como se dijo, en el pensamiento de John Locke⁸. Se puede decir que con el nacimiento del concepto nacen también los problemas. El fundamento de Locke es empírico, como bien ha señalado Köhler⁹. Tanto es así, que la vida y la libertad no tienen repercusión y todo el argumento gira alrededor de la propiedad. Es que los derechos humanos están basados en la pura

⁵ ZACZYCK, Reiner, “Wie es möglich, ein Menschenrecht zu begründen?”, *Festschrift für Winfrid Hassemer*, Herausgegeben von Felix Herzog und Ulfrid Neumann, C.F. Müller Verlag, Heilderberg, seite 259 y ss.

⁶ ZACZYCK, op. cit., p. 159.

⁷ HOFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999.

⁸ Véase LOCKE, John, *Two Treatises og Government*, Peter Laslett, Cambridge, 1960.

⁹ KÖHLER, Michael, “Das angeborene Recht ist nur ein einziges...”, in Kartens Schmidt (Hrsg), *Vielfast des Rechts- Einheit der Rechtsordnung*, Berlin, 1994, seite 61 y 63, citado por ZACZYK, op.cit., p. 261.

empírea del individuo concreto que tiene Locke por delante y por ello que otras culturas y su espíritu carecen de valor¹⁰. Desde la posición empírica de Locke se da el punto de partida de este tema que lo cierra a cualquier otra discusión. En la concepción que se ha impuesto sobre los Derechos humanos se trata de un noción basada en la ilustración europea, en el cual el individuo empírico de un momento histórico concreto ocupa un lugar central y, como afirma Zaczky, éste es el centro de la cuestión; en consecuencia otras forma de cultura de vida y de tradiciones espirituales, no pueden pretender ninguna vigencia o validez¹¹.

Obsérvese que al fundamentar el concepto de derecho humano en el hombre empírico, aparecía un problema que lo contradecía: es conocido que en relación a Occidente, especialmente en los siglos 18 y 19, existía la praxis colonialista, la cual no aceptaba ninguna otra cultura que no fuera la de los Estados colonialistas¹². Y esto no fue olvidado por esos pueblos, en donde vieron el fundamento de estos derechos humanos y sus instituciones en aquella concepción que admitía, en realidad, su propia negación. Éste no es un punto menor en el tema, porque de alguna manera deslegitima esta idea de derechos humanos y la persigue hasta nuestros días.

Han existido, en este sentido, variadas voces en contra de esta concepción, basada en una fundamentación empírica, de las cuales, y dado el carácter de este escrito sólo he de mencionar dos, además del autor citado y seguido en este prólogo. Uno ha sido el filósofo del derecho Otfried Höffe, quien ha escrito un libro dedicado especialmente al tema¹³. Höffe afirma que Occidente no debe sostener con cierta altanería que es el fundamento de los Derechos humanos, ya que carga en su cuenta con serios problemas, como ser, la esclavitud en Grecia, Roma y Estados Unidos, la desigualdad de la mujer, la intolerancia religiosa, el Estado absolutista, el colonialismo¹⁴.

El otro autor es Josiah A. M. Cobbah que publicó en 1987 un trabajo con un título sugerente: *African values and the Human Rights Debate: an African Perspective*¹⁵. Este autor afirma que, cuando se dicta la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en África reinaba el colonialismo y que aquélla estaba signada por el liberalismo. Esta posición, afirma Cobbah, colocaba el concepto de sociedad en base al contrato social y en ese sentido se echaba de menos la original integración social de los hombres, viviendo desde siempre en una so-

¹⁰ ZACZYK, op. cit., p. 261.

¹¹ ZACZYK, op. cit., p. 262.

¹² Ibidem. Véase en este punto la crítica de Hegel a la esclavitud, pero desde otra fundamentación.

¹³ HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999.

¹⁴ HÖFFE, op. cit., p. 51.

¹⁵ En *Human Rights Quarterly*, 9, S 309-331, citado por ZACZYK, op. cit., p. 263.

ciudad¹⁶. En contra de aquella perspectiva individualista es que se argumenta, ya que la cuestión está en la inclusión del hombre dentro de una familia, en la cual el individuo ocupa una posición. Se entiende por familia una relación de consanguinidad, que no se confunde con el concepto de la pequeña familia occidental¹⁷. En consecuencia el entramado de derechos y deberes será expresado en respeto, limitaciones, responsabilidades y acciones recíprocas. De allí que el sentido de la existencia humana esté en la formación, en el modelado y mantenimiento del grupo y no en la vigencia de la pretensión individual. Esto es lo que los alemanes llaman una *Weltanschauung*¹⁸.

Pues bien, otra visión del mundo no puede ser abarcada con la concepción individualista-empirista de Locke. Y de allí los problemas de la concepción de los derechos humanos y su consecuencia, a los efectos de solucionar esta carencia, la búsqueda de los catálogos que intente abarcar todo derecho posible que al hombre empírico no le es posible, más aún si está limitado por la propia historia de Inglaterra.

III.

Si se busca, ahora, el fundamento del derecho y de los derechos humanos, de manera no empírica, se debe decir que es uno: la libertad de la persona, pero entendida no como libertad negativa, sino como la autonomía de la persona y su respeto frente a conductas arbitrarias de otras personas o de la necesidad. Kant definía Derecho diciendo que “es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad”¹⁹. Y, he acá lo importante, esa libertad no es sólo la del individuo sino del grupo, según la cultura y los valores de cada sociedad. En otras palabras, “la voluntad libre, independiente de toda causalidad y determinación ajena, se da a sí misma su propia ley. En consecuencia, el principio de todas las leyes morales consiste en la autonomía, en la autolegislación del querer. La autonomía designa negativamente la independencia respecto a las determinaciones materiales; positivamente, la autodeterminación o autolegislación (KPV, § 8)”²⁰. Porque en el mundo social, el hombre es hombre sólo con otros hombres²¹. De modo que la personalidad y la socialización no se oponen, sino mucho más que eso, se refieren una a otra. En consecuencia, debería existir este solo fundamento para los Derechos fundamentales, que es el del Derecho, que rige a los sujetos en la sociedad. En palabras de Kant, “el concepto de derecho,

¹⁶ COBBAH, op. cit., citado por ZACZYK, op. cit., p. 263.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ KANT, *Metafísica de las Costumbres*, § B; ZACZYK, op. cit., p. 267.

²⁰ HÖFFE, Otfried y KANT, Immanuel, Herder, Barcelona, 1986, p. 186.

²¹ ZACZYK, op. cit., p. 266.

en tanto que se refiere a una obligación, afecta, en primer lugar, sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones, como hechos, pueden influirse entre sí... Pero, en segundo lugar, no significa la relación del arbitrio con el deseo del otro (por lo tanto, con la mera necesidad (Bedurfnis), como en las acciones benéficas o crueles, sino con el arbitrio del otro. En tercer lugar, esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la materia del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que compra para su propio negocio; sino que sólo se pregunta por la forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre, y si con ello, la acción de uno puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal²². En palabras de Zaczyk: "...De este modo la autoresponsabilidad recibe en este punto un doble significado: por una parte, se trata de la libertad puesta en acción del uno (quien actúa) pero, por la otra, cuando se plantea la cuestión de la corrección jurídica de su actuar, se trata de la libertad del otro"²³.

En esta relación de individuos, no se trata sólo de una conformación de individuos personales, sino de su cultura viviente y de los límites de esa cultura. De este modo, no es sólo la libertad del individuo, sino de su cultura²⁴. Desde esta perspectiva, quizás se pueda entender más los derechos humanos, y también evitar este listado, casi interminable, que esconde su verdadero fundamento.

IV.

Se trata, entonces, en definitiva, de considerar al Derecho como un Derecho racional, que no flota como deber abstracto por sobre las cosas, que no sólo promete libertad sino que la hace experimentable en el tiempo. La libertad es siempre concreta. El momento *a priori* y el empírico se piensan como una unidad viva. Como lo advirtió Hegel, en su ya famosa expresión de que todo lo racional es real; y lo que es real es racional²⁵.

El derecho es verdaderamente derecho sólo entonces y, en ese sentido, no poniendo sólo un deber abstracto como medida exterior en aquello que es, sino quedando alcanzado él mismo, en cuanto ser, como ser debido y deber que es. Esto no debe confundirse con lo irracional del derecho, la figuración del derecho, como enseña el positivismo jurídico, en cuanto asunto del político del derecho, en el sentido de decisiones históricamente contingentes, al lado de la

²² KANT, Immanuel, *La metafísica del Derecho*, §B *¿Qué es el Derecho?*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

²³ ZACZYK, "El injusto jurídico penal y la autorresponsabilidad del lesionado", en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad del Externado de Colombia, 2010, p. 263.

²⁴ ZACZYK, *Wie es möglich...*, op. cit., p. 267.

²⁵ HEGEL, *Introducción a Principios de filosofía del derecho*.

idea del derecho y mediadas de modo fáctico. El suelo del derecho en cuanto derecho es la razón, no es la violencia, ni la costumbre ciega, ni el interés de la moral ni la religión, la economía o finalmente el mantenimiento del poder. Es el “poder ser-en-el-otro-en sí-mismo” o un ser libre en relación con lo otro de sí mismo²⁶.

El derecho es el pensamiento que la libertad debe existir empíricamente y que también está ahí; la idea del derecho es la conclusión que une el deber supra-empírico de la libertad con el mundo inmediato²⁷. Por ello el derecho tiene el sentido de materializar la libertad y las instituciones tienen significado de ser la libertad existente. Esto surge de algunas consideraciones del propio Hegel en su Principio de la Filosofía del Derecho, que confirman lo hasta acá afirmado “El Derecho no es lo histórico, lo racional, lo justo es lo presente (§3). Y debe ser razonable en el presente, no por una circunstancia que tuvo que ver en el pasado” (agregado al § 3). De este modo “El derecho entendido como libertad está ahí vivamente, explotado conceptualmente a la que cada ser racional y libre debe tener acceso mediante el entender (símil Lutero). El mundo del Derecho es un mundo transparente en sí, porque es un mundo espiritual no natural. Y en el § 4 que debe unirse a las consideraciones que se harán luego sobre el Estado: “El suelo del derecho es sin más lo espiritual, y su lugar más cercano y su punto de partida es la voluntad que es libre, de manera que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del derecho es el reino de la libertad que se realiza, el mundo del espíritu producido desde sí mismo, como una segunda naturaleza”. En este segundo mundo, que tiene su parte empírica, que es exterior al sujeto, el otro no es simple individuo natural, tampoco sólo sujeto lógico, sino persona, esto es, es reconocido en cuanto voluntad existente libre, y a través de este reconocimiento queda trazado, de modo inmediato, un límite, pero también una relación mutua entre las diversas voluntades libres”. Luego, lejos está el Derecho de la naturaleza, ya que es lo construido por el espíritu que limita el capricho y no la libertad.

V.

Entonces, se debe decir que el Derecho se refiere a las personas y éstas son sujetos de deberes y derechos. “Todo lo que es un derecho es también un deber y todo lo que es un deber es un derecho (E.486). Kant definió el concepto de persona, sin el cual no es posible trabajar dentro del Derecho y más aún del Derecho penal²⁸. La persona contiene la capacidad jurídica y es el concepto, fundamentación abstracta del derecho formal y abstracto. Persona, afirmaba Kant

²⁶ La idea está contenida en la filosofía de Kant, especialmente, en la Introducción a la teoría del Derecho en la *Metafísica de las Costumbres*.

²⁷ ZACZYK, op. cit., p. 267.

²⁸ KANT, *Metafísica de las Costumbres*, Introducción.

es el sujeto cuyas acciones son imputables. La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales..., de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma”²⁹.

Se debe volver al tema de la autonomía del hombre, esto es de su libertad, entendida no como independencia, sino como posibilidad de dictar sus máximas de conducta. Esto lleva al tema central del Derecho que es el del imperativo categórico desarrollado por Kant en varias de sus obras³⁰. Expresado en sus propias palabras, “obra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal”³¹. Que es, luego puesta de la siguiente manera: “Actúa de manera tal que, la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de otros, en todo momento y simultáneamente la utilices como fin y nunca solo como medio”³². En realidad, el mal como tal, en Derecho es actuar en contra del imperativo categórico y de allí surge el concepto de pena.

VI.

Es importante aclarar que si se quiere comprender ampliamente el tema, aunque sea de modo sintético, que estamos tratando se debe decir que, cuando se habla de Derecho sólo se puede entender el tema dentro del ámbito del Estado. Pero entendiendo al Estado como lo que facilita la libertad del hombre y su desarrollo, como se vio en el § 4. Hegel lo decía de una manera sencilla “El estado (*civitas*) es la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas. En cuanto éstas, como leyes *a priori*, son necesarias, es decir, en cuanto resultan por sí mismas de los conceptos derecho externo en general, su forma es la de un Estado en general, es decir, el Estado en la idea, tal como debe ser según los principios jurídicos puros, Estado que sirve de norma a toda unificación efectiva dirigida a formar una comunidad (por lo tanto en lo interno)”³³. La idea del Derecho es representada a través del Estado de libertad §257. Fin en sí mismo absoluto §258. El Derecho tiene su punto de partida en la voluntad libre § 4, como se dijo antes, pero asegura su particularidad el Estado³⁴. Antes del Estado, según Kant, siguiendo en esto a Rousseau³⁵, sólo existía el estado

²⁹ KANT, *Metafísica de las Costumbres*, Introducción, IV.

³⁰ Con amplitud en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, en la *Metafísica de las costumbres* y en la *Crítica de la razón práctica*.

³¹ KANT, *Metafísica de las Costumbres*, Introducción IV.

³² La traducción es directa de *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Felix Meiner Verlag, p. 52 (429).

³³ KANT, *Metafísica de las Costumbres* § 45. Obviamente Kant se refiere a los tres poderes. Sobre eso no debe haber discusión.

³⁴ PAWLIK, *La legítima defensa en Kant y Hegel*, en ...BdF, Montevideo-Buenos Aires.

³⁵ En este punto hay discrepancia con Hegel que no admite el contrato social.

de naturaleza, llevado a su extremo por Hobbes, explicitado en el *Leviatán*³⁶. Los derechos surgen sólo cuando se entra en el contrato social, y existe la ley. La idea de ley que rige para todos es una idea cara a la Ilustración y Rousseau lo decía de una manera insuperable: “Sólo a la ley deben los hombres la justicia y la libertad. Ese saludable órgano de la voluntad de todos que restablece en el derecho la igualdad natural de los hombres. Esa voz celestial que dicta a cada ciudadano los preceptos de la razón pública y le enseña a actuar según las máximas de su propio juicio, y a no estar en contradicción consigo mismo”³⁷. Esto fue expresado por Cassirer —al hablar del Contrato social—, “porque ahora se han convertido en individuos en un sentido supremo, en verdaderos sujetos de voluntad, mientras que antes no eran más que un haz de impulsos y de pasiones sensibles. La vinculación a la voluntad general constituye la personalidad autónoma”³⁸. Y agrega: “este entusiasmo por la fuerza y la dignidad de la ley es lo que caracteriza la ética y la política de Rousseau y a él le convierte en un autentico predecesor de Kant y de Fichte”³⁹.

Es claro que la ley, además, desde esta perspectiva, evita el fundamentalismo moral. Porque la moral queda sólo para el fuero interno del hombre⁴⁰.

Ahora, si bien Hegel, no aceptaba el contrato social, se expresaba de igual manera en referencia al Estado, especialmente en el § 258 de su Filosofía del Derecho, tan mal interpretado posteriormente⁴¹. Sobre este tema se podría decir mucho más, pero no es la idea de este trabajo. En este punto y en este trabajo sólo hemos de entrar a lo afirmado por Kant⁴².

VII.

El Derecho regula la relación de las acciones u omisión con terceros. Esto es así, porque en esta relación mutua de seguro lleva a que existirán molestias mutuas. Se podría entender, entonces, al Derecho como puro instrumento de orden, tal como lo pensó Hobbes, pero, en este caso, como una cuestión empírica. Y esto, es muy fácil verlo en cuanto a las teorías preventivas de la pena, en especial en Feuerbach, buen penalista y mal filósofo y de allí, por ejemplo, que el principio de legalidad haya sido visto desde esta perspectiva. En este sentido, el principio aparece referido a la teoría de la pena de la prevención general, como

³⁶ Hobbes, Schmitt, etc.

³⁷ ROUSSEAU, *Discurso sobre la economía política*, OC III, p. 248, citado por CASSIRER, *Rousseau, Kant, Goethe*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2007, p. 76.

³⁸ CASSIRER, op. cit., p. 290.

³⁹ CASSIRER, op. cit., ps. 290-291.

⁴⁰ ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humlot, Berlin, 1987, ps. 163 y ss.

⁴¹ HEGEL, *Filosofía del Derecho*, § 258.

⁴² Se puede llegar a similares consideraciones con Hegel, pero sería tema de una investigación más amplia.

un límite al Estado, entendido éste de manera empírica y ajeno al individuo y, entonces como algo necesario para su garantía. Por eso el error de sostener que era la carta magna del delincuente y no, como corresponde de todas las personas⁴³. Recuérdese la expresión de Liszt cuando decía que “Así de paradójico suena que el Código Penal es la Magna Charta del delincuente”⁴⁴. Lógico desde la perspectiva positivista-empírica.

Sin embargo, se debe salir de esta encerrona y al Derecho de otra manera, como lo estamos haciendo, si se tiene en cuenta la autonomía de la persona. En este sentido, el individuo debe poder darse cuenta que hacer con su libertad y como actuar frente a terceros⁴⁵. Kant lo expresa: “una acción es conforme a derecho cuando permite o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos, según una ley universal”⁴⁶. Este párrafo de Kant, observa Zaczyk, no puede ser fundado en una ley que sea heterónoma, sino debe la misma estar fundada en la autonomía de la persona⁴⁷.

VIII.

Como síntesis, se puede decir que la autonomía de la persona es su estado fundamental y el del Derecho. Este concepto se completa con Fichte, cuando afirma que la autonomía (libertad) como consciencia de sí mismo sólo es pensable cuando existe otra consciencia razonable. En consecuencia, la autonomía es el yo siempre remitido a otro yo autónomo. Esta relación debe ser entendida como real y esta relación jurídica es una relación de recíproca autonomía.

Así entendida, la relación jurídica es en la existencia libre (autonomía) del individuo una relación fundamental, primera —y no secundaria a través de la norma—. En consecuencia, la libertad general se produce sólo cuando se la reconoce prácticamente de todo individuo⁴⁸.

⁴³ VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, vol. II, 1905, p. 80. La crítica en NAUCKE, op. cit., p. 538 y ss.

⁴⁴ LISZT, ibídem.

⁴⁵ ZACZYK, *Unrecht*, p. 146.

⁴⁶ KANT, *Metafísica de las Costumbres*, Introducción, § C.

⁴⁷ ZACZYK, op. cit.

⁴⁸ ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, op. cit., p. 165.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

Por MARTÍN LACLAU¹

Resumen:

Luego de exponer el papel cumplido por la noción de principio en el derecho medieval y de analizar la contraposición entre jus commune y jus proprium, se ejemplifica con el derecho francés el pasaje de un derecho consuetudinario local a un derecho nacional legislado y el papel cumplido por los principios en esta evolución, que concluye con el proceso de codificación. A continuación, se analizan las teorías que, acerca de los principios, proponen Josef Esser, Ronald Dworkin y Robert Alexy, para terminar esbozando una crítica de ellas sobre la base de que los principios no pueden separarse de las normas, sino que constituyen el elemento valorativo que, necesariamente, se encuentra incluido en ellas.

Palabras clave:

Norma; principio; jus commune; derecho consuetudinario.

CONSIDERATIONS OF LEGAL PRINCIPLES

Abstract:

In the first place, the author expounds the role fulfilled by the notion of principle in medieval law. He then goes on to analyze the opposition between jus commune and jus proprium, and exemplifies, through French law, the passage of a local common law to a national legislated law and the role fulfilled by principle in this evolution, which leads to the process of codification. Later the author analyses the theories proposed by Josef Esser, Ronald Dworkin y Robert Alexy regarding principles, and finishes by outlining a critique of these theories on the grounds that principles cannot be separated from norms. They rather constitute the axiological element that is necessarily part of them.

Keywords:

Regulation; principle; jus commune; customary law.

¹ Universidad del Salvador. Centro de Estudios Filosóficos (Academia Nacional de Ciencias).

En las últimas décadas han ido cobrando relieve, dentro del panorama de la filosofía del derecho, una serie de teorías centradas en la noción de “principio”, conformando, de esta suerte, una dirección que se afirma sosteniendo que el derecho hállase constituido, no sólo por normas, sino también por principios, con lo cual ha cobrado singular importancia determinar las diferencias existentes entre unas y otros, al igual que el modo en que se relacionan entre sí.

Ante todo, cabe destacar que la palabra “principio” puede ser utilizada dentro de contextos muy diversos, que han sido agrupados por André Lalande en tres categorías: desde el punto de vista de la *existencia*, el vocablo en cuestión se refiere a la causa, al origen de algo, al fundamento de su ser; desde el punto de vista *lógico*, la palabra “principio” designa a una proposición que se encuentra ubicada en el inicio de un razonamiento deductivo, no pudiendo ser deducida de ninguna otra dentro del sistema de referencia; y, finalmente, desde el punto de vista *normativo*, por “principio” se entiende una regla de acción que ha de ser observada y que se encuentra enunciada en una fórmula que es representada con claridad al espíritu. Demás está decir que el mismo Lalande aclara que estas acepciones casi nunca se dan en estado puro y que, en las teorías filosóficas que las emplean, resulta difícil separar una acepción de las restantes². En términos generales, podríamos decir que la palabra “principio” viene a designar el punto de partida de algo y, al mismo tiempo, el fundamento de ese algo. Así lo entendieron los griegos desde que Anaximandro introdujera la palabra ἀρχή, que se corresponde con lo que, posteriormente, los romanos designaron como *principium*.

Escapa a la finalidad de este trabajo trazar una historia de la noción de “principio” en el ámbito del derecho; pero, a los efectos de esclarecer el tema, me referiré, en primer lugar, brevemente, a cómo la noción que nos ocupa se fue elaborando en la Edad Media, partiendo de la importancia que en esa época tuvo el *jus commune* y su identificación con el derecho romano. Posteriormente, tomando como ejemplo el desenvolvimiento del derecho francés, ilustraré como la noción de principio coadyuvó en el progresivo nacimiento de éste, al irse unificando los derechos consuetudinarios de las diversas regiones, y como este proceso fue secundado, en su última etapa, por el desarrollo del pensamiento racionalista. Así, durante los siglos XVII y XVIII, los integrantes de la Escuela Clásica del Derecho Natural asignan a los principios el carácter de leyes superiores a las que integran el derecho positivo. Trátase de *leges legum*, de leyes de leyes, que otorgan su validez a estas últimas, al considerar que sus enunciados se corresponden con la naturaleza del hombre. Durante el siglo XIX, con el auge del positivismo, los principios cedieron la importancia que les otorgaran los juristas de las anteriores centurias y, al negar la existencia de un derecho natural

² Cfr. LALANDE, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1947, ps. 807-809; LACLAU, Martín, “Los principios del derecho en el pensamiento de Josef Esser”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 32, 2012, ps. 3-21, esp. ps. 3-11.

de validez superior al positivo, los autores de la época hablaron de “principios generales del derecho”, a los que consideraban como normas implícitas que integraban el derecho positivo y que podían ser desentrañadas por el intérprete valiéndose de procedimientos lógicos que partían del mismo derecho positivo.

En nuestros días, ante el auge que, en el plano filosófico han cobrado las direcciones hermenéuticas y el renovado planteo de la problemática de los valores, se abre una nueva perspectiva para los estudios jurídicos, que no pueden permanecer ajenos a estas nuevas orientaciones. Así, una numerosa corriente de cultores del derecho, que se ha embarcado en el análisis de los denominados “principios” y del papel que estos cumplen dentro de la realidad jurídica, desprendiéndose del normativismo abstracto que imperara hasta hace pocas décadas, afirma que el derecho hállase constituido, no sólo por normas, sino también por principios. Los más destacados e influyentes autores dentro de esta dirección son, sin duda alguna, Ronald Dworkin y Robert Alexy, a quienes me referiré con algún detalle para luego esbozar algunas objeciones que sus planteos me provocan.

Los juristas medievales, en un comienzo, eran esencialmente prácticos y las reglas por ellos aplicadas reconocían su origen en la sedimentación, dentro de la conciencia colectiva, de una serie de convenciones que habían concluido por ser consideradas como reglas del derecho vigente. Ahora bien, a estas leyes, propias de cada una de las diversas comunas, les faltaba la referencia a un orden superior, y éste fue el papel que se asignó al derecho romano, que concluyó presentándose como el soporte último de las elaboraciones llevadas a cabo por la ciencia jurídica.

Claro está que, en una primera etapa, el conocimiento del derecho romano era parcial y superficial, a punto tal que el contenido del *Digesto* era ignorado. Tan sólo se invocaban soluciones prácticas dadas a casos puntuales. La primera invocación del *Digesto* como material utilizable en la vida jurídica práctica data del año 1076. Se trata de un juicio donde el Monasterio de San Miguel, en Marture, demandó la restitución de bienes que le habían sido donados por Hugo, marqués de Toscana, y de los que, posteriormente, había sido despojado por el marqués Bonifacio, hallándose en la actualidad dichos bienes en manos de Sigizo, señor de Florencia. Habían transcurrido más de 40 años del despojo y, por consiguiente, se había cumplido el plazo de prescripción de la acción. No obstante ello, durante ese lapso de tiempo, el monasterio, en diversas ocasiones, había hecho infructuosamente los reclamos pertinentes. La solución del pleito, favorable al monasterio, se encontró aplicando una norma del *Digesto* en virtud de la cual el pretor concedía la *restitutio in integrum* a aquellos que, durante el

período del tiempo considerado a efectos de la prescripción, hubiesen intentado llegar al juez sin lograrlo³.

Fue, precisamente, a fines del siglo XI y principios del siglo XII que, con la escuela de los glosadores de Bolonia, la enseñanza del derecho conquistó su autonomía y las compilaciones de Justiniano pasaron a ser estudiadas con base en textos completos, dejando de lado los textos parciales sobre los cuales habíase apoyado la edad precedente. La metodología empleada consistió en anotaciones que seguían paso a paso el texto jurídico. Del siglo XII es la obra de un glosador anónimo, titulada *Questiones de juris subtilitatibus*. Es la época en que, por encima de los diversos reinos germánicos, se ha impuesto la idea del Imperio, esto es, de una unidad política que abarca las diversas comarcas del mundo occidental, y ello trae, como lógica consecuencia, la afirmación de la unidad del derecho. Como dicen las aludidas *Questiones, aut unum esse jus, cum unum sit imperium*. La unidad del Imperio permitía afirmar la unidad del derecho. De allí que Francesco Calasso pueda decirnos, acertadamente, que “configurado todo el género humano como unidad ordenada por voluntad divina en el *Romanum Imperium*, se seguía como consecuencia lógica e histórica la necesidad del *unum jus* por el cual esa unidad debía ser gobernada: y este único derecho, naturalmente, no podía ser otro que el del Imperio, esto es, el derecho romano”⁴.

Claro está que el reconocimiento del *unum jus* no implicaba la afirmación de que éste fuese el único derecho existente. Las mismas *Questiones de juris subtilitatibus* reconocían que, dentro del Imperio, existían distintas regiones y pueblos, cada uno de los cuales poseía un derecho propio: *discreti et loco et imperio populi diverso sub imperio diversa jura rectantur*. Pero existe un derecho común, un *jus commune*, del cual los múltiples derechos locales derivan. En realidad, se trata de la aplicación al campo jurídico de un principio de la filosofía escolástica, de acuerdo al cual *omnis multitudo derivatur ab uno*, y que, en el plano del derecho, aparece confirmado por un fragmento de Gayo donde se expresa: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum jure utuntur*⁵. De esta suerte, para la mentalidad medieval, el derecho romano, concebido como *jus commune*, se contrapone al *jus proprium*, esto es, al derecho de los distintos ordenamientos particulares, a los que sirve de necesario presupuesto. Ahora bien, importa destacar que el *jus proprium* podrá contraponerse, desde el punto de vista lógico, al *jus commune*, pero ambos se encuentran ínti-

³ Cfr. CORTESE, Ennio, *Il rinascimento giuridico medievale*, Bulzoni Editore, Roma, 1996, ps. 11-13. Sobre la importancia de la compilación de Justiniano en el desenvolvimiento posterior del derecho, puede consultarse el libro de MAGANZANI, Lairetta, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus Juris nella cultura del giurista europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

⁴ CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 373.

⁵ Cfr. CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Le fonti e il pensiero giuridico, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, ps. 49-54.

mamente relacionados: el jurista medieval pensaba que el *jus commune* era punto de referencia obligada de todos los ordenamientos particulares, cuya existencia no resultaba posible si los desgajamos del *unum jus*⁶.

Para el hombre medieval, por encima del *jus proprium*, se hallaba el *jus commune*. En los estatutos de las comunas italianas era común que los jueces, al jurar el modo en que ejercerían su cargo, expresaran que el estatuto había de prevalecer sobre cualquier otra fuente y que sólo en caso de que la situación planteada no fuese prevista en el mismo, se podía recurrir a otra fuente. Así, por ejemplo, en el estatuto de Modena, del año 1327, el podestá debía jurar *facere et exercere officium et regimen civitatis Mutinae in totum et per singula verba quae in statutis Communis Mutinae continentur; et ubi statuta non essent secundum jura et leges*; por su parte, el estatuto de Novara, de 1277, establecía que la función judicial debía prestarse *secundum formam statuti, ubi sunt statuta, et statutis deficientibus, secundum leges romanas*; y el estatuto de Como, del año 1281, señalaba que el funcionario judicial debía jurar resolver los casos *secundum statuta civitatis Cumarum, et deficientibus ipsis statutis, secundum usus et bonos mores eiusdem civitatis approbatos, et his deficientibus, secundum leges et jura*. Ha de aclararse que, con la expresión *jura et leges*, los estatutos hacían referencia al derecho común, identificado con el derecho romano, al que se reconocía inspiración divina⁷.

Es así como, cuando Dante se encuentra con Justiniano en el Paraíso, éste, refiriéndose a su compilación, le dice:

*Tosto che con la Chiesa mossi i piedi,
a Dio per grazia piacque di spirarmi
l'alto lavoro, e tutto 'n lui mi diedi.
(Paridiso, VI, 22-24)*

De esta suerte, el *Corpus Juris* asume un carácter sagrado. La Glosa califica, en múltiples ocasiones, a la obra de Justiniano, de *sacratissimae leges*, de

⁶ Francesco Calasso destaca la íntima vinculación existente entre *jus proprium* y *jus commune*. Al respecto, afirma que se comete un grave error cuando “si dimentica l'altro termine dell'antitesi concettuale, che caratterizza il sistema normativo dell'età di mezzo: vale a dire il *jus proprium* degli ordinamenti particolari. Si dimentica cioè, che questo diritto, come contrapposto logico del *jus commune*, fece parte dello stesso sistema normativo; dal quale, perciò, non può essere pensato storicamente come indipendente... Di quegli ordinamenti particolari, infatti, nessuno pensava di poter dar norme a se stesso, astraeendo dall'esistenza di un ordinamento superiore più vasto: il *jus commune*. Il quale è, dunque, punto di riferimento comune e costante per tutti gli ordinamenti particolari esistenti ed è parte essenziale della loro vita; con molta semplicità lo statuto trecentesco di un piccolo comune lombardo dichiarava come primo principio: *jure tripartito sive triforini regulamur et regimur, canonico videlicet, civili etiam et municipali*. Ed era la verità: el *jus proprium* nasceva naturalmente vincolato all'utrumque *jus*, sia che si svolgesse in conformità di questo, sia che ne rappresentasse una deviazione” (CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1970, ps. 111-112).

⁷ Cfr. CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, op. cit., ps. 455-457. Sobre los ordenamientos jurídicos medievales, puede verse la exhaustiva obra de CARAVALE, Mario, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna, 1994.

donum Dei, de sitio donde el Espíritu Santo se alberga: *Sanctum locutum fuisse credendum est*. El glosador Odofredo, por su parte, expresaba: *Nos... primo legimus Digestum vetus, postea Codicem, in quo est practica totius civiles sapientiae*. Para el jurista de esta época, en la compilación de Justiniano se encerraba toda la posible sabiduría y, en ella, se hacía evidente la inspiración divina que tendía a ubicar a ese cuerpo de leyes en un nivel superior, alejado de la mutabilidad propia de todos los productos del acontecer humano.

Pero he aquí que la labor cumplida por los glosadores tendía a adaptar los principios del derecho romano a la realidad social de su época. De allí que la *aequitas* no fuera concebida como un principio superior al derecho, sino como algo inherente a éste. Así, al comentar el pasaje del *Digesto* donde Ulpiano, retomando una opinión de Celso, define al derecho como *ars boni et aequi*, Irnerio nos dice: *bonum et aequum vocat hic justiciam, differt autem aequitas a justitia; aequitas enim in ipsis rebus percipitur, que, cum descendit ex voluntate, forma accepta fit justitia*⁸. Adviértase que la *aequitas* se percibe en la misma cosa, *in ipsis rebus percipitur*. La justicia viene a ser una actualización de la *aequitas*, la cual, con base en las normas positivas, se transforma en *aequitas constituta*, esto es, en justicia⁹. En idéntico sentido, una antigua glosa de la escuela de Bolonia expresa: *justicia fons est aequitas*, la equidad es fuente de la justicia.

Ahora bien, a fines del siglo XIII se produce una profunda renovación de los estudios jurídicos: la exégesis de los textos cede su puesto a construcciones dogmáticas, donde el ideal de sistematización se hace presente. Es la época de los denominados comentaristas, entre los que se destaca la figura de Bartolo de Saxoferrato. El cambio fue facilitado por el mayor poder que, en ese tiempo, fueron adquiriendo las comunas y las corporaciones, que impusieron la necesidad de establecer la relación en que se hallaban esos ordenamientos jurídicos

⁸ Cfr. BESTA, Enrico, *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano)*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, 1980, vol. II, Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus., p. 1. Sobre la obra de los glosadores, resulta fundamental el libro de Hermann LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I, Die Glossatoren, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997.

⁹ Cfr. LACLAU, Martín, *La historicidad del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 25-27. En análogo sentido, Ennio Cortese sostiene que “la causa naturalis dell'obbligazione non era che una delle incarnazioni dell'aequitas, ma ne rappresentava bene il carattere essenziale; in quanto racchiusa nei fatti, raffigurava una realtà tutta obiettiva. La vita giuridica è però continuo movimento, e ogni dinamica richiede l'azione di una forza soggettiva: ha bisogno, cioè, che una volontà converga con l'aequitas, e riformulandola in una dichiarazione, componga atti capaci di conseguenze giuridiche. Nel momento in cui la volontà soggettiva assimila l'equità obiettiva essa diventa una volontà non più generica ma specifica, che assume il nome di giustizia. Lo spiega Irnerio in una glosa densa ed elegante.... La dialettica tra equità e giustizia instaura dunque un altro dei circuiti vitali nel mondo del diritto, quello tra oggetto e soggetto, tra la natura e l'uomo. Non è peraltro un circuito sostanzialmente diverso da quello che corre tra *aequitas rudis* ed *aequitas constituta*: l'aequitas constituta è infatti una regola empirica trasformata in comando per il tramite di un atto di volontà —ossia della giustizia— del legislatore. Ogni jus deriva infatti dalla justitia, anzi, secondo Ulpiano, da lei prende persino il nome; è un figlio che nasce dalla madre e ne eredita le caratteristiche principali: tra le quali anzitutto la natura soggettiva” (CORTESE, Ennio, *Il diritto nella storia medievale*, II Il Basso Medioevo, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1995, ps. 100-101).

particulares con el *unum jus* propio del Imperio. Si los glosadores no habían percibido este problema en su real importancia, los comentaristas se lo plantearon y buscaron diversas soluciones al mismo.

En un comienzo, se buscó entre los textos alguno que abriese la posibilidad a la noción de *permissio*, a la que se consideró fundamento de la *potestas statuendi* de las comunas. La solución se halló en el tratado de paz de Costanza del año 1183, donde el emperador permitió que los municipios se sirvieran de sus propias costumbres, concediendo que los juicios de apelación fuesen resueltos por un representante suyo de conformidad a esas *consuetudines* y *mores*. Este permiso hubo de ser extendido luego a las costumbres nacidas con posterioridad a la paz de Costanza, siempre que no mediara oposición por parte del emperador.

Esta solución presentaba el inconveniente de que, dependiendo la *permissio* de la voluntad del emperador, así como éste la otorgaba, también podía revocarla. Ello condujo a que se buscara un fundamento más estable a la validez de los estatutos. Bartolo de Saxoferrato halló la solución del problema partiendo de la noción de *jurisdictio*, que para el hombre medieval abarcaba, no sólo la potestad del magistrado para esclarecer el derecho, sino el conjunto de poderes que eran requeridos para el gobierno, con lo cual la *jurisdictio* se identificaba con el ordenamiento mismo. Bartolo advertía que había diversos tipos de ordenamientos, que podían ir desde una *jurisdictio minima*, como era el orden dependiente del propietario de un fundo, que se ejercía dentro de los límites de éste, hasta una *jurisdictio maxima*, que era la propia del emperador, abarcadora de todo el mundo. Cada *jurisdictio* gozaba de su propia autonomía y podían dictarse, dentro de sus límites, sus propias regulaciones. De esta suerte, los límites de cada estatuto hallábanse fijados por las necesidades propias del mismo, encontrando en la *jurisdictio* la razón de su validez. Así, la validez de los estatutos dejaba de estar sujeta a las condiciones subjetivas de quien permitía su existencia y pasaba a asentarse sobre bases objetivas y estables¹⁰.

Francesco Calasso distingue tres momentos en la evolución del derecho con relación al puesto que se asigna al derecho común dentro del ordenamiento normativo. El primero de ellos abarca, aproximadamente, los siglos XII y XIII y se caracteriza por el predominio absoluto del derecho común, a punto tal que las restantes fuentes jurídicas sólo son admitidas en la medida en que no contradigan ese *jus commune*. Una segunda fase se hace presente en los siglos XIV y XV. En ella se asiste a la paulatina afirmación del *jus proprium* como fuente por excelencia de los ordenamientos particulares. Aquí el derecho común pasa a presentar un carácter subsidiario, puesto que, como vimos, se recurre a él para resolver los casos no previstos por el *jus proprium*. En esta época, los juristas continúan viendo al derecho romano con respeto y reconociendo su importancia, pero ya no se lo percibe como algo sagrado, cuyos textos deban ser seguidos escrupulosamente sin someterlos a cambio alguno. Esta circunstancia se hace

¹⁰ Cfr. CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, op. cit., ps. 485-501.

patente en la diferencia del método empleado por los glosadores de la anterior edad y por los comentaristas, cuyas obras prevalecen ahora. En tanto los primeros se limitaban a esclarecer los textos romanos sin introducir ninguna modificación en ellos, los comentaristas los acercan al mundo de la vida social de su tiempo, modificando aquellas partes que estiman pertinentes para el logro de los objetivos propuestos. La tercera fase que nuestro autor distingue, que se inicia en el siglo XVI, abre el paso a la modernidad. Los ordenamientos particulares ya no se consideran como emanados de un ordenamiento universal. El derecho estatal, cuya validez emana de la voluntad del *princeps*, es la fuente normativa por excelencia. De allí en más, el *jus commune* ya no será considerado como un derecho objetivo, propio del Imperio universal, sino que su validez estará sujeta a la voluntad del *princeps*, en la medida en que ésta determine que pueda recurrirse a él en caso de silencio de las fuentes estatales. El recorrido al que hemos asistido, permite que Calasso distinga estos tres períodos, designando al primero como período del derecho común, al segundo como período del derecho común subsidiario, y al último como período del derecho común particular, en el cual el *jus commune* ha perdido, no sólo su supremacía, sino, también, su carácter objetivo¹¹.

Como vemos, las leyes romanas fueron leídas e interpretadas durante la Edad Media de modo tal que el derecho casuístico de los romanos concluyó transformándose en un derecho de principios. Con agudeza, Frédéric Zenati-Castaing nos dice que “los romanistas medievales definieron, ellos mismos, su método como siendo el método del *jus commune*, es decir, del derecho común, un método consistente en comparar (la noción de comparación tendrá, como se verá, una importancia decisiva para el porvenir del método del derecho común) y jerarquizar las reglas del derecho, para distinguir aquellas que tienen un carácter de principio de aquellas otras que no lo tienen, sea que ellas provengan de principios, sea que ellas constituyan la aplicación de éstos... Esta clasificación les ha servido de técnica de interpretación, en el sentido de que los principios debían ser interpretados extensivamente, mientras que las excepciones debían serlo restrictivamente. Más allá de esto, ella ha permitido reunir las fuentes heteróclitas del derecho medieval alrededor de un cuerpo legítimo munido de la autoridad de la razón. Ella ha marcado el nacimiento de la doctrina, aproximación sistemática y conceptual al derecho, de la cual nunca nos hemos apartado desde entonces, incluso en la práctica”¹².

¹¹ Cfr. CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune*, op. cit., ps. 125-126.

¹² ZENATI-CASTAING, Frédéric, “Les principes généraux en droit privé”, publicado en *Les principes en droit* (sous la direction de Sylvie CAUDAL), Economica, Paris, 2008, ps. 257-273; la cita corresponde a las ps. 259-260).

Es curioso advertir cómo, con base en los principios generales, se fue conformando el derecho francés. Comparando el derecho consuetudinario de regiones diversas, se puso en evidencia la existencia de principios comunes, esto es, de principios generales que regían en distintas regiones, con lo cual el derecho se fue unificando¹³.

En el siglo XVI, las costumbres, que hasta ese entonces habían tenido una existencia oral, comenzaron a ser redactadas, primero en forma privada y luego en forma oficial, y de esta suerte se facilitó la obra de comentaristas que, en su conjunto, dieron origen a un cuerpo doctrinario. De esta suerte, se fueron estableciendo reglas generales, comunes a diversas regiones, a las que se atribuyó el carácter de principios. Las múltiples costumbres pasaron a ser percibidas como aplicaciones de principios que, en su conjunto, fueron dando forma al derecho francés, que surgía como un orden jurídico que otorgaba validez última a los ordenamientos regionales. La comparación entre las costumbres permitía distinguir, en las reglas de cada una de ellas, las que podían ser consideradas principios, las que derivaban de esos principios y las que habían de ser vistas como excepciones a éstos.

Dentro de este movimiento cumplieron destacado papel Charles Dumoulin, con sus comentarios al derecho consuetudinario de París, cuya orientación fue seguida, en términos generales, por Guy Coquille y Antoine Loysel. El primero de ellos, autor de *Commentaire sur la coutume de pays et duché de Nivernais*, de 1590, y de *Institution au droit des Français*, de 1595, es considerado como el más destacado comentarista de las costumbres del norte de Francia¹⁴.

¹³ Refiriéndose al nacimiento del derecho consuetudinario, Jean-Louis Thireau señala: “L’émergence des coutumes territoriales est généralement perçue comme la conséquence de la disparition conjuguée du droit romain et des droits barbares. Du X^e au XII^e siècle, on aurait vécu dans une sorte de vide juridique, partiellement comblé par les accords ou ‘convenances’ (conventioniae) conclus par les membres de l’aristocratie féodale pour régler les affaires privées, la dévolution successorale des biens, la condition des femmes, le statut des fiefs. Peu à peu, les clauses de ces accords, à force d’être réitérées, auraient donné naissance à de règles reconnues comme obligatoires, à des normes coutumières. Les juridictions féodales et seigneuriales auraient joué aussi leur rôle dans la fixation de ces règles, en les confirmant, éventuellement en les modifiant par leurs jugements, ce qui expliquerait que les ressorts des coutumes aient souvent épousé les limites des seigneuries” (THIREAU, Jean Louis, *Introduction historique au droit*, Flammarion, Paris, 2009, p. 125). El mismo Thireau analiza el proceso que paulatinamente lleva a la unificación del derecho consuetudinario (cfr., op. cit., ps. 126-134 y 241-253). Sobre el tema puede verse, asimismo, OURLIAC, Paul y GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l’An mil au Code Civil*, Albin Michel, Paris, 1985, ps. 83-108 y 138-140; TIMBAL, Pierre-Clément y CASTALDO, André, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, Paris, 1990, ps. 329-341 y 410-413; BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte y GAUDEMET, Jean, *Introduction historique au droit. XIII^e-XX^e siècle*, LGDJ, Paris, 2010, ps. 71-83; WIJFFELS, Alain, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Presses Universitaires de France, 2010, ps. 105-121 y 227-238.

¹⁴ En sus *Questions et réponses sur les coutumes de France*, Guy Coquille considera que “nos coutumes ne sont pas statuts, ains sont le vray droict ciuil”. El pueblo de cada provincia tiene el derecho de establecer sus propias leyes; pero estas derivaban de la costumbre y no se escribían: “Car nos predecesseurs plus adonnez à faire & bien faire, qu’à escrire & dire, n’ont faictes leurs loix par escrit: mais par long usage les sont admises & receuës, pour regler toutes leurs actions”. El rey Carlos VII, viendo las dificultades que engendraba la prueba de estas costumbres,

Por su parte, Loysel intentó preparar el terreno para la unificación del derecho de costumbres y, para ello, elaboró una compilación de máximas y adagios extraídos de muchas recopilaciones de costumbres; sobre todo, se valió de las de París, Reims y la región de Vermandois¹⁵. En este sentido, continuó con la dirección fijada por Dumoulin en su *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*, de 1547, donde se postulaba la existencia de un derecho francés original y se tendía a lograr su unificación valiéndose del estudio comparativo de las costumbres.

La presentación de un corpus jurídico basado en principios halló amplia acogida y fue favorecida por el espíritu racionalista que imperó durante los siglos XVII y XVIII. Un caso paradigmático lo ofrece Jean Domat, cuya obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* organizó y relacionó dentro de un sistema las leyes que provenían del derecho consuetudinario y del derecho romano. A estas últimas las consideró como una expresión de la perfecta racionalidad y ello explica que les atribuyese el carácter de “leyes inmutables” en la medida en que no contradijeran los principios de la moral cristiana¹⁶.

ordenó que ellas fuesen recopiladas y puestas por escrito. Coquille concluye destacando: “Puis chacune Prouince a ses meurs & honneurs diuerses; & partant les loix, comme elles ne sont semblables, aussi doyent elles estre faites selon le goust & sens de chacun peuple. Aussi la supreme souueraineté du Roy y est recogneue, en ce que les Etats son assemblez par auctorité du Roy, & les Commissaires deputez par luy y president. Donques nos Coustumes sont nostre vray droict ciuil, & sur icelles faut raisonner & interpreter ex bono et equo, ainsi que faisoient les Iurisconsultes Romains sur les loix & edicts; & faut dire quod fit ars boni et equi, & non pas une officine de subtilité & rigueur”. Para Coquille, las leyes romanas sólo son aplicables ante el silencio de las costumbres, reconociendo que ellas están “fondées en toute raison”. Asimismo, las Costumbres de París son aplicables ante el silencio de la costumbre regional (Cfr. COQUILLE, Guy, *Questions et responses sur les coutumes de France*, Chez la vefeu Abel L’Angelier, Paris, 1611, ps. 1-5).

¹⁵ En un prefacio dirigido a sus hijos, Loysel pone en claro cual fue el propósito que guió su obra: “Tout ainsi que nostre grand maistre et docteur commun de droit romain nous enseignoit qu’il falloit soigneusement auiser aux règles et principes de chacune partie d’iceluy, ainsi ai-je pris peine et plaisir tout ensemble en le pratiquant avec notre droit François, par l’espace de quarante ans et plus, de remarquer en nos Coustumes et usage ce qui avoit apparence de règle ou sentence, et les assemblant peu à peu, les arranger en quelque meilleur ordre, espérant que double profit en adviendrait..... Qui seroit que, tout ainsi que les Provinces, Duchés, Comtés et Seigneuries de ce royaume régies et gouvernées sous diverses coutumes, se sont avec le temps rangées sous l’obéissance d’un seul Roy, et quasi de sa seule et unique monnoie: ainsi enfin se pourroient-elles réduire à la conformité, raison et équité (uniformité) d’une seule loi, coutume, poids et mesure, sous l’autorité de Sa Majesté. Vous pouvant assurer que la plupart de ce qui est ici projecté, se trouvera extrait de la source et origine du droit ancien coutumier et plus ordinaire de ce royaume, usage et pratique d’icelui; n’y ayant apporté que bien peu du mien, avec l’ordre et la liaison dont j’ai appris qu’il faut toujours avoir grand soin” (LOYSEL, Antoine, *Institutes coutumières*, Durand Libraire, Paris, 1846, Tome premier, ps. XXXV-XXXVI).

¹⁶ La estrecha relación entre los primeros principios y las creencias religiosas surge del comienzo mismo de la obra, donde Domat afirma: “Il semble que rien ne devroit être plus connu des hommes, que les premiers principes des loix qui reglent & la conduite de chacun en particulier, & l’ordre de la société qu’ils forment ensemble, & que ceux même qui n’ont pas les lumieres de la Religion, où nous apprenons quels sont ces principes, devroient au moins les reconnoître en eux-mêmes, puisqu’ils sont gravés dans le fond de notre nature. Cependant ont voit que les plus habiles de ceux qui ont ignoré ce que nous enseigne la Religion, les ont si peu connus, qu’ils ont établi des regles qui les violent & qui les détruisent” (DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur*

Todo este movimiento fue desarrollado, en sus aspectos esenciales, dentro del clima que fue imponiendo la escuela clásica del derecho natural. Pongamos el ejemplo de Leibniz, uno de sus máximos exponentes. En uno de sus trabajos jurídicos, titulado *Méditation sur la notion commune de justice*, afirma la preeminencia de las formas racionales sobre los contenidos volitivos, de las definiciones sobre los hechos de la experiencia. Es, precisamente, a través de un proceso lógico-deductivo, que pueden extraerse de las definiciones las normas jurídicas particulares, con lo cual el derecho ya no queda expuesto a las contingencias propias de la experiencia sensible. Ello otorga su fundamento a la creencia en principios jurídicos cuya vigencia no está sujeta a la mutabilidad espacio-temporal, sino que, por el contrario, han de ser considerados válidos para todo tiempo y lugar. Así, nos dice Leibniz: “Si se trata de un término delimitado por un significado preciso, en una palabra, si es más que un mero sonido, vacío de sentido, como ‘blitiri’, el término o palabra ‘justicia’ tendrá alguna noción o definición inteligible. De toda definición pueden alcanzarse consecuencias seguras utilizando las reglas irrefutables de la lógica, y esto es, precisamente, lo que se hace al fabricar ciencias apodícticas y demostrativas, que no dependen de los hechos, sino exclusivamente de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento y también el derecho, que no se apoyan en las experiencias y en los hechos, y sirven más bien para dar razón de los hechos y regularlos por anticipado, lo cual ocurre con el derecho aún si no hubiese ley en el mundo”¹⁷. En este párrafo puede verse, con gran claridad, el espíritu racionalista que dominaba la época.

El proceso de codificación, que alcanza su plenitud con la sanción del Código Civil francés de 1804 y que reconoce su fuente en el derecho común que había sido elaborado por los juristas de las generaciones anteriores, tuvo como lógica consecuencia, que esos principios, que habían sido utilizados por éstos para dar coherencia a los ordenamientos que elaboraban, pasaran a ser parte del derecho positivo. Así, Portalis, en el *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil*, no dudaba en afirmar que el papel que incumbe a la ley consiste en fijar las máximas generales del derecho, esto es, los principios que han de guiar luego al juez y al científico, quienes deben aplicarlos a las situaciones concretas

ordre naturel, t. I, Chez Pierre Auboüin, Pierre Emery & Charles Clouzier, Paris, M DC XCVII, ps. 1-2). Unos párrafos más adelante, se transparenta el ideal racionalista de la época en el siguiente texto: “Comme il n’y a donc rien de plus nécessaire dans les sciences, que d’en posséder les premiers principes, & qu’en chacune on commence par établir les siens, & par y donner le jour qui met en vue leur vérité & leur certitude, pour servir de fondement à tout le détail qui doit en dépendre; il est important de considérer quels sont ceux des loix, pour connoître quelle est la nature & la fermeté des regles qui en dépendent” (op. cit., p. 3).

¹⁷ LEIBNIZ, G. W., “Escritos políticos”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 281. Anteriormente, me he ocupado del análisis de este escrito en mi libro *La historicidad del derecho* (op. cit., ps. 54-58), al cual me permito remitir al lector.

que ofrezca la vida corriente, y cuya labor ha de ser considerada como un suplemento de la legislación¹⁸.

De esta suerte, los principios pasaron a ser contenidos de la ley, transformándose en fuentes formales del derecho, y sólo conservaron su anterior carácter aquellos que no obtuvieron su consagración legal y aquellos otros que fueron reconocidos con posterioridad a la sanción del Código. Ello determinó que la doctrina de los principios generales pasara a ser elaborada, en su mayor parte, no ya por doctrinarios del derecho, sino por los tribunales. Claro está que a estos principios generales se les reconoció un carácter subsidiario, debiendo recurrirse a ellos únicamente en aquellos casos en que la ley guardase silencio frente a la situación planteada. El art. 4º del Código Civil francés expresaba, en ese sentido: *Le juge que refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*. Ahora bien, si el juez ha de pronunciarse siempre ante los casos que se le planteen, no pudiendo alegar el silencio del texto legal, para la solución de aquellos casos no contemplados por la legislación ha de recurrir a otras instancias, como la jurisprudencia de los tribunales, la doctrina elaborada por los tratadistas, y a los principios generales del derecho, que se obtienen por inducciones llevadas a cabo a partir del texto legal¹⁹.

La transformación que se ha cumplido no puede ser más notoria. Cuando en los siglos XVII y XVIII los juristas hablaban de principios del derecho, se estaban refiriendo a un conjunto de leyes superiores a las del derecho positivo, que dotaban a éstas de validez y que se correspondían con la esencia del hombre y de las cosas. Así, Christian Wolf, en su *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, expresaba: §1. *Per Jus Naturae hic intelligimus scientiam juris naturalis hominum & obligationum eidem respondentium*; y, a continuación, agregaba: §2. *Quae in Jure Naturae traduntur, demonstranda sunt, ex ipsa quidem*

¹⁸ “L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s’épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation” (PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1988, p. 26).

¹⁹ En ese sentido, comentando el citado art. 4º del Código Civil, Marcadé expresaba: “Le juge devra donc prononcer toujours, en suppléant à la loi, soit par des inductions tirées de la loi elle-même, soit en recourant à la jurisprudence des tribunaux, à la doctrine des auteurs, aux décisions des jurisconsultes romains; soit enfin, en se décidant d’après ses propres lumières et les principes de la raison et de l’équité. On voit ainsi que, par cet article, tous les principes du droit naturel sont tacitement consacrés, ce qui amène une différence profonde, capitale et d’une portée immense entre la législation romaine et la nôtre” (MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, Cotillon Libraire du Conseil d’Etat, Paris, 1859, p. 59).

essentia & natura hominis atque rerum²⁰. En cambio, a partir de comienzos del siglo XIX, cuando se habla de “principios generales del derecho”, los juristas se refieren a normas que se hallan implícitas en el cuerpo mismo del derecho positivo y a las cuales el intérprete puede llegar, partiendo de éste, merced a razonamientos lógicos y abstractos.

En los últimos treinta años, el problema de los principios del derecho ha cobrado nueva vida dentro del pensamiento filosófico. A ello ha contribuido el desarrollo creciente que han tenido tanto la filosofía de los valores como las nuevas corrientes hermenéuticas. Tampoco es ajeno a este proceso la crisis de las teorías normativistas tradicionales. Figura destacada en la iniciación de esta nueva dirección es, indudablemente, la de Josef Esser, quien publicó, en el año 1956, una obra que, bajo el título de *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung*, planteó la nueva temática en términos rigurosos y claros. Cabe señalar, por otra parte, que el auge de esta temática no es ajeno a la vasta difusión de los escritos de Ronald Dworkin y de Robert Alexy, dos de los jusfilósofos de mayor relevancia en nuestros días.

La teoría de Esser se asienta sobre la diferenciación entre pensamiento sistemático y pensamiento tópico. En el primer caso, los conceptos se relacionan entre sí siguiendo reglas lógico-rationales, dentro de un plano ajeno a todo contacto con la experiencia, lo que lleva a que la solución de los problemas concretos se busque y encare dentro del mismo sistema, sin referencia alguna a datos históricos. En cambio, el pensamiento problemático se asienta en la historia y va incorporando nuevos elementos, sin necesidad de considerarlos como partes de un sistema preestablecido²¹. Esser se inclina por esta segunda vertiente, no pasándole desapercibidos los riesgos que implica anteponer la coherencia lógica propia del pensamiento sistemático a las valoraciones concretas de las

²⁰ WOLFIO, Christiano, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum. Pars prima, in qua obligationes et jura connata ex ipsa hominis essentia atque natura a priori demonstrantur et totius philosophiae moralis omnisque juris reliqui fundamenta solida jaciuntur*, Francofurti & Lipsiae, M DCC XL, ps. 1-2.

²¹ “Problemdenken ist linear, ist in naiven Sinne historisch orientiert. Es baut an, nicht ein; es übernimmt und gibt wieder auf, ohne daß die Erkenntnis außerhalb dieses Problemes berührt worden wäre. Eine Rechtsmeinung wird am Fall uns seinen Evidenzen unter Anlehnung an Bekanntes entwickelt - als eine Wahrheit für diesen Fall. Sie bleibt aber auch für ihn ein Stück Geschichte, sie entsteht, erhält Autorität und vergeht wieder, mit der Kassation oder der stillschweigenden Preisgabe und dem overruling einer Judikatur”. A continuación, refiriéndose al pensamiento sistemático, nos dice: “Systemdenken ist von geschichtsloser Dimension – seiner Ideologie nach. Es ist logisch aufgebaut und verschränkt und im naiven Sinne ontologisch begründet. Nicht das hic et nunc der doxa und der opinio iuris trägt die Entscheidung, sondern das Wesen” einer Rechtsbeziehung uns - einrichtung und der innere “Ordnungszusammenhang, der sich in dogmatischen System spiegelt” (ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1964, p. 239).

diversas situaciones que se presentan en la vida real. Para él, frente a un caso concreto, no existe una única solución justa, a la que pueda arribarse con base en operaciones deductivas que, como en los sistemas axiomáticos, partieran de premisas que les son propias.

Claro está que, según Esser, lo dicho no implica desconocer que los casos individuales siempre se dan dentro de un contexto sistemático, lo que lo lleva a considerar que los distintos casos concretos han de relacionarse entre sí, conformando un sistema. En realidad, Esser no está impugnando la posibilidad de que se reconozca, dentro del ámbito de la ciencia jurídica, la existencia de un sistema; su crítica se dirige, únicamente, a la utilización, dentro de ella, de un sistema axiomático y cerrado. Para él, el sistema que ha de ser considerado viable es uno que se encuentre abierto al mundo de los valores. Así, la utilización de un sistema axiomático ha de ser sustituida por un sistema abierto, de configuración siempre provisoria, dentro del cual puedan irse integrando las innovaciones sucesivas procedentes del pensamiento problemático.

Dentro de esta perspectiva, adquiere singular importancia la distinción entre principios y normas. Para Esser, aparte de los textos legales, existe un derecho extralegal, que se incluye en el espacio decisional dentro del cual el juez debe moverse. Esos elementos, que sin estar en el texto legal lo acompañan, funcionando como un elemento propulsor y reproductor del sistema jurídico, son los principios. “Esser distingue entre principios normativos y principios informativos. Los primeros forman parte del derecho positivo, puesto que, al haber sido utilizados por el legislador o por la jurisprudencia, se han incorporado en instituciones que forman parte del ordenamiento reconocido como positivo. En cambio, los principios informativos no pasan de ser meras guías para la actividad del legislador o del juez, no hallándose incorporados a ninguna institución del derecho positivo y, por consiguiente, su papel se reduce a orientar el desenvolvimiento de éste. Claro está que, para Esser, un principio informativo puede llegar a transformarse en principio normativo en la medida en que sea reconocido como operante para la solución de un conjunto de problemas, en tanto que un principio normativo puede, a su vez, actuar como fuente de la que derivan una serie de reglas jurídicas. Es la valoración del juez la que, en última instancia, permite extraer principios a partir de las normas y también deducir normas a partir de principios”²².

Para Esser, los principios hacen su aparición cuando se intenta resolver un caso concreto y esta circunstancia le lleva a formular una ley histórica de acuerdo a la cual, siempre que se plantea un problema, se formulan los principios y ello concluye en la consolidación de un sistema. Una vez que los principios son reconocidos en el caso donde se plantean, se transforman en soluciones generales de problemas, esto es, en factores formativos y reproductores que conforman

²² LACLAU, Martín, “*Los principios del derecho en el pensamiento de Josef Esser*”, op. cit. (el párrafo citado corresponde a la p. 20 del artículo).

el sistema jurídico. De allí que los principios sean, por esencia, dinámicos: ellos no constituyen elementos fijos, válidos para todo tiempo y lugar, sino que, antes bien, se trata de criterios valorativos que dependen de las contingencias de la experiencia; asumiendo, por consiguiente, una dimensión histórica.

Si la distinción entre norma y principio aparece claramente expuesta en la obra de Esser, fue indudablemente Ronald Dworkin el gran difusor de la misma, empleándola como base de su crítica al positivismo jurídico en la versión que de éste presentaba Herbert L. Hart. Son muchos los que consideran a Dworkin como el más destacado jusfilósofo de la segunda mitad del siglo XX y, evidentemente, su pensamiento estuvo en el centro de los debates que se fueron dando en las últimas décadas de la pasada centuria. En ese sentido, la aparición de su obra *Taking Rights Seriously* en 1977 tuvo un eco extraordinario, favorecido por el predominio, en esa época, del pensamiento anglosajón, y por el desempeño de su autor como profesor en Oxford y en Harvard, dos de las más destacadas universidades donde las nuevas teorías se iban exponiendo y discutiendo. Dworkin ha tratado los más diversos temas; pero, en la presente oportunidad, nos limitaremos a encarar su noción de principio jurídico.

En las páginas introductorias de *Taking Rights Seriously*, Dworkin se presenta como un defensor de la teoría liberal del derecho, si bien afirma que es opositor a la que denomina *teoría jurídica dominante*, que también es considerada como una teoría que ofrece un perfil liberal. Esta teoría dominante consta de dos partes: una de ellas indaga *qué es* el derecho, en tanto que la otra versa sobre lo que *debe ser* el derecho; además, se considera, generalmente, que ambas partes son independientes entre sí²³.

La primera parte de la teoría dominante es ejemplificada con el pensamiento de H. L. Hart, que se nos presenta como una versión del positivismo jurídico. Para Hart, el derecho consiste, únicamente, en un modelo de reglas convencionales, esto es, en un conjunto de reglas positivas que se identifican merced a una regla convencional, la *regla de reconocimiento*, que es la que determina los criterios de validez de las normas que integran el sistema. Así, la pertenencia de las reglas al sistema deriva, no de su contenido, sino de su origen, esto es, de la manera en que fueron adoptadas. Las normas jurídicas válidas constituyen, de esta suerte, un conjunto cerrado, dentro del cual se agota lo que podemos denominar *derecho*. Dworkin criticará esta teoría, sosteniendo que, cuando los juristas razonan acerca de los derechos y obligaciones, sobre todo cuando se enfrentan a casos difíciles, se valen de estándares que ya no se

²³ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, p. VII.

presentan como reglas, sino como principios, cuyo modo de operar es diverso al de éstas²⁴.

En cuanto a la segunda parte de la teoría jurídica dominante, esto es, a la indagación acerca de lo que debe ser el derecho, Dworkin afirma que lo que prevalece es el utilitarismo y que éste se fundamenta en dos principios: el *eudemonista*, que sostiene que la conducta moralmente correcta ha de orientarse a tratar de evitar, dentro de lo posible, todo sufrimiento humano y, al mismo tiempo, intentar la satisfacción de los intereses de los individuos; y el *igualitario*, conforme al cual en el cálculo del beneficio general ha de computarse a cada individuo como uno y a ninguno de ellos como más de uno. De estos principios se infiere que los gobiernos han de intentar lograr el máximo bienestar promedio entre los integrantes de la colectividad. Claro está que, para Dworkin, la postura utilitaria está sujeta a críticas, toda vez que ella ignora la existencia de derechos individuales que no pueden ser sacrificados con el pretexto de alcanzar el bienestar colectivo.

Veamos ahora, brevemente, la crítica que Dworkin efectúa a la tesis positivista que reduce el derecho a un conjunto de reglas jurídicas. Para ello, nuestro autor habrá de referirse a los por él denominados *casos difíciles*, que hacen su aparición cuando en un litigio determinado el caso no puede subsumirse claramente en una regla jurídica que haya sido establecida anteriormente por alguna institución. En tal situación, el positivista considera que el juez resuelve de modo discrecional, recurriendo a pautas no convencionales, que resultan ser extrajurídicas, puesto que, dentro de esta concepción, el derecho sólo se halla integrado por reglas convencionales. Para Dworkin, el error de la tesis positivista radica en haber confundido una parte con el todo, no advirtiendo que, dentro del derecho, además de las reglas, hallamos otro tipo de estándares que no funcionan como reglas, sino que tienen su modo específico de operar: son los principios.

Dworkin pone como ejemplo el célebre caso *Riggs v. Palmer*, en el cual un tribunal de Nueva York decidió que una persona que había asesinado a su abuelo carecía de derecho a recibir los bienes dejados por éste, a pesar de que el fallecido, en su testamento, lo había instituido como su heredero legítimo. La aplicación literal de la ley testamentaria llevaba a que el asesino recibiese la herencia; pero el tribunal consideró que “todas las leyes, al igual que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del *Common Law*, entre las que se encuentra la que establece que a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar alguna demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad con su propio crimen”²⁵. Cabe destacar que, al aplicar este principio según el cual nadie puede sacar provecho de su propio delito, los jueces no pensaban que estuviesen usando facultades discrecionales, sino que, por el contrario, se hallaban sentenciando conforma al derecho vigente.

²⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 22-23.

²⁵ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 23.

Al negar carácter jurídico a los principios, los positivistas describen la actividad judicial en forma distinta a la que surge de la interpretación que los mismos jueces hacen de ella. Pero, además, si el ejercicio de la magistratura se llevara a cabo en forma totalmente discrecional, el resultado sería palmariamente antidemocrático e injusto. El carácter antidemocrático se desprende de la circunstancia de que los jueces, que no son elegidos por el pueblo, se encontrarían creando derecho, cuando en una organización democrática este poder de creación encuéntrase reservado a los poderes constitucionales cuyos titulares son investidos por elección popular. A ello debe agregarse que, si los jueces actuasen discrecionalmente, sus sentencias serían injustas, pues provendrían de una aplicación retroactiva de la ley: no se castigaría la infracción a un deber jurídico que el individuo tenía, sino que el castigo derivaría de un deber jurídico nuevo, creado por el juez con posterioridad al hecho que se pretende juzgar.

Para Dworkin, la distinción entre reglas y principios se basa en dos características fundamentales: en primer lugar, en el carácter disyuntivo que presenta la aplicación de las reglas, y, en segundo lugar, en la dimensión o “peso” que es propio de los principios. Las reglas son aplicables de manera disyuntiva, puesto que, dados los hechos a que una regla determinada hace referencia, o bien ésta es válida, debiendo, por consiguiente, ser aceptada la respuesta que ella da al caso, o bien no es válida, con lo cual ha de ser descartada, toda vez que no aporta nada a la decisión que ha de tomarse. Como vemos, las reglas responden, para Dworkin, al ideal de la subsunción en la aplicación del derecho. Claro está que las reglas pueden tener excepciones en lo que a su aplicación se refiere; pero ello no es óbice al mantenimiento de la tesis de su aplicación disyuntiva, puesto que en el enunciado de la regla podrían, desde el punto de vista teórico, incorporarse todas las posibles excepciones que ésta pudiera presentar²⁶. Ahora bien, contrariamente a lo que ocurre con las reglas, los principios no son susceptibles de aplicación disyuntiva. Un principio puede no ser aplicado, no obstante su validez. Aquí juega una dimensión de peso o importancia frente a otros principios que también son relevantes. Los principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se anulan entre sí, sino que, en caso de conflicto entre dos de ellos, el juez habrá de sopesar la importancia de cada uno, priorizando el de mayor peso²⁷. Los principios serán, de esta suerte, como dos vectores cuyas fuerzas concurrentes llevasen a una resultante, que sería la solución del caso.

²⁶ Dworkin caracteriza a las reglas del modo siguiente: “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision” (DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 24-25).

²⁷ “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and

Según Dworkin, el derecho se encuentra integrado por reglas y principios. Ello explica porqué, para nuestro autor, la circunstancia de que el juez, al resolver los llamados “casos difíciles”, haya de recurrir a los principios, no implica que la discrecionalidad judicial sea libre y absoluta, esto es, que pueda recurrir a cualquier principio, sino que, por el contrario, esa discrecionalidad se limita a la utilización de principios que hayan sido acogidos dentro del sistema jurídico. De lo dicho se infiere la importancia que tiene determinar qué principios pertenecen al derecho positivo, puesto que sólo ellos habrán de ser los que guíen al juez en la toma de su decisión²⁸.

El juez, ante un caso difícil, debe buscar algún principio que sea aplicable a la materia sobre la que tiene que resolver; pero este principio debe hallarse dentro del derecho vigente. Tal búsqueda implica riesgos y dificultades. Para llevarla a cabo exitosamente, nos dice Dworkin que quien la acomete ha de estar dotado de una especial habilidad y erudición, unidas a cierta perspicacia. Estos son atributos que no se encuentran fácilmente, a punto tal que nuestro autor designa al juez con el nombre de Hércules, figura mitológica que poseía facultades sobrehumanas. El juez ha de considerar como principios que forman parte del derecho vigente aquéllos que explican y fundamentan, en mayor medida, la historia jurídica de la comunidad. Para Dworkin, un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más sólida que pueda proporcionarse como justificación de las reglas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión.

La teoría de Dworkin acerca de los principios fue recogida por Robert Alexy, quien la desarrolla y profundiza en su libro *Theorie der Grundrechte*, publicado en 1985. Singular importancia reconoce este autor a la “dimensión de peso” que, según Dworkin, caracteriza a los principios; pero, como veremos, intenta darle mayor profundidad al considerar a éstos como “mandatos de optimización”.

Recuerda Alexy que es corriente contraponer la norma y el principio. Tal es lo que hizo Josef Esser en su libro *Grundsatz und Norm* y, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha distinguido, en diversas oportunidades, entre “las normas y los principios de la Ley Fundamental”. En cambio, para Alexy, la distinción ha de establecerse entre reglas y principios, puesto que ambos han de ser considerados normas, desde el momento en que ambos expre-

the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is” (DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 26-27).

²⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 31-39.

san lo que debe ser. Reglas y principios se nos presentan, de esta suerte, como dos tipos de normas.

Importa, ante todo, diferenciar entre principios y reglas. Alexy nos dice que “los principios son normas que ordenan que algo, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, sea cumplido en la mayor medida posible”²⁹, agregando que estas características hacen que los principios se nos presenten como “mandatos de optimización” (*Optimierungsgebote*). En cambio, “son reglas las normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Cuando una regla vale, entonces debe hacerse enteramente lo que ella exige, ni más ni menos. Las reglas contienen, de este modo, determinaciones acerca de lo fáctico y jurídicamente posible”³⁰.

De lo dicho se desprende que, en tanto que las reglas sólo pueden ser cumplidas totalmente o no, los principios admiten cierta graduación en su cumplimiento, esto es, pueden ser cumplidos en mayor o menor medida, conforme a las posibilidades que ofrezcan, en cada caso, el orden jurídico y los hechos reales sobre los cuales habrán de cumplirse. Además, los principios han de realizarse “en la mayor medida posible”, con lo cual se da la exigencia de la optimización del grado de su cumplimiento: los principios han de tener, en la medida de lo posible, preferencia con relación a otras normas del sistema jurídico. De allí que pueda hablarse de un “deber ser ideal” (...) al que ha de tender la aplicación de un principio.

Ahora bien, la diferenciación entre reglas y principios se patentiza con claridad al plantearse el diverso modo en que se solucionan las posibles colisiones entre principios y los conflictos que puedan suscitarse entre reglas. Para Alexy, “un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado introduciendo, en una de las reglas, una cláusula de excepción que suprima el conflicto, o declarando al menos no válida una de las reglas”³¹. Así, por ejemplo, el conflicto entre la regla que establece la prohibición de salir de una sala antes de que suene el timbre que lo permite y la que ordena abandonarla en caso de que suene la alarma de incendio, se soluciona, sea introduciendo en la primera regla una excepción y declarando que ella es válida salvo que suene la alarma de incendio, sea declarando inválida una de las dos reglas. En este último caso, esto es, cuando no resulta posible introducir una excepción, se toma una decisión acerca de la validez, declarando inválida una de las reglas.

Distinto es el caso de la colisión entre principios. A ese respecto, nos dice Alexy que “cuando dos principios entran en colisión, como en el caso en que según un principio algo esté prohibido y, según otro principio, lo mismo está permitido, uno de estos dos principios debe ceder”³². Aquí los dos principios son

²⁹ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, p. 75.

³⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 76.

³¹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 77.

³² ALEXY, Robert, op. cit., ps. 78-79.

válidos y la razón de que uno de ellos desplace a otros radica en que, en los casos concretos que se presentan, uno tiene más peso que el otro. “Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez; las colisiones de principios, dado que sólo principios válidos pueden entrar en colisión, tienen lugar más allá de la validez, en la dimensión del peso”³³. Los principios, desde el punto de vista abstracto, podrán poseer el mismo rango; pero, en el caso concreto, uno exhibe mayor peso que el otro, y esto le otorga prevalencia. De allí que Alexy pueda señalar: “Los dos principios conducen, tomados en sí mismos, a una contradicción. Pero esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de los dos principios no es válido y eliminándolo del orden jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de modo que en todos los futuros casos ese principio deba ser considerado como una regla cumplida o no cumplida. La solución de la colisión se encuentra, más bien, tomando en consideración las circunstancias del caso, en establecer una “relación de precedencia condicionada” (*bedingte Vorrangrelation*) entre los principios. El establecimiento de la relación de precedencia incondicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se muestran las “condiciones” (*Bedingungen*) bajo las cuales un principio precede a otro”³⁴. Claro está que, como el mismo Alexy manifiesta, si las condiciones varían la relación de precedencia puede variar.

Para formular la que Alexy denomina “ley de colisión entre principios” (*Kollisionsgesetz*), Alexy utiliza el signo “P” como símbolo de la relación de precedencia y los signos “P1” y “P2” para designar los principios que se oponen entre sí. Por su parte, las condiciones bajo las cuales uno de esos principios prevalece sobre el otro son designadas empleando la letra “C”. Valido de esos signos, Alexy formula la ley de colisión en los siguientes términos: “Si el principio ‘P1’, bajo las circunstancias ‘C’, precede al principio ‘P2’: (P1 \underline{P} P2) C, y si de P1, bajo las circunstancias ‘C’, resulta la consecuencia ‘R’, entonces vale una regla que contiene a ‘C’ como supuesto de hecho y a ‘R’ como consecuencia jurídica: C \rightarrow R”. A continuación, utilizando una formulación menos técnica, expresa la ley de este modo: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”³⁵. Alexy atribuye especial importancia a esta ley, de la cual se desprende con evidencia que no existen relaciones absolutas de precedencia, lo que exhibe con claridad que los principios son mandatos de optimización.

Ahora bien, ¿en qué relación se encuentran los principios con los valores? No pasa desapercibido a Alexy que unos y otros se hallan estrechamente vinculados, de suerte que el cumplimiento gradual de los principios se equivale con

³³ ALEXY, Robert, op. cit., p. 79.

³⁴ ALEXY, Robert, op. cit., p. 81.

³⁵ ALEXY, Robert, op. cit., p. 84.

la realización gradual de los valores. No obstante ello, Alexy afirma que, con independencia de las notorias similitudes que puedan darse entre ellos, no puede dejarse de lado una diferencia importante que los separa.

Introduciéndose en el tema, Alexy toma una distinción elaborada por Von Wright entre conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. Dentro de los conceptos deontológicos, se encuentran los de mandato, prohibición, permisón y el de derecho a algo. Estos cuatro conceptos pueden ser referidos a un concepto deóntico fundamental, el concepto de deber ser y, en ese sentido, se nos muestran como separados de los conceptos axiológicos y de los conceptos antropológicos.

Por su parte, los conceptos axiológicos se caracterizan porque, a diferencia de los deontológicos, no se refieren a la nota de mandato o de deber ser, sino que atañen a lo bueno. Para Alexy, la variedad de los conceptos axiológicos depende de la variedad de criterios merced a los cuales algo puede ser valorado como bueno.

Finalmente, los conceptos antropológicos son aquellos relacionados con la voluntad, con el interés, con la necesidad, con la decisión y con la acción. Nos aclara Alexy que “la caracterización de los objetos de la ponderación con la ayuda de expresiones antropológicas parece ser más frecuente que la que tiene lugar con la ayuda de expresiones deontológicas y axiológicas.... Como caracterizaciones de los objetos de ponderaciones jurídicas, no se refieren estas expresiones, de ningún modo, a conceptos antropológicos puros. Un concepto antropológico puro toma la expresión ‘interés’ para designar un deseo real. El que alguien quiera algo realmente no es condición necesaria ni suficiente para incluirlo en una ponderación jurídica, si bien puede ser una causa entre otras. Para llevar a cabo la ponderación tiene que tratarse de un interés que sea considerado desde el punto de vista del derecho o que merezca serlo. Las expresiones antropológicas utilizadas para caracterizar los objetos de ponderaciones jurídicas se refieren a conceptos que exhiben una dimensión deontológica o axiológica. Dentro de este contexto, ellas son siempre reemplazables por expresiones deontológicas o axiológicas”³⁶.

Conforme a lo que llevamos dicho, la estructura del modelo de los principios es esencialmente igual a la estructura del modelo de los valores. Principios y valores sólo se diferencian porque, en tanto que los principios poseen un carácter deontológico, los valores se ubican dentro de un plano axiológico. Ahora bien, para Alexy, en el derecho es preferible utilizar el modelo de los principios, puesto que en él se trata de lo que es debido y los principios expresan con claridad esta característica; además, considera que el modelo de los principios ciñe en mayor medida la temática y, por consiguiente, da lugar a menos posibles interpretaciones falsas.

³⁶ ALEXY, Robert, op. cit., ps. 126-127.

Reconoce Alexy que no puede darse un orden de valores o principios que lleve, en todos los casos, a una única decisión intersubjetivamente obligatoria. Pero esta imposibilidad de lograr un orden al que califica de “duro” no cierra la posibilidad de la existencia de órdenes más “blandos”, en los que la ponderación juegue un papel protagónico. “Contra el concepto de ponderación se ha objetado, en repetidas ocasiones, que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan su aplicación por sí mismos; por consiguiente, la ponderación quedaría sujeta al capricho de quien la realiza. Donde la ponderación comienza, cesa el control a través de las normas y el método. Se abre el espacio para el subjetivismo y el decisionismo judiciales. Estas objeciones son justificadas en la medida en que, con ellas, quiera decirse que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente hacia un resultado único. Pero ellas no son válidas en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es ningún procedimiento racional o que es irracional”³⁷.

En realidad, los principios entran en colisión cuando se intenta lograr la solución de casos concretos. En tal situación, hallamos que un principio sólo puede ser satisfecho a costa de otro. Recordemos que, para Alexy, los principios se realizan dentro de las “posibilidades jurídicas” que el caso permite. En otras palabras. Lo que un principio ordena es puesto en relación con lo que es ordenado por principios opuestos. Siendo los principios concebidos como “mandatos de optimización”, cobra singular importancia la ponderación, que es regida por una ley que Alexy formula de la siguiente manera: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”³⁸. Como vemos, el peso de cada principio no es algo inherente al mismo, sino que depende de su relación con otros principios, dentro de los condicionamientos que puedan darse, tanto en la esfera real como en la jurídica.

Si bien la ponderación no puede conducir a un resultado único e intersubjetivamente obligatorio, ello no implica que su utilización se encuentre carente de toda utilidad. Merced a ella, podemos vislumbrar el grado de afectación o de no satisfacción de un principio y, al mismo tiempo, el grado de importancia que conlleva la satisfacción de otro principio. La ponderación no nos da un resultado objetivo y cierto, pero nos permite ver qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que resulta de la ponderación³⁹. Claro está que, para Alexy, la ley de ponderación encuéntrase lejos de ser una fórmula vacía. Aun cuando su empleo no nos proporcione una regla que permita decidir, en forma definitiva, los casos, su empleo nos permite columbrar qué es lo que tiene que ser fundamentado con el auxilio de la razón,

³⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 143.

³⁸ ALEXY, Robert, op. cit., p. 146.

³⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 150.

estableciéndose, de esta suerte, una vinculación entre la ley de ponderación y la teoría de la argumentación jurídica racional⁴⁰.

En mi opinión, la distinción entre principios y normas que se encuentra en la base de los sistemas elaborados por Dworkin y Alexy constituye una radicalización de la postura sostenida anteriormente por Esser y finalizan en una inútil duplicación del universo normativo. En realidad, los principios no son normas, sino que constituyen intentos de racionalizar el momento axiológico que, necesariamente, se encuentra presente en toda norma jurídica.

En las normas jurídicas podemos distinguir tres niveles que íntimamente se relacionan entre sí, con lo cual no resulta posible separarlos: el nivel expresivo, el nivel empírico y el nivel axiológico. Los tres constituyen una unidad originaria⁴¹. Ante todo, resulta evidente que la norma se expresa en palabras. Ahora bien, entre el lenguaje y la realidad por él designada existe una relación íntima y originaria. El lenguaje no se nos exhibe como algo accesorio, que venga a agregarse a un material previamente constituido a nivel de las intuiciones, sino que él mismo integra el momento constitutivo. En otras palabras, el lenguaje no designa un objeto o una realidad ya plenamente conformadas, sino que las palabras que empleamos son elementos esenciales en la configuración de esa realidad. Nosotros pensamos con palabras y, debido a ello, todas nuestras experiencias se constituyen lingüísticamente. Es en el lenguaje donde se da la unidad entre el yo y el mundo y, por consiguiente, el lenguaje es el que fija el horizonte de mi comprensión.

Hace varios años, hablando sobre el tema, decía que “en los juicios enunciativos el ser se muestra, haciéndose patente. Trátase de un develamiento, de un salir a luz de algo que se hallaba en la penumbra y que ahora se hace presente. Sentado esto, cabe preguntarse qué ocurre en el caso de las normas, esto es, de las proposiciones prescriptivas. Aquí ya no nos encontramos en el mundo del ser, sino en el del deber ser. Las normas no intentan describir una realidad determinada, sino prescribir que cierto comportamiento debe ser cumplido en caso de darse ciertas circunstancias. Ahora bien, las normas se refieren a comportamientos humanos y éstos ineludiblemente, hacen referencia a valores. Es este universo axiológico el que se muestra, haciéndose presente, merced a la proposición normativa. Los juicios enunciativos tornan evidente la íntima e inescindible conexión entre la enunciación y la realidad a que esa enunciación

⁴⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 152.

⁴¹ En el presente trabajo sólo me permito dar un muy breve esquema de la postura que vengo asumiendo sobre la naturaleza de derecho y su conocimiento. Un mayor desarrollo de los temas señalados en este apartado podrá hallar el lector en mi libro *Soberanía y Estado de derecho*, publicado por la Editorial Astrea en 2014, y en mi artículo “El derecho como realidad cultural”, publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 28, Buenos Aires, 2008, ps. 275-290.

se refiere; las normas plantean, por su parte, el mismo tipo de conexión; pero, en este caso, ella se da entre la proposición prescriptiva y los valores en que ésta se funda⁴².

Si tomamos una norma, las palabras empleadas en ella hacen patente un comportamiento humano en tanto que debido. No se trata de las acciones que podamos realizar en el mundo de la experiencia sensible, que podrán ser explicitadas en enunciados descriptivos, sino de acciones debidas, esto es, de comportamientos ubicados en el plano del deber ser. Y a este plano se accede con base en intuiciones emotivas en las cuales los valores se muestran. En todo enunciado normativo se hace presente una valoración, bajo el aspecto de un comportamiento humano en tanto que debido.

Ahora bien, el derecho no se nos presenta como una realidad objetiva, como algo independiente del sujeto que intenta captarlo. No es algo que se encuentre frente a nosotros, como puede serlo la realidad natural. Muy por el contrario, trátase de una realidad cultural mutable, a la que no somos ajenos y en cuya comprensión se integran los aspectos expresivos, fácticos y axiológicos.

Si partimos de la distinción entre *texto normativo* y *norma jurídica*, advertimos que, en tanto el primero permanece inalterable a través del tiempo, la norma es esencialmente dinámica, puesto que su comprensión varía según el horizonte propio de las diversas personas que puedan interpretarlo. La interpretación se da dentro de un proceso dialéctico donde el horizonte del intérprete varía al intentar alcanzar el horizonte encapsulado en el texto normativo y, en forma pareja, éste también experimenta modificaciones por obra del intérprete. Este proceso dialéctico concluye con la fusión de ambos horizontes, dando nacimiento, de esta suerte, a la norma jurídica. Todo acto de interpretación resulta de una experiencia concreta, surge en un momento del tiempo, hállase sujeto a las coordenadas espacio-temporales. Trátase, en suma, de un dato histórico. Ello explica porqué no podemos hablar de interpretaciones definitivas. Nunca puede llevarse a luz, en forma total, la significación encerrada en un texto determinado. Cada época, cada individuo, van develando aspectos ignorados que, desde otras perspectivas, resultan poco menos que inaccesibles. De allí que el derecho se nos presente como algo esencialmente mutable, el cual, merced a la ineludible actividad interpretativa, entra en el campo de la productividad histórica.

⁴² LACLAU, Martín, *Soberanía y Estado de derecho*, op. cit., p. 183.

PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO

Por GRACIELA MEDINA

Resumen:

El presente trabajo tiene por fin analizar los principios generales del derecho de familia. Los principios generales son las ideas rectoras que rigen el derecho de familia. Se trata de pensamientos directores de la regulación familiar que son por un lado fuente de derecho y por otra parte criterio de interpretación tanto de las normas como de las soluciones a dar al conflicto entre derechos igualmente reconocidos.

Palabras clave:

Principios; Código Civil y Comercial; igualdad familiar; solidaridad familiar; responsabilidad familiar; interés superior del niño.

GENERAL PRINCIPLES IN FAMILY LAW IN THE UNIFIED CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Abstract:

The present essay aims to analyze the general principles of family law. The general principles are the guiding ideas that govern family law. These are the directors thoughts on family regulation and on the one side are legal sources and on the other criteria of interpretation both for the regulation and to the give conflict solutions between equally recognized rights.

Keywords:

Principles; Civil and Commercial Code; family equality; family solidarity; family responsibility; best interests of the child.

I. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Los principios generales del derecho son las ideas rectoras que rigen el derecho de familia. Se trata de pensamientos directores de la regulación familiar que son por un lado fuente de derecho y por otra parte criterio de interpretación tanto de las normas como de las soluciones a dar al conflicto entre derechos igualmente reconocidos.

Para poder desarrollar correctamente el tema de los principios generales del derecho de familia hay que partir de conceptualizar a los principios del derecho en general, determinar cuáles son sus funciones. Enumerar los principales principios del derecho en general y establecer como han sido tratados los principios generales del derecho en el CCyCN.

Al respecto el filósofo Dworkin, afirma que cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad¹

Para Alexy, en tanto, los principios son concebidos como razones que discurren en una dirección pero no incluyen en su formulación una decisión particular. Son directivas abiertas, la fórmula alexyana los concibe como “mandatos de optimización”².

Desde el punto de vista del jurista chileno Lepin los principios son un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que en base a una determinada orientación resuelva el caso, por decirlo de una manera, legislando en cada supuesto en particular. Lo que implica un reconocimiento, por parte del legislador, de sus limitaciones, en el sentido que no puede prever todas las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente³.

Los principios generales pueden cumplir dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley.

Como fuente se sostiene generalmente que los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres, como lo señalaba el art. 16 del CCiv.

Ello así pues los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

Como elemento de interpretación están contemplados en el art. 2º del CCyCN y sirven para interpretar las normas y en este sentido, ello trae dos consecuencias fundamentales:

¹ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 77.

² ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de BERNAL PULIDO, 2008, p. 349 y ss.

³ LEPIN, Cristian, *Los nuevos principios del derecho de familia*.

— Las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas se resolverán en base a los principios generales;

— El principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas nos dará la clave para su interpretación.

Señala Rivera que, son principios generales del derecho, entre otros:

— La capacidad de las personas físicas es la regla y la incapacidad la excepción;

— Las incapacidades no pueden extenderse por analogía;

— La libertad de formas de los actos jurídicos;

— La buena fe creencia y la buena fe lealtad;

— No cabe atender a quien alega su propia torpeza;

— Se repudia el fraude a la ley,

— No debe atenderse a quien actúa en contradicción con sus propios actos;

— Ha de prohibirse la justicia por mano propia;

— Ha de estarse por la conservación de los actos jurídicos;

— *Pacta sunt servanda*;

— Sin perjuicio de que *ad impossibilis nemo tenetur y rebus sic stantibus*;

— El patrimonio es garantía común de los acreedores;

— El género nunca perece;

— No se puede ejercer coerción sobre el deudor de obligaciones de hacer;

— Debe rechazarse el enriquecimiento sin causa;

— *Resperit et crescit domino*;

— *Prior in tempore potior in iure*;

— *Numerus clausus*.

Estos principios se aplican a las relaciones familiares siempre que no medien principios especiales que las guíen. Así, por ejemplo, el principio de la buena fe se ve claro en los efectos de las nulidades relativas del matrimonio que difiere según la buena o mala fe de los cónyuges, mientras que el principio del repudio del enriquecimiento sin causa se plasma en la solución dada para la ruptura de esponsales y es fuente del instituto de la compensación económica.

Además de los principios generales del derecho existen principios propios del derecho de familia en general y principios generales de algunas instituciones en particular.

En la época que se sanciona el CCiv. los clásicos principios del Derecho de Familia, eran los siguientes: a) Matrimonio indisoluble; b) Incapacidad relativa de la mujer casada; c) Administración de la sociedad conyugal unitaria y concentrada en el marido; d) Patria Potestad ejercida por el padre y e) Filiación matrimonial privilegiada.

Estos principios hoy han variado sustancialmente. En la actualidad podemos afirmar que los principios generales que regulan el derecho de familia son: el principio de libertad, de igualdad, de solidaridad, y de responsabilidad.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El CCyCN tiene como novedad que además de regular una parte general común a todo el ordenamiento iusprivatista, trae partes generales de cada rama del derecho, y en algunos casos adiciona partes generales a cada institución⁴.

En las partes generales se establecen los principios y las definiciones comunes a todo el derecho privado, y las propias y específicas de cada parte del derecho o de cada instituto.

En el ámbito del derecho de familia los principios generales se encuentran en el título “De las relaciones de familia”, donde se establecen los dos grandes principios rectores del derecho familiar que son el principio de igualdad y el de libertad, que pasaremos a analizar.

El principio de responsabilidad y el interés superior del niño se extraen de la interpretación armónica del CCyCN, la Constitución y los tratados de Derechos humanos.

En definitiva los principios generales del derecho de familia son aquellos que recoge la constitución y que conforman un núcleo duro indisponible que no puede ser dejado de lado por la voluntad de los particulares. En este sentido son indisponibles el principio de libertad familiar, de solidaridad familiar, de igualdad familiar, de responsabilidad y de interés superior del menor y los que de ellos se derivan como el de igualdad de los cónyuges y de los hijos, el derecho a casarse y a divorciarse, las reglas que regulan la responsabilidad parental, el contenido personal del matrimonio, etc.

El fundamento por el cual no se puede disponer de ellos deriva de la dignidad de la persona humana que se vería seriamente afectada si pudieran comprometerse estos principios esenciales para la vida familiar.

III. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

La libertad es el derecho a la libre decisión y a la autodeterminación. Implica la capacidad del individuo a realizarse con completa autonomía y genera el deber del Estado de respetar las decisiones individuales.

Esta visión liberal defiende entonces el principio de autonomía de las personas —el derecho de cada persona a escoger y llevar adelante su propio plan de vida— y exige, además, la neutralidad del Estado frente a las perspectivas morales individuales. Cada persona debe contar, entonces con la más amplia posibilidad de sostener y adherir a formas de vida distintas, ello es la base del principio de libertad en el derecho de familia que es recogido en los tratados de

⁴ MEDINA, Graciela, Sobre la importancia de las partes generales ver en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* dirigido por RIVERA, Julio César, *Introducción al estudio de las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p 259.

derechos humanos que reglan especialmente la libertad de fundar una familia y de casarse o no casarse que a continuación explicaremos.

1. La libertad de casarse y fundar una familia

El principio de libertad en derecho de familia está dado fundamentalmente por la libertad de casarse y de fundar una familia.

La libertad de casarse y de fundar una familia encuentra su consagración en los principales tratado sobre derechos humanos, así, por ejemplo:

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Art. 16: inc. 1º. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Pacto de San José de Costa Rica (1969)

Art. 17. Protección a la familia, inc. 2º. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condicione requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Convención de Derechos Humanos de Europa

Art. 12: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia y las leyes nacionales pueden reglamentar ese derecho.

En cuanto a la libertad de casarse puede afirmarse que nadie se encuentra obligado a casarse en contra de su voluntad por una promesa previa como son los esponsales, ni por una obligación religiosa, o un compromiso asumido por los padres. Sobre este tema hay numerosa jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que protege el derecho de las niñas de no ser casada en contra de su voluntad por motivos religiosos o por la mera voluntad de sus padres, supuestos que aunque aparezca extraños a las costumbres argentinas una gran parte del mundo, sobre todo del mundo musulmán, sigue aceptando.

2. La libertad de formas para constituir una familia. Matrimonial y extramatrimonial

Por otra parte la libertad de fundar una familia puede ejercerse independientemente del matrimonio, de allí que en la actualidad existe en la Argentina como en el resto del mundo un aumento de las parejas no casadas y gran número de familias extramatrimoniales.

En este contexto, la libertad significa permitir que los individuos puedan optar para formar una familia, por cualquier medio que les permita el libre desarrollo de su personalidad.

3. Libertad de no permanecer casado

Unido a la libertad de casarse se encuentra la libertad de no permanecer casado y es en aras de ese derecho a la libertad que el matrimonio no es indisoluble y se permite el divorcio vincular, no así el repudio unilateral por parte del hombre a la mujer.

4. Independencia entre la idea de familia y de reproducción

La libertad de fundar una familia se manifiesta en que la formación de una familia no está subordinada a la posibilidad de que haya una descendencia o, eventualmente de acoger un niño por adopción. En este sentido la filiación no constituye más un elemento que haga a la esencia de la familia es por ello que se admite que constituyen una familia las uniones sin hijos y sin intenciones o posibilidades de tenerlos, como las parejas de gente de mayor edad o las parejas de homosexuales.

5. La libertad para establecer un proyecto de vida en común en el matrimonio

El art. 431 del CCyCN establece que en el matrimonio los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad.

6. Excepciones al principio de libertad matrimonial. El derecho a casarse no es un derecho absoluto

El derecho a casarse, como todo derecho humano, no es un derecho absoluto y acepta limitaciones de parte del Estado.

Todos los Estados imponen prohibiciones absolutas para contraer matrimonio; entre ellas, *las relativas al parentesco*, de modo que se prohíbe contraer matrimonio entre sí a todos los parientes en la línea recta descendente y ascendente (en la que se incluye la adopción) y *las que surgen de la monogamia*, por la que no pueden contraer matrimonio quienes están ligados por un vínculo aún no disuelto.

Encarna Roca pone en evidencia es que este tipo de limitaciones “restringe la libertad individual y por ello, debe afirmarse que el derecho a casarse no puede nunca ser considerado como absoluto: su ejercicio depende de los requisitos que la ley exija y siempre que no sean irracionales, su legitimidad está asegurada”⁵.

⁵ ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Civitas, 1999, p. 102.

La libertad de contraer matrimonio se encuentra limitada por el mismo régimen matrimonial. En tal sentido sería nulo un pacto que antes de la celebración del matrimonio o durante su vigencia estableciera que los cónyuges no se encuentran obligados al deber moral de fidelidad. Justamente por su condición de moral, este pacto sería contrario a la moral e irremediamente nulo. Si se fijara un pacto de esta naturaleza no se podría hacer valer ni entre los cónyuges, ni frente a terceros.

Tampoco sería válido un pacto que estableciera la indisolubilidad del vínculo, porque la disolubilidad del matrimonio es un principio que no puede ser dejado de lado por la voluntad de los contrayentes.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD FAMILIAR

Antes de comenzar a tratar el principio de igualdad familiar cabe señalar que el principio de igualdad es un principio que se viene desarrollando desde la revolución francesa en adelante, pero que se incorpora al derecho de familia al finalizar el siglo XX. Hasta hace muy poco tiempo el principio no era la igualdad, sino las relaciones jerárquicas entre hombre y mujer y entre padres e hijos. Además no existía igualdad ante las diferentes formas de organización familiar porque el sistema jurídico prefería la familia matrimonial sobre la extramatrimonial y otorgaba más derechos a los hijos matrimoniales que a los extramatrimoniales.

Es necesario advertir que el principio de igualdad y no discriminación se encuentra presente en todos los tratados de derechos humanos. Y según afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (OC-4/84), “la noción desigualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad” (párr. 55)⁶.

Tratados de Derechos Humanos que contemplan el principio de igualdad

Como el principio de igualdad se extrae de los tratados de derechos humanos conviene repasar brevemente los textos que lo contemplan.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

De esta Convención extraemos el concepto de discriminación, que si bien fue pensado para la racial, es aplicable a todo tipo de discriminación.

⁶ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4238.pdf?view=1>.

El art. 1º dispone:

En la presente Convención, la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Art. 1º “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Art. 2º: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La Declaración de Universal de Derechos Humanos no utiliza la denominación “discriminación”, pero habla de la no distinción y establece el principio de la igualdad que es la base de la no discriminación.

Pacto de San José de Costa Rica

Art. 1º. Los Estados parte de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Art. 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Art. 2º, inc. 2º. Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Art. 3º señala que “los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Art. 2°. Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Convención de Derechos Humanos de Europa

Art. 14. Prohibición de discriminación. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención debe ser asegurado, sin distinción alguna fundada sobre el sexo, la raza, el color la lengua, las opiniones políticas, la religión, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna o toda otra situación.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Art 1° “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer; independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Como afirmáramos antes el principio de igualdad que receptan los tratados de derechos humanos no estuvo presente en todo momento en el derecho de familia. No es sino hasta muy avanzado el siglo XX cuando el principio de igualdad se introduce en la familia igualando a hombres y mujeres en sus relaciones con los hijos y en sus relaciones entre sí, tanto patrimoniales como personales y equiparando a padres e hijos en dignidad y respeto.

Y, en la Argentina, es recién en el siglo XXI con las leyes de matrimonio entre personas de igual sexo y la sanción del CCyCN que se equiparan las distintas formas de organización familiar otorgando igual trato a las familias matrimoniales que a las extramatrimoniales. Y a los matrimonios homosexuales y heterosexuales.

1. No toda desigualdad es discriminatoria

Todos los tribunales supremos que han analizado supuestos de discriminación concuerdan en afirmar que no toda desigualdad es discriminación. Así lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Opinión Consultiva de 19 de enero 1984, señalando que “no habrá, pues, discriminación si una

distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana⁷.

Por su parte, la Corte norteamericana ha resuelto “que el legislador no está inhabilitado para distinguir, por razones libradas a la discreción legislativa que los tribunales deben respetar, a menos de ser arbitrarias y hostilizantes contra personas o clases⁸”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado que “la igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se otorga en igualdad de condiciones a otros⁹”, “de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias¹⁰” sin que ello impida que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo¹¹.

Siguiendo a Kiper y a Puccinelli¹², de los fallos citados podemos extraer las siguientes reglas:

Debe tratarse de la misma manera a quienes se encuentran en idénticas circunstancias. “Pluralismo democrático, derecho a la identidad y derecho a la diferencia, hacen de bisagra con el derecho a la igualdad, porque éste presupone tomar en cuenta las situaciones distintas para adecuar en cada una y a cada una de ellas el ejercicio igualitario de todos los derechos personales, desde que nada lesiona tanto a la igualdad como deparar el mismo trato a quienes se hallan en situaciones disímiles, o no encarar estas desde su diferencia¹³”.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica “Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”. Disponible http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

⁸ “Bells v. Pensilvania”, 134 U.S.232.

⁹ C.S.J.N., Fallos 198:112.

¹⁰ C.S.J.N., Fallos 16:118.

¹¹ C.S.J.N., Fallos 182:355; id. 299:146; id. 300:1049; id. 301:1185; id. 302:192.

¹² KIPER, Marcelo, *Derecho de las minorías ante la discriminación*, p. 114; PUCCINELLI, *El principio de igualdad en occidente alcances y perspectivas*, ED 142-903.

¹³ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en Las Américas dictado en 1998 (dos años antes de terminar el siglo XX) dice: Des-

El legislador puede contemplar situaciones que considera diferentes y fijar tratamientos dispares. Una norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable, basada en un interés constitucionalmente relevante, proporcionada respecto de su finalidad, pero si tiene fundamento suficiente no es arbitrario y por tanto no es inconstitucional.

2. Manifestaciones del principio de igualdad familiar

El principio de igualdad familiar se manifiesta en la igualdad del hombre y de la mujer, la igualdad de los matrimonios heterosexuales y homosexuales, la igualdad de las familias y la igualdad de los hijos.

3. Principio de igualdad del hombre y la mujer en las relaciones familiares

La igualdad del hombre y de la mujer es un principio largamente proclamado desde las primeras décadas del siglo pasado pero que costó un siglo que se plasmara en una realidad legislativa, aunque no de hecho.

La Revolución Francesa incorpora al mundo occidental el postulado general y absoluto de la igualdad de todos los seres humanos.

Este indiscutible principio de derecho requirió más de dos siglos para que su enunciado adquiriera eficacia práctica. Al comienzo, la igualdad se obtuvo sólo para los hombres. Inicialmente eran iguales los hombres burgueses que tenían una renta mínima y sólo ellos podían votar, luego, fue aceptado que todos los hombres por su condición de tales tenían derechos electivos, y tras guerras y genocidios, se incorporaron los derechos humanos.

Desde 1789 pasó casi un siglo y medio para que el postulado de igualdad se aplicara a las mujeres. La concretización, al igual que en el caso de los varones, se hizo en forma paulatina, pero a diferencia de ellos, el proceso fue mucho más lento y hoy se encuentra inacabado.

A las personas del género femenino, tras ardua lucha, se les reconoció el derecho al sufragio, luego se aceptó su igualdad en orden a la capacidad patrimonial, cualquiera fuera su estado civil, y finalmente se le reconoció su igualdad en la esfera doméstica.

Desde mediados del siglo pasado se advirtió que los reconocimientos legislativos nacionales individuales, resultaban insuficientes para dar eficacia al

igualdad entre hombres y mujeres para adquirir, administrar y disponer de bienes de la sociedad conyugal. En la Argentina, los bienes cuyo origen no se pueda determinar, son administrados por el marido. En Chile, el marido en ciertos casos administra los bienes sociales y los de su mujer. En Brasil la mujer casada no tiene la misma capacidad que su cónyuge para administrar ciertos bienes. En Ecuador, se presume que a falta de estipulación en contrario, el marido administra los bienes de la sociedad conyugal. En Guatemala, el marido es el administrador del patrimonio conyugal. En República Dominicana, el marido es el administrador de los bienes conyugales y propios de su mujer. BIDART CAMPOS, *Casos de derechos humanos*, Ediar, 1997, p. 244.

principio de igualdad de las mujeres, universalmente reconocido por los países occidentales como pilar indiscutible de todos los ordenamientos jurídicos.

Para lograr concretar en la práctica la igualdad de las mujeres, se necesitó que la comunidad de naciones dictara convenciones internacionales, en las cuales los Estados se comprometían a establecer mecanismos idóneos para convertir en realidad las declaraciones de igualdad de sus legislaciones internas, mediante la adopción de medidas positivas tendientes a evitar que, por su género las mujeres, no alcanzaran a gozar de sus derechos humanos básicos.

El principio de igualdad entre el hombre y la mujer no se encontraba en el CCiv. el que estaba estructurado sobre un modelo de familia establecido en base a la potestad del marido/padre sobre la persona y bienes de su mujer e hijos, que se mantuvo vigente hasta solo hace unos años, en que se empiezan a incorporar criterios de igualdad en las relaciones familiares.

4. Desigualdades familiares entre hombres y mujeres subsistentes hasta el año 2015

Podemos afirmar que hasta la entrada en vigencia del CCyCN existían diferencias jurídicas arbitrarias entre los derechos del hombre y de la mujer, por ejemplo, la mujer nunca podía otorgar su apellido en primer lugar a sus hijos matrimoniales. Este aspecto ha sido reformado por la ley 26.994 que permite que cualquiera de los integrantes del matrimonio dé su apellido a sus hijos en primer término. Por otra parte las donaciones que el hombre realizara a la mujer en ocasión del matrimonio podían ser objeto de convenciones matrimoniales pero no podían ser objeto de convenciones matrimoniales las donaciones que la mujer realizara al marido, con la dificultad que las donaciones hechas en convenciones matrimoniales podían ser revocadas en caso de divorcio pero solo el marido tenía esta facultad porque la mujer no podía incluir sus donaciones en la convención matrimonial (arts. 1217 y 212 del Cód. Civil). Esta diferencia también ha sido suprimida por el CCyCN.

5. La incorporación del principio de igualdad familiar en el Código Civil y Comercial Unificado

El fundamento del principio de igualdad reside en la concepción democrática de la familia que se afirma después de la Constitución del año 1994 y de la constitucionalización de las Convenciones de Derechos Humanos que impiden establecer desigualdades matrimoniales tanto con relación al sexo, como al género de los contrayentes.

Al receptar la Convenciones de Derechos Humanos el CCyCN deja de lado todos los resabios desigualitarios que contiene el derecho civil entre los géneros, que aún persistían y que hemos enumerado en el punto anterior.

El art. 402 del CCyCN establece como principio rector del matrimonio la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes.

Este principio general tiene una doble función: por un lado, es fuente de derecho, y por el otro, es pauta de interpretación de las normas matrimoniales, las que no podrán ser interpretadas ni aplicadas en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad entre los integrantes del matrimonio, cualquiera que sea su género.

Lloveras indica que el art. 402 reconoce su fuente en el art. 42 de la ley 26.618, que autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁴.

Por nuestra parte, creemos que el art. 402 es muchísimo más amplio que el art. 42 de la ley 26.618, ya que el art. 42 se limita a establecer el principio de igualdad entre matrimonios homosexuales y heterosexuales.

Basta leer los textos para advertir las diferencias. Mientras la ley 26.618 dice: “Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por *dos* [2] personas de distinto sexo”, el art. 402 establece: “*Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo*”.

Claramente se advierte que el CCyCN dispone el principio de igualdad entre los cónyuges, que es un principio más abarcativo que el de igualdad entre matrimonios de igual y diferente sexo.

Nos interesa tratar de explicar cuál es el alcance del principio de igualdad conyugal tanto en la esfera personal como en la esfera patrimonial.

• Principio de igualdad conyugal en la esfera personal

En la esfera personal, múltiples son las aplicaciones concretas del principio de igualdad conyugal. A saber:

La igualdad de roles: Que otorga a cada uno de los cónyuges el derecho a no recibir un trato discriminatorio, ni diferente en la distribución de sus cargas por razón de su género y correlativamente le impone un deber de respetar la esfera personal del otro cónyuge.

En esta línea, la igualdad supone, como indica Lacruz Berdejo, que la ley no toma partido por uno u otro cónyuge, ni identifica roles o funciones que primen unos sobre otros. Esto es particularmente significativo en relación con el papel que va a desempeñar cada uno de los esposos en la comunidad familiar, que no está legalmente predeterminado.

¹⁴ LLOVERAS, Nora, El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil, JA 2012-II, “El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil”, Número Especial, p. 11.

El principio de igualdad implica la no diferenciación en razón del género en plena consonancia con la ley de Protección Integral de la Mujer que impide discriminar por el género.

El reparto de papeles y funciones en el marco de la comunidad de vida establecida se debe dejar, por tanto, a la autonomía de la voluntad en el seno de cada pareja, partiendo de la base de que, a la hora del reparto, ambos cónyuges están en pie de igualdad y ninguno queda subordinado a la voluntad del otro¹⁵.

Tal punto de partida no supone, sin embargo, que el resultado final conlleve necesariamente a una absoluta paridad o identidad en la concreción de los efectos personales en cada matrimonio, pues habrá circunstancias personales, sociales o económicas que puedan modalizar la concreta medida de estos efectos en cada caso. Por poner un ejemplo: el deber de asistencia depende en su concreción de las necesidades y circunstancias de cada uno de los cónyuges, lo que puede llevar a que, en un matrimonio concreto, uno sea siempre deudor y el otro acreedor; la igualdad lo que supone, por tanto, es que ambos son potenciales deudores y acreedores de estos efectos personales en igual medida¹⁶.

La igualdad de capacidad jurídica: Implica que el matrimonio no le resta capacidad jurídica a ninguno de los cónyuges, quienes mantienen intacta su capacidad de ejercicio después de la celebración de las nupcias. Este principio no se encuentra en contradicción con la circunstancia de que el Código exija en algunos casos el acuerdo como, por ejemplo, en los actos referidos a la vivienda familiar (art. 456) porque viene justificado, por el principio de solidaridad y de respeto a la necesidad de dar protección a la vivienda familiar.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, ella no impide que uno de los cónyuges no celebre con el otro un mandato para que lo represente, o un contrato de representación, lo que indica la igualdad de ejercicio es que un cónyuge no representa al otro en virtud de su sexo o condición o porque se lo considere superior.

La igualdad en la valoración del interés familiar: El principio de igualdad también se manifiesta en la determinación del interés familiar que está presente en muchas normas. El principio de igualdad aparece como rector en la toma de decisiones que deben tomar los cónyuges o el juez en aras del interés familiar en las que no se debe considerar preponderante, por principio el interés de uno de los cónyuges respecto del resto de sus miembros, ya que todos los intereses se sitúan en igual posición y han de ser valorados por igual.

La igualdad frente a los hijos se ve reflejada en la circunstancia de que ambos son titulares de la responsabilidad parental y que ningún género prima a la hora de atribuir el cuidado personal del hijo o la custodia del niño. En este

¹⁵ LACRUZBERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil – Familia*, t. IV, Dykinson, Madrid, 2008, p. 65. Ver también al respecto GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Edersa, Madrid, ps. 182-183.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *Derecho de familia*, Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 470.

sentido, el CCyCN supera al régimen del CCiv., que prefería a la madre para el otorgamiento de la tenencia hasta los 5 años del niño (art. 206 del CCiv.).

La igualdad en caso de conflicto se ve determinada porque en el supuesto de falta de acuerdo entre los esposos no se prefiere la decisión de uno sobre otro para dar finiquito al diferendo, sino que lo que se hace es abrir un recurso ante los órganos jurisdiccionales para que resuelvan la controversia¹⁷.

La igualdad en materia de nombre se advierte en la posibilidad que CCyCN otorga a ambos cónyuges por igual de dar el primer apellido al hijo (art. 64) y por la factibilidad de cualquiera de los cónyuges de utilizar el apellido del otro con la preposición “de” o sin ella, posibilidades que según la Ley de Nombre sólo estaba reservado al varón.

• El principio de la igualdad en la esfera patrimonial

Por otra parte, en lo patrimonial el principio de igualdad se proyecta en múltiples regulaciones del CCyCN, así:

La igualdad en materia patrimonial: permite la libre contratación entre cónyuges en el régimen de separación de bienes, que se encontraba limitada en el sistema del Código, *posibilita la elección del régimen patrimonial matrimonial* (art. 456) que en el CCiv. era único legal y forzoso, al tiempo que obliga por igual a ambos contrayentes en orden a la contribución de su propio mantenimiento y de las necesidades del hogar (art. 455). La posibilidad de la elección de régimen patrimonial también deriva del principio de libertad.

La igualdad patrimonial en el régimen de comunidad no se ve menoscabada porque en algunas circunstancias se solicite el asentimiento del otro consorte, ni porque en otros casos se requiera la comunicación de los actos de gran importancia del cónyuge titular a su esposo, ya que estos requisitos constituyen una forma de preservar la intangibilidad de sus patrimonios y derechos eventuales.

6. Consecuencia de la vulneración al principio a la igualdad

El principio de igualdad limita el principio de libertad y de autonomía de la voluntad de los esposos y convivientes, en tal sentido un pacto que elimine la igualdad de los cónyuges o convivientes que no resulte equitativo o que subordine constantemente a un cónyuge o conviviente sin que exista un motivo razonable o plausible que lo justifique sería nulo por ser contrario al principio constitucional de la igualdad y a lo dispuesto por el art. 442 del CCyCN.

¹⁷ Hasta el dictado de la ley 25.781, el art. 1276 disponía que “Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido...”.

7. La igualdad entre el matrimonio de personas de igual sexo y de matrimonio de personas heterosexuales

El principio rector de la igualdad se aplica, por imperativo legal, no sólo a los contrayentes sino a los diferentes tipos de matrimonios, ello siempre en la medida de lo posible.

En cuanto a los efectos personales y patrimoniales, no hay diferencia entre los matrimonios de personas de igual sexo y de diferente sexo, pero lógicamente si las hay en orden a la filiación por la imposibilidad de procrear en forma conjunta que tienen las personas de igual sexo. Como las desigualdades de la naturaleza no pueden ser borradas por la voluntad del legislador, ellas subsisten.

A continuación enunciaremos cuáles son esas excepciones en orden a la determinación de la maternidad y paternidad natural.

Excepciones a la igualdad en matrimonios heterosexuales y de personas de igual sexo

Determinación de la maternidad. En los matrimonios heterosexuales donde sólo hay una madre, ésta se determina por el hecho del parto, mientras que en los matrimonios entre mujeres donde hay dos madres, una de ellas, para determinar su maternidad debe demostrar que ha dado su consentimiento informado y libre, y debidamente inscripto, en el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas, con la técnica de fecundación asistida, mientras que la otra determina su maternidad por el parto (art. 569).

Determinación de la paternidad. En los matrimonios heterosexuales donde sólo hay un padre se presume la paternidad del marido de la madre en la filiación natural (art. 566), mientras que en los matrimonios de homosexuales, donde hay dos padres esto no es posible y sólo se logra por la gestación por otro que no está regulada en el CCyCN., pero que es posible su realización en otros países que la admiten como la India, Rusia o algunos Estados de USA.

8. El principio de igualdad de filiaciones

La igualdad entre los diferentes tipos de hijos es casi total. En este aspecto no se admite ningún tipo de diferenciación entre los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ni con respecto a los hijos adoptivos. Las mayores diferencias se daban en el plano de los derechos sucesorios porque hasta el año 1983 los hijos extramatrimoniales heredaban la mitad que los hijos matrimoniales, tal distinción se suprimió con el dictado de la ley 23.264 que equiparó a los hijos matrimoniales con los hijos extramatrimoniales y se encargó de afirmar que todos los hijos tenían iguales derechos. El CCyCN unificado mantiene el principio de igualdad de derechos para todas las filiaciones, pero existe una diferencia ente los hijos nacidos por técnicas naturales y por adopción los nacidos por fecundación asistida que consiste en que los primeros tie-

nen derecho a conocer sus orígenes en forma ilimitada y los segundos no tienen igual amplitud de derecho.

9. *Igualdad familiar*

En mérito a tal principio no pueden existir diferencias de derechos entre los distintos tipos de familia. Con anterioridad a la vigencia del CCyCN, subsistían grandes diferencias entre la familia matrimonial y la familia extramatrimonial, por ejemplo. ante la muerte del conviviente el supérstite no podía reclamar daños y perjuicios por no ser heredero forzoso (art. 1078 del CCiv.) por otra parte los miembros de un concubinato (hoy denominado unión convivencial) no podían proteger su vivienda familiar mediante el régimen del bien de familia, ya que éste estaba destinada a la familia matrimonial y sólo los cónyuges la podían constituir. Esta diferencia también ha sido eliminada por el capítulo 3 de la Sección tercera del libro Primero que se refiere a Vivienda.

Las distinciones que subsisten en las diferentes familias son de carácter patrimonial. Entre ellas cabe señalar que en la familia matrimonial los cónyuges gozan de derechos hereditarios *ab intestato* mientras que los convivientes no los tienen y los esposos si no realizan un pacto prenupcial de bienes se rigen por el régimen de comunidad mientras que los convivientes que no pactan su régimen patrimonial se rigen por un régimen de separación.

V. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

1. *La solidaridad legal o jurídica*

Enseña Laje que “la solidaridad legal es aquella que tiene como pauta válida la ecuación que resulta de la concurrencia entre necesidad y posibilidad”¹⁸.

La solidaridad se da entre personas que tienen algo en común, entre personas que la ley considera que forman parte de una relación jurídica por la que la necesidad de uno debe concurrir con la posibilidad de otro. No se trata de igualdad de prestaciones, sino de igualdad de situaciones fácticas vinculantes, a partir de la cual se crea la obligación solidaridad.

Dicha *igualdad fáctica* se da ejemplarmente en la familia donde el individuo desarrolla principalmente sus vínculos sociales, satisface sus necesidades primarias y recibe la orientación inicial que posibilita todo su desarrollo actual y posterior¹⁹.

La familia actual ha dejado de lado algunos de los fines que le eran esenciales como el de la fidelidad matrimonial y el de la convivencia matrimonial

¹⁸ LAJE, Alejandro, “La solidaridad familiar” en libro *Derecho Moderno*, t. II, Rubinzal-Culzoni, 2014.

¹⁹ LAJE, Alejandro, “La solidaridad familiar” en libro *Derecho Moderno*, Amicus Amicorum Marcos Córdoba, op. cit.

forzosa, se ha transformado por el principio de la libertad, pero mantiene cohesión gracias a la idea de solidaridad.

Ante la metamorfosis familiar por el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad y de respeto a la libertad individual, el principio que aparece como unitivo y que da cohesión a la familia es el de la solidaridad de los miembros que la integran. En este sentido la tutela constitucional que se otorga a la familia debe ser interpretada en función del principio de solidaridad que se configura como una cláusula fundamental en aras del desarrollo de la personalidad.

Enseña Marcos Córdoba que la solidaridad es una virtud contraria al individualismo y busca el bien común. Su finalidad es intentar o solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás y se produce como consecuencia de la adhesión a valores comunes, que lleva a compartir creencias relacionadas con los aspectos fundamentales de los planteamientos políticos, económicos y jurídicos de los grupos sociales. El dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias entre los humanos, postula la universalidad de sus derechos esenciales y se orienta primariamente hacia quienes sufren²⁰.

La finalidad del principio de solidaridad es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad; ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. De lo contrario puede predicarse el principio de igualdad pero no se cumple cuando, por ejemplo, el hombre cuenta con todos los medios económicos y su compañera carece de lo imprescindible para subsistir. Es allí donde la solidaridad es imprescindible para lograr la igualdad.

El dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de la igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistemas jurídico occidental²¹.

Resulta necesario resaltar lo señalado por Córdoba, en cuanto a que por la tendencia que se está produciendo en el Derecho de Familia, la solidaridad va a ser en unos años, el único elemento en común que posean los diferentes tipos de familia²².

²⁰ CÓRDOBA, Marcos M., "Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados". Publicado en La Ley 28/03/2011, 1, LL 2011-B-872, MILLÁN, Fernando, "El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad", *Revista DFyP*, La Ley 01/07/2012, 245.

CÓRDOBA, Marcos M., Sesión del *Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones del 26 de marzo de 2012*, Instituto Ambrosio Gioja, Universidad de Buenos Aires.

CÓRDOBA, Marcos M., *Nuevas normas legales rigen la materia alimentaria*, t. 1990-B, Sec. Doctrina, La Ley, ps. 1189-195.

²¹ LAJE, Alejandro, op. cit.

²² Conferencia realizada en el Municipio de la Ciudad del Pilar, abril de 2013.

2. La solidaridad familiar y su regulación legal

Cabe preguntarse si el principio de solidaridad familiar tiene regulación legislativa. La respuesta es afirmativa.

La solidaridad familiar, está regulada en normas legales como por ejemplo las que establecen la obligación alimentaria recíproca entre ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado y entre parientes afines en primer grado (Título IV, Capítulo 2, sección 1 del Libro II del CCyCN, entre los arts. 537 al 554); las que imponen Asistencia de la tutela (Sección 2ª “De la tutela”, Capítulo 10 del Libro I del CCyCN); las que regulan Asistencia de la curatela (Sección 3, del Capítulo 10 del Libro I del CCyCN). Este principio también se advierte en el derecho de alimentos para el cónyuge (art. 432 y siguientes del CCyCN), el régimen de bienes primarios común a todos los regímenes matrimoniales (arts. 454 a 462 del CCyCN) el régimen de bienes obligatorios de la unión convivencial similar al régimen primario de bienes del matrimonio (arts. 520, 521 y 522 del CCyCN) y la especial protección a la vivienda familiar (arts. 522 y 456 CCyCN).

De este conjunto normativo surge que el principio de solidaridad se encuentra presente tanto en las relaciones conyugales como en las relaciones parentales y de parentesco.

El derecho de alimentos, es la manifestación más evidente del principio de solidaridad familiar, sin duda se presenta como una forma de proteger al cónyuge, al conviviente o al pariente que se encuentre en estado de necesidad, que no pueda subsistir sin la ayuda económica del otro cónyuge, conviviente o pariente.

Por su parte, el régimen patrimonial-matrimonial de comunidad es una expresión de la solidaridad familiar y de la protección del patrimonio familiar, a través de los gananciales en la comunidad que permiten obtener el 50% de los bienes al cónyuge que no los adquirió.

Pero la prueba máxima de solidaridad familiar se encuentra en el régimen primario de bienes, regulado en el CCyCN bajo el nombre de “Disposiciones comunes a todos los regímenes” donde el código recepta un conjunto de normas, referidas a la economía del matrimonio que se aplican de forma imperativa a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal y que tienen por objeto tanto asegurar un sistema solidario que obligue a ambos cónyuges a satisfacer las necesidades del hogar y asegure a los acreedores que esas deudas serán solventadas con el patrimonio de los dos esposos, como proteger la vivienda familiar y los bienes que la componen.

Estas normas que reflejan la solidaridad familiar también se encuentran en el régimen de bienes obligatorio de la unión convivencial en sus arts. 520, 521 y 522 CCyCN.

En definitiva en aras de proteger la comunidad de vida familiar, con independencia que ésta sea matrimonial o extramatrimonial se establecen efectos

patrimoniales, básicos, directos e ineludibles que se cimientan en la idea de solidaridad.

Dentro de las normas que se cimientan sobre la solidaridad tienen particular relevancia las que protegen tanto, las que protegen la vivienda familiar, como las que protegen los bienes muebles que cumplen una función familiar, y a los que, por ello, la ley somete a un estatuto normativo especial, con independencia del régimen económico elegido por los cónyuges”.

Es en razón de su función solidaria que los bienes muebles e inmuebles protegidos por el régimen de la vivienda familiar son calificados de familiares porque la ley les reconoce una función esencial con la vida cotidiana de la familia y por ello los somete a una protección especial.

Esta protección se traduce básicamente en dos aspectos: 1º) la gestión pasa a ser compartida entre el cónyuge o conviviente propietario y el cónyuge o conviviente no propietario; 2º) Los bienes no pueden ser ejecutados por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial salvo que lo fueran por los dos cónyuges o convivientes.

Por otra parte la solidaridad también se refleja en el ámbito sucesorio donde se establece una protección importante para el cónyuge supérstite tanto en sus derechos sucesorios intestados como en el derecho habitación del cónyuge supérstite.

Es innegable que en la sucesión por causa de muerte *ab intestato* y aún en la testamentaria, en cualquiera de sus conceptos, responde a principios de asistencia, es decir, prestación de socorro, favor o ayuda²³.

En cuanto al conviviente supérstite si bien carece de derechos sucesorios intestados, ante la muerte de su pareja el principio de solidaridad se manifiesta con la atribución de la vivienda conyugal que fuera asiento del hogar conyugal por un máximo de dos años.

También se puede advertir la solidaridad como principio organizador en la responsabilidad parental, y es en mérito del principio de solidaridad familiar que se establece la responsabilidad solidaria y objetiva de los padres por los daños y perjuicios producidos por sus hijos menores (arts. 1754 y 1755 del CCyCN).

Y finalmente, la solidaridad está presente en las relaciones de parentesco cuya principal obligación jurídica son los alimentos que los parientes se deben abonar (art. 537 y siguientes).

²³ Ello requiere atender también la propuesta de CÓRDOBA, receptada en Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino de 2012, que destacaba que “reconociendo naturaleza asistencial institución sucesoria... es que resulta conveniente y por tanto útil atender al reclamo vigente que sostiene la necesidad de crear normas jurídicas exigibles que atiendan a los discapacitados y las instituciones de protección de los mismos en todos los ámbitos y, va de suyo, también en el sucesorio, ya que han estado en gran parte olvidados”. CÓRDOBA, Marcos M., “Utilidad social de la sucesión – asistencia – mejora específica”, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, coord. Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 155.

VI. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Éste es el principio que justifica la determinación jurídica de la relación paterno-filial y el que inspira la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental y rige su regulación.

Por el principio de la responsabilidad se deja de lado la noción de poder o potestad que era el eje sobre el cual se regulaba la patria potestad para pasar a centrarse en el menor como sujeto de derecho.

La responsabilidad hacia los hijos es el fundamento del instituto de la “responsabilidad parental”.

En mérito al principio de responsabilidad las facultades atribuidas a los padres se centran en los niños que deben gozar de atención preferente por los progenitores y también por los poderes públicos, hasta el punto de imponer el interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir.

La idea de responsabilidad resalta el compromiso de los progenitores con los que son sus hijos y sobre todo refleja certeramente la exigencia establecida en el art. 18 de la Convención De Derechos del Niño que establece que “Los Estados parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Cuando hablamos del Principio de responsabilidad en derecho de familia, el término responsabilidad no se debe entender con el significado que tiene en el derecho de daños, sino como un conjunto de derecho y facultades que se otorgan al padre y a la madre de acuerdo a los principios constitucionales y supranacionales que surgen de las Convenciones de Derechos Humanos en General y de la Convención de Derecho del Niño en particular, para que sean desarrollados en beneficio de los hijos menores e incapacitados a fin de lograr su desarrollo integral.

En definitiva los padres son responsables de lograr el desarrollo integral de sus hijos menores e incapaces y los derechos y deberes que la ley les otorga para ejercer su crianza deben ser ejercidos en beneficio de los niños, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integralidad física y psicológica.

VII. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor constituye un principio indiscutible, que desde el derecho de familia ilumina a todo el ordenamiento jurídico.

El principio del interés superior del menor se presenta en todas las ramas del derecho. Para advertir su influencia en la generalidad del sistema basta recordar la influencia que tiene desde el sistema de privación de libertad de los menores, hasta en el sistema de custodia de los niños de padres que son unidos

en relaciones homosexuales. En tal sentido es preciso señalar que el “interés del menor” tiene mayor vigencia en el derecho de familia.

En todo el universo jurídico el interés del menor y su protección jurídica no se presenta ya como una discriminación positiva (como podría pensarse si se le considera como ser en situación de inferioridad) ni supone un preconcebido trato de favor compensatorio de un previo e injusto desequilibrio adverso para él, pues aquel principio no afecta sólo a los menores desamparados, maltratados o desafortunados, sino que es aplicable a todos los menores. Se trata, sencillamente, de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su estatus de persona y los bienes y derechos fundamentales que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor edad (sus derechos de libertad ideológica, religiosa o de expresión, o a su intimidad, no funcionan ni pueden ser ejercitadas por él, igual que por un adulto), no apto todavía para ejercitarlos a ciertas edades, y necesitados, sin embargo, de particular protección para que su propia entidad e identidad personal no se frustre, y llegue a ser mañana un ciudadano activo bien integrado en la sociedad.

En lo concerniente al procedimiento, para lograr el “interés superior del menor” hay que flexibilizar el derecho formulario, porque siempre ha de prevalecer la verdad real por sobre la verdad formal, y no se puede aceptar que una inadecuada elección de la fórmula o acción haga perder el juicio.

El interés superior del menor supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos.

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

En los diferentes capítulos de esta obra haremos referencia a su aplicación en casos concretos.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL EN EL NUEVO
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
—UN ENSAYO—

Por DANIEL R. VÍTOLO

Resumen:

La unificación legislativa establecida por el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, sancionado por ley 26.994, no importa la unificación de los Derechos Civil y Comercial, sino solamente la compilación de las mencionadas normas en un único cuerpo normativo central, al que coadyuvan leyes especiales complementarias de naturaleza civil y comercial.

Los Principios del Derecho Comercial siguen presentes en el nuevo Código y rigen para la interpretación y la aplicación de la ley de naturaleza y sustancia mercantil.

En caso de conflicto entre dichos “Principios”, la elección interpretativa y de resolución de la cuestión bajo controversia, deberá revestir —como consecuencia de la actuación armónica de los mismos— el carácter de aceptable y, como consecuencia de la jerarquía móvil de los principios colisionantes, deberá establecerse la interpretación y la solución más justa y equitativa de acuerdo con las circunstancias del caso bajo un criterio de razonabilidad.

Palabras clave:

Unificación legislativa; normas; reglas; principios; interpretación; ponderación; razonabilidad.

THE PRINCIPLES OF COMMERCIAL LAW IN THE
NEW ARGENTINE CIVIL AND COMMERCIAL CODE
—AN ESSAY—

Abstract:

The legislative unification established by the new Argentine Civil and Commercial Code approved under Act No. 26994 does not involve the unification of civil and

commercial rights but only a compilation of said rules in one central statutory body to which special and ancillary civil and commercial laws contribute.

Commercial Law Principles are still present in the new Code and still govern the interpretation and application of laws of a commercial nature.

In case of conflict between said principles, the interpretative choice and resolution of the matter at issue must be—as a consequence of the harmonious action of such principles— acceptable and, as a result of the mobile hierarchy of the colliding principles, we must establish the interpretation and the fairest and most equitable solution according to the circumstances of the case under a reasonableness criterion.

Keywords:

Legislative unification; rules; regulations; principles; interpretation; weighting; reasonableness.

I. INTRODUCCIÓN

El 23 de febrero del año 2011 la Presidente de la República Argentina dictó el decreto 191/2011, mediante el cual creó la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” cuyo cometido sería el estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación que considerara necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo.

La Comisión se integró con los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuó como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

Esta Comisión debía elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días corridos, a partir de la fecha de su constitución, cometido que fue cumplido, teniendo lugar el día 27 de marzo de 2012 una reunión en la Casa de Gobierno, en la cual la Presidente anunció al país que el Anteproyecto de Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación había sido redactado.

El Poder Ejecutivo fundamentó la iniciativa legislativa sosteniendo que el sistema de derecho privado, en su totalidad, había sido afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido destacó la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia había efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.

A criterio del Poder Ejecutivo, todas estas circunstancias tornaban necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de De-

recho Privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores.

En realidad, como bien lo destacan los fundamentos del decreto, en las últimas décadas se habían promovido varios intentos de reforma integral de la Legislación Civil y Comercial; tal el caso del Proyecto de Unificación proveniente de la Honorable Cámara de Diputados en el año 1987, preparado por una Comisión honoraria integrada por diversas personalidades del ámbito jurídico, como también la iniciativa del año 1993, en el cual la Comisión Federal de la Cámara de Diputados elaboró a su vez otro Proyecto de Unificación, integrada también por juristas de renombre. Finalmente, el Poder Ejecutivo Nacional, a través de los decretos 468/1992 y 685/1995 —y el último Proyecto fue el de 1998—, creó Comisiones con idéntico fin, sin llegar a lograr el propósito unificador y reformador de la Legislación Civil y Comercial, al igual que las Comisiones mencionadas anteriormente.

II. LA LABOR DE LA COMISIÓN Y EL TRÁMITE POSTERIOR

Durante poco más de un año, la Comisión, auxiliada por cerca de una treintena de subcomisiones —integradas por diversos especialistas de todo el país y algunos del extranjero¹— a las cuales se les asignaron temas específicos de trabajo acotados temáticamente²—, elaboró un “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” con un total de 2671 artículos, el cual fue presentado en sociedad en la reunión, ya mencionada, del 27 de marzo de 2012.

Sostuvo la Comisión —en los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto— que, para la realización de la labor legislativa, se habían tenido a la vista los antecedentes más significativos del derecho comparado, la doctrina de los autores nacionales y extranjeros con mayor prestigio académico, la opinión de los congresos de juristas, y los criterios de la jurisprudencia, utilizando como base los siguientes proyectos de reformas:

- a) El Anteproyecto de 1926 preparado por Juan Antonio Bibiloni. El Proyecto de 1936.
- b) El Anteproyecto de 1954, redactado bajo la dirección del Dr. Jorge Joaquín Llambías.
- c) El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987 (Proyecto 1987).

¹ Nosotros tuvimos el honor de integrar esas comisiones de trabajo formando parte del grupo de los cien juristas argentinos que redactaron los primeros textos del Anteproyecto.

² Cabe aclarar que el método consistió en que las subcomisiones formularan propuestas específicamente acotadas al tema particular asignado. La compaginación, elección y coordinación de textos estuvo a cargo de una Secretaría de la Comisión, la cual recayó en el Dr. Federico De Lorenzo.

d) El Proyecto de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (Proyecto 1993 CF).

d) El Proyecto preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/1992 (Proyecto 1993 PEN).

e) El Proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/1995 (Proyecto 1998).

Además —según señalan los redactores— se analizaron numerosos trabajos críticos de la doctrina y decisiones jurisprudenciales que —en una impronta donde el Anteproyecto consagraría a la jurisprudencia como fuente directa de Derecho en una iniciativa que luego naufragó en el ámbito del Poder Ejecutivo— también se tuvieron en consideración.

Este Anteproyecto fue revisado por el Poder Ejecutivo en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el cual introdujo una serie de modificaciones al mismo, y fue remitido al Congreso de la Nación —posteriormente— para que fuera analizado por una Comisión Bicameral.

Por una resolución de la Cámara de Diputados, aprobada el 4 de julio de 2012, y en concordancia con el proyecto de ley que había enviado el Poder Ejecutivo, se dispuso —finalmente— la creación de la Comisión Bicameral, lo que fue también aprobado por el Senado de la Nación por medio del expediente S-1941/2012, quedando conformada por treinta miembros designados por partes iguales por cada una de las cámaras.

Luego de la labor de la Comisión Bicameral y el trámite legislativo posterior, finalmente el Código fue sancionado por la ley 26.994 y se dispuso su entrada en vigencia el 1° de agosto de 2015 por la ley 27.077.

Muchos son los aspectos controvertidos respecto de los cuales podríamos pronunciarnos en relación con el contenido del Anteproyecto en las diversas ramas del Derecho que abarca, en lo referente a los criterios adoptados, las fuentes consultadas, y —en especial— sobre la ausencia de un debate previo en la sociedad respecto de cuáles eran las instituciones jurídicas que requerían —efectivamente— de una modificación profunda, cuáles mero retoques y ajustes, y cuáles deberían permanecer intactas, para recién —luego— proceder a redactar las normas pertinentes³.

1. Alcances de nuestro análisis

Sin embargo, en esta oportunidad hemos sido convocados por la Revista Jurídica de Buenos Aires —publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires—, específicamente, dentro de un marco restringido

³ Véase nuestra posición en VÍTOLO, Daniel Roque, *Las reformas a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012; idem *Las reformas al Régimen de Defensa del Consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.

de apreciación de la reforma, limitado a analizar la presencia de los *Principios del Derecho Comercial* dentro el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁴.

Y nuestra posición al respecto sostiene que los Principios del Derecho Comercial se encuentran absolutamente presentes en el articulado del nuevo Código, en la medida en que el mismo no ha importado una unificación del Derecho Civil y el Derecho Comercial, sino que se limita —la unificación dispuesta— a la concentración en un único cuerpo normativo central de normas estructurales y ciertos institutos del Derecho Civil y del Derecho Comercial —los que reflejan en el articulado— manteniendo, además, la plena vigencia de las leyes especiales complementarias dictadas en relación a cada una de estas ramas las que, en su mayoría, no han sido modificadas⁵.

Lo que ocurre, y puede llamar —primariamente— a confusión es la circunstancia de que ya no será —en lo que hace al cuerpo principal del Código— tan sencillo identificar la naturaleza civil o comercial de las normas por su ubicación en un Código diferente —como ocurría hasta el 31 de julio de 2015— sino que se deberá estar atento a la *naturaleza* de los derechos y obligaciones que la norma particular regula; y de allí surgirá el conjunto de disposiciones aplicables, en especial en lo que hace a las reglas, valores, principios, usos, prácticas y costumbres —como así también a las leyes complementarias pertinentes— a que remiten los arts. 1º, 2º, 963 y 1710 —entre otros— del Código.

2. *El sistema solar, los planetas —o microsistemas— y la nueva normativa*

El Presidente de la Comisión Redactora designada por decreto 191/2011, Ricardo Luis Lorenzetti, en la “Introducción” que precede a los textos publicados del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y que tiene como propósito conformar “...una primera guía de aspectos de técnica jurídica para que agilice la lectura...”⁶ del mencionado Código, refiere que “...la relación entre

⁴ Claramente destacamos esto último dado que en el caso del Código Civil de lo que se trata es de sustituir un Código Civil por otro, mientras que en el caso del Código de Comercio a lo que se apunta es a su derogación y a incluir —o mantener— muchos institutos típicamente mercantiles diseminados en el texto del nuevo Código Unificado, eliminando otros, y derogando el cuerpo codificado anterior que los reunía. Ello, sin afectar las leyes complementarias las que, en su gran mayoría, permanecen en vigencia sin modificaciones.

⁵ Sobre esta circunstancia ha existido controversia en la doctrina, como puede verse en VÍTOLO, Daniel Roque, “El Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Qué queda de él?”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Año 2012 - 3, t. II, p. 167; y ver también ARAYA, Miguel, “El contenido del Derecho Comercial a partir del Código Civil y Comercial”, LL 2015-B-1017; FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo Mario, “La autonomía y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo Código Unificado”, LL 2015-A-756; y MARSILI, María Celia, “El Código Civil y Comercial y la materia comercial”, LL 2015-C-1241.

⁶ LORENZETTI, Ricardo L., *Palabras Preliminares al Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Errepar, Buenos Aires, 2015; entre otras publicaciones del nuevo Código.

*un Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y los mantiene dentro del sistema... ”*⁷ con lo que el conjunto formado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y las leyes especiales, vendrían a conformar, en el pensamiento de los legisladores —a modo de metáfora—, el *Sistema de Derecho Privado de la República Argentina* bajo una conformación similar a la del *Sistema Solar*; en el cual el nuevo Código resultaría ser el sol y las leyes especiales los planetas que giran a su alrededor.

Claro está que entre el sol y los planetas —astronómicamente— existe una relación de *equilibrio* derivada de la *tensión* entre la gravedad y atracción que el sol ejerce respecto de los planetas y de la fuga del sistema que estos últimos traccionan y pretenden, en la búsqueda de su autonomía. Si la atracción del sol es superior en fuerza respecto de la que despliegan los planetas en su pretensión de fuga, dichos planetas caerían bajo esa fuerza mayor y se acercaría cada vez más al sol hasta ser consumidos en las llamas del mismo —desapareciendo—; si por el contrario los planetas se desprendieran de esa fuerza de atracción, y la fuga se produjera en un camino hacia el espacio infinito, perdería toda la influencia que el sol con su luz y su calor le brinda, y —al mismo tiempo— podría colisionar con los otros planetas que están orbitando, y aún el destino de ese planeta en viaje espacial resultaría incierto⁸.

Por otra parte, tampoco todos los planetas giran en el mismo plano, y ello hace que por momentos planetas que se consideran más lejanos se encuentren más cercanos del sol en determinados momentos de su órbita⁹.

Lo mismo ocurre, entonces —si el ejemplo comparativo resulta válido— entre el nuevo Código y las leyes especiales —complementarias del mismo, tanto en el ámbito civil como comercial— manteniendo una relación que tensiona entre dos fuerzas —la atracción y la fuga— en toda la trayectoria del plano elíptico orbital; aunque puedan existir momentos en los cuales las leyes especiales tengan un mayor o menor acercamiento al centro del sistema —que es el Código— y que los microsistemas jurídicos presenten diferencias, discordancias y hasta contradicciones entre sí, lo que no impide su coexistencia con

⁷ LORENZETTI, Ricardo L., *Palabras Preliminares...*, op. cit.

⁸ El sistema solar además gira alrededor de la galaxia viajando a doscientos cincuenta (250) kilómetros por segundo, tardando doscientos cincuenta (250) millones de años aproximadamente en dar una vuelta completa; a esta vuelta completa se la denomina “Año cósmico” o también “año galáctico”. Nuestro sol se encuentra a casi treinta mil (30.000) años luz del centro de la Vía Láctea, donde se encuentra un agujero negro supermasivo denominado “Sagitario A”.

⁹ Los planetas, muchos de los satélites de los planetas y los asteroides giran alrededor del Sol en la misma dirección, en órbitas casi circulares. Cuando se observa desde lo alto del polo norte del Sol, los planetas orbitan en una dirección contraria al movimiento de las manecillas del reloj. Los planetas orbitan al Sol en o cerca del mismo plano, llamado el eclíptico. El planeta enano Plutón es un caso especial ya que su órbita es la más inclinada —18 grados— y la más elíptica de todos los planetas. Por esto, por parte de su órbita, Plutón es más cercano al Sol que Neptuno. El eje de rotación de muchos de los planetas es casi perpendicular al eclíptico. Con excepción de Urano el cual está inclinado hacia uno de sus lados.

los otros microsistemas jurídicos pertenecientes al mismo sistema general; ni que las diferencias no puedan zanjarse en el conflicto.

Finalmente, el Sistema de Derecho Privado que pretende generarse a través del nuevo Código —similar al ejemplo metafórico del sistema solar— debe coexistir con otros sistemas jurídicos correspondientes a otros ámbitos y disciplinas¹⁰.

Ahora bien; dentro de ese cuerpo principal que ilumina los microsistemas ¿subsisten los Principios del Derecho Comercial? Sobre estos aspectos intentaremos reflexionar brevemente en el presente artículo.

III. EL DERECHO COMERCIAL —O MERCANTIL—

Es un concepto generalmente aceptado que el Derecho Comercial —o *Mercantil*, como lo denomina el antecedente de la legislación española— nace y se desenvuelve como un derecho especial o de excepción frente al Derecho común o civil, conservando, aún en nuestros días, esta característica. Del mismo modo esa concepción del Derecho Comercial se ha estructurado sobre la base de su propia naturaleza, y de sostener que constituye, al decir de Ascarelli¹¹, una verdadera *categoría histórica*.

Muchas son las definiciones que se han intentado del Derecho Comercial, o las nociones dadas tendientes a delimitar su concepto.

Para Ripert¹² el Derecho Comercial es la parte del Derecho Privado que regula las operaciones jurídicas hechas por los comerciantes, ya sea entre ellos, ya sea con sus clientes; para Tohl¹³ el Derecho Comercial comprende todas las instituciones jurídicas del comercio y para Goldschmidt¹⁴ es el Derecho *especial* en materia comercial.

¹⁰ Efectivamente ya hemos señalado que el sistema solar gira además alrededor de la galaxia; y hay otros sistemas. El Sol es la fuente más rica de energía electromagnética —principalmente en forma de luz y calor— en el sistema solar. El vecino estelar conocido más cercano al sol es una estrella enana roja llamada *Proxima Centauri*. Nuestra galaxia, a su vez, es una de las billones de galaxias conocidas, y está viajando a través del espacio intergaláctico.

¹¹ Véase ASCARELLI, Tullio, *Iniciación en el Estudio del Derecho Mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964.

¹² Véase RIPERT, Georges, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Tea, Buenos Aires, 1954.

¹³ TOHL, Errico, *Trattato di diritto commerciale*, prima versione italiana dell'avvocato Alberto Marghieri con note e raffronti col Codice di commercio italiano e col progetto di riforma. Napoli: R. Marghieri, Nápoles, 1881.

¹⁴ Véase GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1967; ídem ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de Comercio Comentado*, Depalma, Buenos Aires, 1971.

Otros, como Martí de Eixalá¹⁵, sostienen que el Derecho Comercial es el conjunto de disposiciones legales que regulan los actos de comercio y dirimen las contestaciones que de los mismos se originan; o, como Thaller¹⁶, que es la parte del Derecho privado que determina la naturaleza y los efectos de las convenciones concertadas, sea por los comerciantes, sea en ocasión de los hechos del comercio¹⁷.

Para Vivante¹⁸, el Derecho Comercial es aquella parte del Derecho Privado que tiene *principalmente* por objeto regir las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio; en cambio, para Castillo¹⁹ es el conjunto de principios que rigen las operaciones sometidas al mismo *por razones de interés general* y establecen los derechos y obligaciones de las personas que a ellas se dedican y —agrega— rigen las relaciones entre particulares a la que da lugar el ejercicio del comercio.

Siburu²⁰, por su parte, enfatiza este Derecho como conjunto de normas de instituciones y relaciones jurídicas que se refieren al comercio; mientras que Garrigues parece inclinarse más hacia el conjunto de actos realizados en gran número y con carácter *típico*.

Según Sánchez Calero²¹, puede definirse el Derecho Comercial como *la parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios, y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica*.

Para Broseta Pont²² es el *ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estudio, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa*.

A modo de resumen respecto de la enorme cantidad de definiciones vinculadas a la concepción del Derecho Comercial —cuya enumeración sería casi inagotable— podríamos señalar, en una concepción ya tomada de la idea visionaria de Mossa²³, y acotada por nosotros, que el Derecho Comercial ha sido tradicionalmente concebido hasta fines del siglo pasado como *el Derecho de la*

¹⁵ Véase MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, Librería de Álvaro Verdaguer, Madrid, 1879.

¹⁶ Véase THALLER, Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial*, Arthur Rousseau, Paris, 1904.

¹⁷ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil y de la Empresa*, 1ª reimpresión, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

¹⁸ Véase VIVANTE, César, *Instituciones de Derecho Comercial*, Roma, 1982.

¹⁹ Véase CASTILLO, Ramón, *Curso de Derecho Comercial*, Ariel, Buenos Aires, 1929; ídem *Curso de Derecho Comercial*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1935.

²⁰ Véase SIBURU, J. A., *Comentario del Código de Comercio Argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1905.

²¹ Véase SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. de Derecho reunidas, Madrid, 1986.

²² Véase BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971.

²³ Véase MOSSA, Lorenzo, *Trattato del nuovo diritto commerciale...*, op. cit.

*economía organizada, y que la empresa es la persona económica que el Derecho Comercial regula*²⁴.

En cada uno de los autores mencionados expresamente, como en todos los que no lo están, ha pesado —para esbozar su concepto— la particular situación histórica que les tocó vivir, y el análisis de la evolución y el desarrollo del Derecho Comercial a lo largo del tiempo.

Sin embargo, con el comienzo del siglo XXI esta última idea tuvo un cambio fundamental, en la medida en que la propia dinámica de los negocios y las reconversiones por las que ha tenido que pasar el mercado, han hecho que ya no se tienda a una identificación de la materia mercantil con los sujetos sino más bien con la *actividad*. Dicho de otro modo, así como hasta fines del siglo XX era predominante el pensamiento según el cual el centro de la materia mercantil se encontraba en la *empresa* y en la *organización*, alrededor de la cual giraban los bienes, los servicios y la actividad, hoy esto ha cambiado, pues lo central es la *actividad* alrededor de la cual giran —y pueden ir variando— tanto las formas de organización de la empresa como los sujetos y los bienes. Ha cambiado —entonces— el centro de la escena—.

La misma actividad es realizada —hoy—, sucesiva o alternativamente, con diversos bienes, bajo diferentes organizaciones, y con distintos propósitos, aunque manteniendo dicha actividad su identidad.

Quiere decir que el moderno concepto del Derecho Mercantil o Comercial puede esbozarse como *el conjunto de normas y principios específicos que regulan la actividad económica en el mercado y el tráfico de bienes y servicios en el mismo*²⁵.

IV. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO COMERCIAL, ECONOMÍA Y EMPRESA

Es indudable la necesaria vinculación del Derecho Comercial con el desarrollo del comercio, y la posterior aparición de la economía en forma organizada, encontrando su nacimiento en las necesidades de una determinada época, y la creatividad de quienes de una u otra manera ejercían el comercio, o se vinculaban al intercambio y tráfico de bienes.

Partiendo de esta concepción, y de la caracterización del Derecho Comercial como verdadera *categoría histórica*, podemos afirmar, juntamente con Garrigues²⁶, que el contenido de la materia comercial es *relativo*, en la medida que varía, se adapta, y se altera, en directa relación con las etapas y mutaciones de la realidad económica.

²⁴ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

²⁵ Véase FERRI, Giuseppe, FERRI, Giovanni B. y ANGELICI, Carlo, *Diritto Commerciale*, UTET, Torino, 1998; ídem VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

²⁶ Véase GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1947.

Es que el carácter histórico que inunda el ámbito del Derecho Comercial tiene su justificación no sólo en los orígenes y desenvolvimiento de la materia²⁷, sino que —por el contrario— constituye para el mismo una *constante* que impregna su esencia, vinculándose —en su desarrollo— a los acontecimientos económicos, políticos y sociales de las comunidades²⁸.

Al encarar el análisis de la materia mercantil, podremos observar, en forma clara y precisa, como este Derecho *especial o de excepción* ha sido influido por los acontecimientos históricos²⁹; sobre todo desde su concepción, puesto que ya su nacimiento obedece a una necesidad *histórica*, cual fue la de regular el intercambio económico y el tráfico mercantil, ante la insuficiencia de las normas existentes en materia de *Derecho común*³⁰.

Y esto es algo que se mantiene todavía vigente³¹.

En efecto; lo cierto es que el Derecho Mercantil hasta fines del siglo pasado —debemos insistir—, era el Derecho de la *empresa* y de las *relaciones económicas*, luego de una larga y despereja evolución y, de tal forma, impregnó todo el tráfico de bienes y servicios que constituye la base del desarrollo económico y el cambio social³².

²⁷ Véase GARO, Francisco, *Derecho Comercial, parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1955.

²⁸ Véase GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, Méjico, 1968.

²⁹ Véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1977.

³⁰ Véase ESCARRA, Jean, *Manual de Droit Commercial*, Sirey, París, 1947.

³¹ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

³² En síntesis, la única manera de poder comprender y aprehender el Derecho Mercantil, en su naturaleza y contenido, es mediante un análisis de las diversas etapas de su evolución histórica. Sobre las instituciones jurídicas del comercio a lo largo de la historia es fundamental la conocida obra de GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte der Handelsrechts*, 2ª ed., Stuttgart, 1891 (traducida al italiano como *Storia universale del Diritto commerciale*, trad. de POUCHAIN y SCIALOJA, Turín, UTET, 1913, que es la que utilizamos), que originalmente formaba parte de su *Handbuch des Handelsrecht*, t. I, vol. 1, 1864. El ambicioso proyecto del autor de escribir una historia completa del Derecho Mercantil finalmente quedó —lo que no es poco— en la evolución en los pueblos de la Antigüedad y en los países latinos en la Edad Media en un primer y único tomo. También es de gran interés REHME con su *Historia universal del Derecho mercantil* (trad. de GÓMEZ ORBANEJA, Madrid, 1941, cuyo texto original formaba parte del *Handbuch des gesamten Handelsrechts* de EHRENBURG, t. I, Leipzig, 1913), más centrado en las contribuciones de los países germánicos y quizá algo desdeñoso con las aportaciones españolas a la historia del Derecho Mercantil. También son interesantes los estudios de HUVELIN y su *Historie du droit commercial* (Conception générale, état actuel des études), París, 1904; THALLER, “De la place du commerce dans l’histoire générale et du Droit commercial dan l’ensemble des sciences”, *Annales de Droit Commercial*, 1892, ps. 129 y ss., y 279 y ss. De la doctrina italiana hemos utilizado, además de las páginas dedicadas a la evolución histórica del Derecho mercantil de ASCARELLI en su *Corso di diritto commerciale*, Milán, Giuffrè, 1962 (publicada en castellano como *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, trad. por VERDERA, Barcelona, Bosch, 1964, ps. 29 a 137); GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, 2ª ed., Bolonia, Il Mulino, 1980 (traducida como *Historia del Derecho Mercantil*, trad. BISBAL, 2ª ed., Barcelona, Laia, 1987); publicada de nuevo con el título *Lex mercatoria*, Bolonia, Il Molino, 2001; entre otras.

Y hoy es el *conjunto de normas y principios específicos que regulan la actividad económica en el mercado y el tráfico de bienes y servicios en el mismo*³³.

V. EL DERECHO COMERCIAL COMO REGULADOR DE LOS ACTOS EN MASA DEVENIDOS EN “ACTIVIDAD”

Habiendo quedado superada la teoría del acto de comercio a lo largo del siglo XIX —lo que bien recoge el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación—, en los comienzos del siglo XX, la doctrina ensayó nuevas concepciones sobre el contenido del Derecho Mercantil, a la luz de los principios emanados del Código alemán de 1897.

Así, en 1902 se publicó en *Archiv für zivilistische Praxis*, bajo el título *Weshalb besteht ein vom bürgerlichen Recht besonderes Handelsprivatrecht*³⁴, el pensamiento de Heck³⁵, donde este autor enfrenta en forma directa la concepción atomista del Derecho Mercantil, basada en la teoría del acto de comercio³⁶.

A través del método de observación de la realidad, Heck³⁷ señalaba que la diferencia entre acto comercial y acto civil no radicaba en el acto en sí mismo.

³³ Ver VÍTOLO, Daniel Roque, *El Derecho Comercial en el Proyecto...*, op. cit. Allí expusimos sobre las características de la reforma y la nueva codificación.

³⁴ ¿Por qué existe un Derecho Comercial separado del civil?

³⁵ Véase LANGLE y RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho Mercantil*, t. I, Bosch, Barcelona., 1950.

³⁶ Véase, MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, UCAB, Caracas, 1998.

³⁷ Se puede considerar a HECK con su teoría del Derecho Mercantil como Derecho de los actos que se realizan en masa, el antecedente inmediato de la teoría de la empresa. El autor adopta este planteamiento en un famoso artículo publicado a primeros de siglo, donde cuestiona la distinción entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, resaltando de manera expresa la necesidad de un nuevo planteamiento metodológico del Derecho mercantil —*Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht gesondertes Handelsprivatrecht?*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1902, ps. 438 y ss.—. Este autor parte de la constatación de que el Derecho Mercantil no puede reducirse exclusivamente al ámbito del comercio y, por ello, advierte que no tiene sentido seguir centrando la atención exclusivamente en las normas delimitadoras de la materia mercantil en los respectivos Códigos, como hacía la doctrina tradicional. En este sentido, propone como cuestión esencial determinar la causa de la existencia de un Derecho mercantil separado del civil, esto es, cuáles son las exigencias del tráfico que han dado lugar a la formación del Derecho Mercantil como Derecho especial, para luego descender a la observación de la realidad económica actual y verificar si tales exigencias subsisten y en qué sector del tráfico moderno son reconocibles. Aplicando el método de observación por él propuesto, HECK constata que la actividad económica del momento se caracteriza por la producción de bienes en masa y, como consecuencia de esto, por la conclusión masiva o en serie de contratos en el mercado (*Massenbetrieb*). Estos actos en masa provocan en el campo jurídico especiales requerimientos que son atendidos por el Derecho mercantil ante las insuficiencias del Derecho civil, y consiguientemente, el Derecho mercantil ha de ser concebido fundamentalmente como un “Derecho de los actos o negocios jurídicos ejecutados en masa”. El planteamiento de HECK es acertado y lo pone de manifiesto un examen de las diferencias de régimen entre los contratos civiles y sus paralelos mercantiles que responden casi siempre a las necesidades profesionales de un tráfico repetitivo en la conclusión de negocios. Tiene el mérito de explicar causalmente el sector de la contratación mercantil, pero resulta insuficiente ya que,

Del mismo modo la generalización de una serie de instituciones mercantiles hacían que, en determinado momento, un acto, reputado tradicionalmente mercantil, y donde se presentara el fin específico de lucro, podía resultar —en realidad— civil, pues *no era* —en este concepto— *el acto en sí el determinante de la distinción, sino la persona que tal acto realizaba*³⁸.

Se llegó a la conclusión —en aquel momento— que lo realmente caracterizante del Derecho Comercial era la posibilidad de realizar actos *en forma masiva*, es decir, en gran cantidad. Esta concepción resaltaba el carácter subjetivo del Derecho Comercial en aquella etapa histórica, ya que la posibilidad de ejecución de actos en masa derivaba —directamente— del carácter *profesional* de tales realizaciones. Nos encontrábamos, entonces, ante la efectivización de los *actos en serie*, realizados en *gran número* y con *carácter típico*.

En el mismo sentido se pronunciaba Gordon³⁹, reclamando la diferenciación entre Derecho Civil y Comercial en base a la exigencia en leyes distintas que garanticen y faciliten la circulación mercantil⁴⁰. En igual forma adoptaba el criterio de enfatizar el carácter de *hombre de negocios* del comerciante, en la realización de actos homogéneos en serie.

Seguidor de la teoría de Heck, Locher⁴¹ trató de completarla, agregando como elementos necesarios la tipicidad y el profesionalismo en el cumplimiento de la actividad. De su teoría se deriva la existencia necesaria de la *organización*, criterio que se vinculará, posteriormente, con la *teoría de la empresa*. Pero esta concepción no fue aceptada pacíficamente en la doctrina, constatándose numerosas críticas.

VI. EL NACIMIENTO DE UNA CONCEPCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO

A partir de las dos terceras partes del siglo pasado, el Derecho Comercial ha ido presentando un fenómeno particular: *la pérdida de su carácter identificador de Derecho Privado*, para incorporar en su contenido —cada vez más— normas de *Derecho Público*.

por una parte, solo muestra la cara externa del comercio, olvidando la interna (financiación, suministro, contabilidad, representación) y, por otra parte, se detuvo en los actos sin llegar hasta su protagonista, el comerciante y, más profundamente, la empresa como forma de organización de su actividad. HECK muestra el camino de un modo anticipatorio, aunque con las limitaciones correspondientes a la época.

³⁸ Véase VILLEGAS LARA, René Arturo, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Serviprensa Latinoamericana, Guatemala, 1980.

³⁹ Véase LANGLE y RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit.

⁴⁰ Véase MALGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, TEA, Buenos Aires, 1963.

⁴¹ Véase LANGLE y RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho Mercantil...*, op. cit.

De tal forma, se vislumbra —en esta etapa— la identificación de esta rama del Derecho con una suerte de Derecho de las *relaciones económicas*, al que algunos autores han identificado, directamente, como *Derecho Económico*⁴².

Así, el *Derecho Económico* sería una materia nueva, en la cual los elementos jurídicos, públicos y privados se entrecruzan íntimamente, aunque el fundamento de ese *Derecho Económico* es, en realidad, de Derecho Privado, con los contratos, la propiedad, el dominio del mercado, el tratamiento del dinero, el movimiento de precios, las sociedades, las asociaciones y —todo esto— proyectado sobre la economía⁴³.

Esta transformación de la economía se caracteriza por la actividad creciente del Estado y otras corporaciones de Derecho Público; actividad que se explica por razones fiscales, políticas y sociales, y que no se desarrolla exclusivamente en las formas del Derecho⁴⁴.

El elemento esencial de esta nueva concepción lo constituye la *empresa* en una esfera funcional determinada por una estructura de factores productivos, y como nuevo *protagonista* del Derecho Comercial hasta fines del siglo XX.

Es decir, la figura del *comerciante* fue reemplazada por este fenómeno de la *empresa* la cual fue estructurada o bien desde una óptica individual sustituyendo al comerciante por el *empresario*, o bien desde una óptica colectiva, a través de los institutos asociativos de los que se vale el *empresario colectivo* —y dentro de ellos, de un modo especial, las sociedades comerciales—⁴⁵.

Hoy —como lo señaláramos— esta concepción ha quedado superada y ha tomado protagonismo una *nueva concepción objetiva*, cual es la de entender que el centro o eje principal de la disciplina mercantil pasa por la *actividad económica* y el *tráfico en el mercado* —y no los sujetos ni las organizaciones, las que resultan intercambiables—.

VII. LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA DE LOS DERECHOS CIVIL Y COMERCIAL

Lo cierto es que las legislaciones mercantiles latinoamericanas⁴⁶, como es el caso del Código chileno, del argentino y el colombiano, se inspiraron —al

⁴² Véase WITKER, Jorge, *Curso de Derecho Económico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Méjico, 1989.

⁴³ Puede verse MOORE MERINO, Daniel, *Derecho Económico*, Jurídica de Chile, Santiago, 1962.

⁴⁴ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

⁴⁵ Véase ANAYA, Jaime L., “El marco jurídico de la empresa”, en *Tratado de la Empresa*, —Ana PIAGGI dir.—, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

⁴⁶ Acerca de la evolución del derecho común a las codificaciones del derecho continental, véase ASCARELLI, Tullio, “L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione”, en *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano, Giuffrè, 1952), ps. 163 a 176. Sobre la “crisis de la codificación”, v. la obra de IRTI, Natalino, *L’età della decodificazione 4*

igual que otros códigos— en el Código de Comercio napoleónico de 1807, aunque el colombiano de 1971 siguió también al Código Civil Italiano de 1942. Estas legislaciones mercantiles latinoamericanas, a imitación del modelo francés, trataron de edificar su especialidad o su particular campo de aplicación sobre el elemento objetivo *acto de comercio*, aplicándose no sólo a quienes adquirirían la calidad de comerciantes por el ejercicio profesional y habitual de dichos actos, sino también a quienes sin ostentar tal calidad, ejecutaran actos considerados por la ley como mercantiles, y se vincularan —de un modo u otro— con los comerciantes⁴⁷.

Así entonces, las legislaciones privadas latinoamericanas llegaron a contar con un doble régimen en materia de obligaciones y contratos, diferenciándose entre sí, en principio, por su campo de aplicación particular⁴⁸.

Pero desde hace largo tiempo se viene discutiendo respecto de si existe una verdadera justificación de ese doble régimen⁴⁹, no solamente porque se regulan —también— doblemente las instituciones contractuales, sino porque en algunos casos no es tan claro:

- i) el porqué se tratan de manera diferente a las mismas instituciones;
- ii) sobre qué bases establecer las fronteras entre las codificaciones civiles y comerciales; y —finalmente—,
- iii) cómo establecer las servidumbres entre las mismas, o lo que es lo mismo: *cómo y en qué grado se puede acudir a la legislación civil en materia contractual para regular situaciones mercantiles o viceversa*.

(Milano, Giuffrè, 1999), *passim*; en la misma línea SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, 1999),

⁴⁷ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil...*, op. cit.

⁴⁸ El profesor de la Universidad de Ámsterdam, PITLO, Adrian, “Posto del diritto commerciale nel diritto olandese”, en *Inchieste di diritto comparato*, op. cit. (n. 3), p. 451, señala: “En los países, en que el derecho romano había sido aceptado y declarado sacrosanto, el derecho comercial fue considerado, ya en su surgimiento, como una unidad distinta, dado que no se quería romper la coherencia del sistema jurídico romano introduciéndole partes del derecho nacidas de instituciones posteriores, como la letra de cambio, el seguro y la sociedad comercial. En nuestras regiones, donde el derecho romano, como fuente, era considerado equivalente a otras fuentes jurídicas, faltaba este motivo. Solamente en el setecientos, en el siglo áureo de nuestra civilización, durante el cual para la ciencia y la cultura no existían límites y se interesaba siempre más intensamente en las obras científicas publicadas en otros lugares, se abrió camino también entre nosotros la idea de un derecho comercial distinto”.

⁴⁹ ENDEMANN, Wilhem, *Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches* (Erlangen, 1858), ps. 1-8; DERNBURG, Henrich, *Die Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts* (3ª edición, Halle, 1906), p. 32. A la concepción de estos juristas defensores de la unificación en Alemania se opuso Goldschmidt y su escuela. Este último autor fue influyente en la precomisión que proyectó la planificación para la elaboración del BGB. Cfr. GOLDSCHMIDT, Levin, *recensión a Heinrich Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 23, 1878, *Derecho Privado Europeo* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996. Véase COING, Helmut, *Derecho Privado Europeo* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996); ídem, CARVAJAL ARENAS, Lorena, *La unificación...*, op. cit.

Aunque, en realidad, la discusión es aún más profunda, pues abarca la extensión del régimen de unificación a todo el campo del Derecho Privado y no sólo respecto de las obligaciones y los contratos⁵⁰.

Para ello se han dado diversos argumentos —tanto a favor como en contra— en relación con la unificación total, sobre los cuales se han publicado una gran cantidad de trabajos⁵¹.

VIII. LA EXPERIENCIA UNIFICADORA

Lo cierto es que no existe un consenso universal respecto de que los Derechos Civil y Comercial deban unificarse totalmente —menos aún que deban derogarse los Códigos de Comercio—, sino que las iniciativas unificadoras han tendido, en casi todos los casos y salvo algunas raras excepciones, a unificaciones parciales en determinadas áreas, en especial de las *obligaciones* y los *contratos*.

De hecho⁵² según nuestro conocimiento sólo Italia —1942—⁵³; China en Taiwán —última enmienda en 2007—; Tailandia —última reforma 1990⁵⁴— la República Popular China —1987— y Brasil —2002⁵⁵— han consagrado códigos únicos en lo civil y comercial, con derogación expresa de sus Códigos de Comercio⁵⁶.

En el resto de los cuerpos unificados, la unificación se registra —como lo señaláramos— en forma parcial en materia de obligaciones y contratos, o en algunas materias específicas, pero manteniendo la separación entre los Códigos Civil y de Comercio —o equiparando este Código con alguna ley especial—⁵⁷.

⁵⁰ MANTILLA MOLINA, R., “La unificación del derecho privado y su uniformidad internacional”, en ROTONDI, Mario (*a cura di*), *Inchieste di Diritto Comparato* (Padova, Cedam, 1974).

⁵¹ Véase BROSETA PONT, Manuel, *La empresa...*, op. cit.; GARRIGUES, Joaquín, “Qué es y que debe ser el Derecho mercantil”, en *Temas de Derecho Vivo*, Tecnos, Madrid, 1978; entre otros.

⁵² En lo que nosotros tenemos conocimiento.

⁵³ Pero el propio *Codice Civile* italiano pone al centro la noción de “imprenditore”, de la empresa como actividad económica profesional y organizada, y también la noción de “azienda” como un conjunto de bienes funcionales a la empresa.

⁵⁴ Pero este Código en su estructura ha permanecido sin cambios significativos por más de 80 años.

⁵⁵ Sin embargo debe destacarse que en Brasil, el Código Civil de 2002, que entró en vigencia en el 2003, se incorpora un Libro sobre el Derecho de la Empresa. Véase al respecto REALE, Miguel, “Visão Geral do novo Código Civil, en Roma e América. Diritto Romano Comune”, *Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina* 13, Roma, 2002.

⁵⁶ Sin perjuicio de ello debemos señalar que Brasil tiene en propuesta legislativa volver a sancionar un Código de Comercio, diferenciado del Civil, debido al fracaso de la unificación efectuada.

⁵⁷ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *El Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación...*, op. cit.

Así ha ocurrido con Suiza —1881—; Túnez —1906—; Marruecos —1912—; Turquía —1926—; Líbano —1934—; Polonia —1934—; Madagascar —1966—; Senegal —1967—; Unión Soviética —1964—; Perú —1984—; Paraguay 1987—⁵⁸; Cuba —1988—; Holanda —1992—; Mongolia —1994—; Vietnam —1995—; la Federación Rusa —1994—; a modo de ejemplo.

En el sistema anglosajón rige desde el siglo XVIII la unificación del derecho civil y comercial con dos características particulares: las reglas comerciales predominan por sobre las civiles y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles⁵⁹.

Todo parece indicar —en nuestra opinión— que el camino escogido por la Presidenta y la misión encomendada a la Comisión creada por el decreto 191/2011, ha sido original a la hora de pretender unificar los Derechos Civil y Comercial en su regulación total —señalo los aspectos de “regulación” porque va de suyo que ninguna instrucción presidencial o labor de una Comisión reformadora podría eliminar la naturaleza propia del Derecho Mercantil— y, si bien se siguieron los lineamientos de otros proyectos unificadores —en especial el de 1998—, la propuesta mantiene la originalidad en relación con el resto de las regulaciones del mundo. Claro está que no se trata de algo original desde el punto de vista de los antecedentes nacionales pues varios proyectos anteriores en nuestro país se inclinaron por el régimen de unificación legislativa total⁶⁰.

En efecto; si partimos de la base que el proceso unificador lo que recepta, en la evolución económica y social de las comunidades, son las mutaciones que se van produciendo en el devenir histórico para que la legislación se adecue a una nueva realidad económica y social, no caben dudas que todo el contenido de las normas de Derecho Privado debe redefinirse. Y el fenómeno que registra la modernidad —en realidad— en la publicitación del Derecho Privado y la mercantilización o comercialización del Derecho Civil. Con la pretensión unificadora, el Derecho Comercial —o Mercantil— no desaparece, sino que perdura y tiene vigor para convertir al Derecho Civil —en ciertos institutos— en Derecho Comercial, comercializándolo; al mismo tiempo que reduce su campo de acción como derecho especial; aunque manteniendo las diferencias existentes en diversas áreas en las cuales la legislación debe operar.

Así, como en las últimas tres décadas del siglo XX, el Derecho Comercial había dejado de ser preferentemente un derecho de obligaciones para convertirse

⁵⁸ Colocamos a Paraguay en este grupo dado que, si bien derogó su Código de Comercio, desglosó el Libro I de dicho Código en una Ley del Comerciante que incluye no sólo el estatuto del comerciante, sino la disciplina de los Actos de Comercio, y hasta normas de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, manteniéndola vigencia de las normas de Derecho Marítimo que integraban el derogado Código de Comercio.

⁵⁹ Véase Proyecto Mc Gregor acerca del programa adoptado en 1965 por la *Law Commission* inglesa para redactar un *Contract Code*, donde estén reunidos el derecho civil y el derecho comercial.

⁶⁰ En especial el del año 1998 que ha sido seguido en gran parte por la Comisión creada por el decreto 191/2011.

en un derecho de instituciones y de mecanismos jurídicos, fundando su autonomía en torno a la empresa mercantil, en lo que va del siglo XXI ha puesto su acento y su característica en la denominada “actividad empresarial”, de modo que lo que caracteriza la propia autonomía del Derecho Comercial en nuestros días es —entonces— la *actividad empresarial*, alrededor de la cual giran y circulan —debemos insistir— bienes y personas, y también las organizaciones y sus institutos; los que no desaparecen aunque algunos de ellos se hayan dejado de legislar⁶¹.

Pero en orden a la realidad, cabría discernir si no hubiera sido preferible en esta primera etapa de experiencia unificadora encarar una transformación gradual del sistema y, en lugar de haber concebido un Código único en todos sus aspectos, se hubiera dado un paso intermedio en una primera experiencia unificadora para después de probada la misma, a lo largo de algunos pocos años, se hubiera consolidado el proceso unificador si la sociedad lo requiriera.

Por ello es que —como bien adelantaba Garrigues⁶²— si lo que se persigue es la sanción de un Código Único de Derecho Privado, en una primera etapa podrían haberse excluido de su cuerpo dos tipos de normas:

a) las civiles que se considere que no puedan *mercantilizarse* —persona, familia, sucesiones—; y

b) las mercantiles que se considere que no pueden *desmercantilizarse* —¿civilizarse?—, tales como las que se refieren a la empresas comercial, su patrimonio, sus signos distintivos, y algunos contratos esencialmente mercantiles por estar ligados inseparablemente a la actividad de la empresa —contratos de empresa—.

De tal suerte, en un Proyecto de Reorganización del Sistema de Derecho Privado, podría haberse contemplado cuatro códigos:⁶³

a) Un Código único para las obligaciones, en el cual se incluyan aquellos contratos mercantiles cuya utilización se ha extendido al público en general, siendo indiferente que uno de los contratantes resulte ser una empresa mercantil, dado que la actividad de la empresa va dirigida al público en general.

b) Un Código de Comercio que regule a la actividad empresarial contemplando —también— a la empresa como organización, abarcando tanto el espectro interno como el externo —el empresario individual, las sociedades, los grupos de sociedades—, así como aquellos contratos denominados “de empresa”; es decir aquellos que ontológicamente pertenecen a la relación interempresaria, como los seguros, los contratos bancarios, la distribución, agencia, concesión, y franquicia; entre otros.

c) Un Código Civil —en sentido estricto— que contenga normas sobre personas, familia y sucesiones.

⁶¹ Véase FERRI, Giuseppe, FERRI, Giovanni B. y ANGELICI, Carlo, *Diritto Commerciale...*, op. cit.

⁶² Véase GARRIGUES, Joaquín, *Qué es y qué debe ser...*, op. cit.

⁶³ Es la visión de GARRIGUES, pero con agregados y modificaciones nuestras.

d) Un Código de Consumo, en el cual se establezcan las normas protectorias y se regulen los derechos del consumidor en todos sus aspectos.

Tanto la Presidente de la Nación como la Comisión Redactora descartaron esta posibilidad y se inclinaron por un régimen de unificación legislativa total que presenta un verdadero desafío a la hora de aplicarse la nueva normativa, el cual:

i) En un cuerpo normativo único se concentra la regulación de los institutos de Derecho Civil y de Derecho Comercial —aunque manteniendo su naturaleza sustancial diferenciada en el texto normativo—; aunque

ii) Se mantienen las leyes especiales —civiles y comerciales— que se consideran complementarias del nuevo Código.

Claro está que podría válidamente sostenerse que, conforme a la estructura otorgada al nuevo Código —que difiere de la de los Códigos de VÉLEZ y ACEVEDO—, lo cierto es que —en cierto modo— se ha codificado de esa manera, pero en un único cuerpo normativo. Sin embargo, la diferencia estructural está dada —en este caso— en el hecho de que la Comisión Redactora —y el mandato presidencial— se pronunciaron por el “cuerpo único” lo que probablemente dará mayor rigidez al sistema, dado que no será tan sencillo la apertura del Código para futuras reformas parciales o rectificaciones, al ser omniabarcativo de la regulación del Derecho Privado.

IX. LAS FUENTES, LAS NORMAS, LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS

En la regulación de una disciplina científica, varios son los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el contenido y la interpretación del sistema disciplinario creado —en el caso bajo análisis, un *sistema jurídico*—, y los parámetros para su interpretación; así como —también— la faz dinámica de las consecuencias y efectos generados por el propio sistema a la hora de su aplicación efectiva.

Dentro de los elementos reguladores podemos encontrar:

- i) las fuentes;
- ii) las normas;
- iii) las reglas y
- iv) los principios.

Intentaremos brindar algunas precisiones respecto de cada uno de estos elementos en el ámbito del Derecho Comercial.

1. Las fuentes y las normas del Derecho Mercantil

Según LEGAZ y LACAMBRA, cuando se hace referencia a *fuerza del derecho* se le asigna a dicha expresión, alguno de los siguientes significados:⁶⁴

⁶⁴ Véase LEGAZ y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del derecho*, Bosch, Barcelona, 1943.

a) Fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido el Derecho —antiguos documentos, colecciones legislativas—.

b) Fuerza creativa del Derecho como hecho en la vida social la naturaleza jurídica, la economía.

c) Autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente —Estado, pueblo—.

d) Acto concreto creador del Derecho —legislación, costumbre, decisión judicial—.

e) Fundamento de validez jurídica de una norma concreta del Derecho.

f) Forma de manifestarse la norma jurídica —ley, decreto, reglamento, costumbre—.

g) Fundamento de un derecho subjetivo.

Sin que corresponda analizar cada una de estas acepciones, pero resultando necesario establecer la concepción desde la cual debe considerarse el fenómeno de las fuentes en relación con el Derecho Mercantil, habremos de determinar que al referirnos a *fuentes del derecho* lo hacemos en el sentido de *forma de manifestarse de la norma jurídica*.

Tradicionalmente se ha dado distinguir entre las denominadas fuentes *formales* y las fuentes *materiales* del Derecho, definiendo a las primeras como los órganos reconocidos expresamente como *fuentes del derecho*, siendo su nota distintiva que *obligan* por mandato de un ordenamiento legislativo determinado, y —como bien han señalado RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE— su objeto específico, la creación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica. Las fuentes materiales, por su parte, están constituidas por los factores o hechos que concurren al nacimiento de una norma jurídica, tales como los grupos sociales —de cualquier carácter—, la comunidad internacional, las tradiciones históricas y culturales, las doctrinas filosóficas y jurídicas pues, todos ellos, combinados o no, determinan el nacimiento de una norma o ley positiva⁶⁵.

Pero aun dentro del concepto de las primeras —fuentes formales— no existe unicidad en el criterio, pues hay quienes sostienen, como GARCÍA MAYNEZ, que la ley —estrictamente— no es verdadera fuente del derecho en sentido formal, habida cuenta que las fuentes son procesos que conducen a la creación de normas jurídicas de carácter genérico, porque cada uno de ellos está constituido por una serie de etapas, a través de las cuales los órganos creadores de derecho realizan los supuestos condicionantes de la producción de nuevas normas⁶⁶.

A pesar de estas controversias se admite, en forma generalizada, que existen al menos dos fuentes formales del derecho en forma indiscutible, cuales

⁶⁵ Véase RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., *Ciencia y filosofía del Derecho*, Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1961.

⁶⁶ Véase GARCÍA MAYNEZ, E., *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1968.

son la *ley* y la *costumbre*. Sin embargo, existen autores que reducen todas las fuentes formales exclusivamente a la ley —como única fuente—, mientras que otros extienden la enumeración incluyendo la *jurisprudencia*, la *doctrina* de los autores, los *principios generales del derecho*, las *leyes extranjeras*, la *equidad*, la *analogía*, y la *naturaleza de los hechos*.

Puede advertirse que encarar el problema de las fuentes desde la óptica del Derecho Mercantil presenta no pocos escollos, lo que ha llevado a algunos autores a *prescindir* de incursionar en el debate de las *fuentes* para encarar, directamente, una faz pragmática que pueda servir de instrumento para la introducción a la materia mercantil, y es lo que se ha dado en llamar *análisis de las normas aplicables en materia mercantil*.

a) *Las normas aplicables en materia de Derecho Comercial*

El enfoque necesario, para poder aprehender la materia mercantil, implica —necesariamente— conocer cuáles son las normas aplicables en la materia estableciendo, además, el orden de prelación existente entre las mismas.

1. *La ley mercantil*

Siguiendo a DEL VECCHIO podemos afirmar que ley es *el pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por órganos adecuados que representan la voluntad preponderante en una multitud asociada. La ley es, pues, el pronunciamiento solemne del Derecho, la expresión racional del mismo. La ley es conjuntamente pensamiento y voluntad, porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio*⁶⁷.

Es indudable que la ley es la fuente primera y fundamental del Derecho, así como que su preponderancia sobre las demás fuentes es evidente.

Ha señalado BORDA que tanto desde un punto de vista formal como sustancial, ley es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Por consiguiente, no sólo son leyes las dictadas por el Poder Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, las ordenanzas municipales y los edictos policiales⁶⁸. Con la reforma constitucional del año 1994, deben considerarse también como “ley” los Tratados Internacionales y, entre estos, en especial los de Derechos Humanos.

En lo que se refiere a la *ley mercantil*, como señala FONTANARROSA, la misma es *la norma jurídica emanada de los órganos competentes del Estado y destinada a regular la materia mercantil, esto es, todos aquellos supuestos de*

⁶⁷ Véase DEL VECCHIO, Giorgio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, 1952.

⁶⁸ Véase BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

*hecho a los que la propia ley considera mercantiles en cuanto ha sido dictada con el fin de regular principal y directamente dicha materia mercantil*⁶⁹.

De lo expuesto se desprende que, dentro de las leyes, pueden encontrarse aquellas destinadas a regular exclusivamente la materia mercantil u otras destinadas a regular principalmente dicha materia, pero *no exclusivamente* la misma.

El régimen constitucional argentino dispone que las facultades legislativas en materia de Derecho privado sustancial residen en el Gobierno Federal — art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional de 1853, lo que replica el art. 75, inc. 12 de la Constitución reformada de 1994—.

Sin embargo con ello no avanzamos más que en determinar en cabeza de quién reside esa facultad legislativa, pero no logramos caracterizar el carácter mercantil de la ley. Para determinar tal carácter, debe prestarse especial atención al *contenido* de la ley y a *las relaciones jurídicas que dicha ley tiende a regular*.

De conformidad a lo dispuesto por el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional de 1853, el Congreso de la Nación debía dictar un Código de Comercio, y así lo hizo en el largo proceso que comienza con el proyecto ACEVEDO-VÉLEZ SARFIELD del 18 de abril de 1857, aprobado para el Estado de Buenos Aires el 6 de octubre de 1859; siguiendo por la adopción de dicho Código para toda la Nación en 1862, pasando por el proyecto de reforma VILLEGAS-QUESADA, el cual no prosperó —1873—, el proyecto SEGOVIA de 1887, y, finalmente, el proyecto propio de BASUALDO-COLOMBRES-ESCALANTE-ZEBALLOS convertido en ley 2637, promulgada el 9 de octubre de 1889, con vigencia desde el 1° de mayo de 1890.

Las reformas posteriores a 1889 se operaron por la sanción de leyes especiales, que introdujeron modificaciones a regímenes e instituciones particulares, y otras que constituyeron leyes complementarias anexadas al Código de Comercio; sin dejar de hacer alguna referencia a leyes de contenido no estrictamente comercial pero de indudable incidencia en el régimen general del Código.

Resulta, entonces, evidente que la primera fuente del Derecho mercantil es la *ley mercantil*, y que ésta debíamos encontrarla, primeramente, en el Código de Comercio y sus leyes complementarias. Del mismo modo, hemos concluido en que el carácter mercantil de las normas debemos buscarlo en su *contenido* y en *las relaciones particulares que tienden a regular*.

Las restantes leyes, aun en los casos en que puedan aplicarse o influyan directamente en la materia del comercio, no pueden ser consideradas *leyes mercantiles*, pues conservan su carácter originario, tal como ocurre con las *leyes civiles*.

Sin embargo, veremos —luego— el carácter supletorio de estas normas comunes, para los casos que no se encuentren expresamente contemplados en la legislación comercial, o cuando ésta no opere a través de una norma concreta en

⁶⁹ Véase FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho comercial argentino, Parte general*, Zavallía, Buenos Aires, 1975.

la materia. Esta circunstancia no da a las leyes civiles el carácter de *fuerza del Derecho Mercantil*, aunque ha suscitado —su aplicación— no poca controversia respecto del orden de prelación de las fuentes⁷⁰.

Lo cierto es que, a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación por parte de la ley 26.994, no se altera este concepto, sino que la fuente legal seguirá estando —primariamente— en la *ley mercantil o comercial*, la que estará conformada por:

i) las *leyes especiales* en la materia comercial —a modo de ejemplo, la Ley General de Sociedades 19.550 y leyes modificatorias; Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y leyes modificatorias, Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y modificatorias; la Ley de Transferencia de Establecimientos Comerciales e Industriales 11.867, conocida como Ley de Transferencia de Fondos de Comercio; entre otras—;

ii) las *normas comerciales incluidas en las leyes ordinarias* —a modo de ejemplo, los arts. 320 y siguientes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la ley 26.994, en la medida que regulan obligaciones y cargas en cabeza de las personas humanas que desarrollen una actividad económica en forma organizada o resulten titulares de un establecimiento; o las que regulan el contrato de factoraje en los arts. 1421 y siguientes del Código; o las del contrato de fideicomiso, de los arts. 1666 y siguientes —entre otras—

iii) Ellos conforme a lo dispuesto por los arts. 1963, 1710 y concordantes del nuevo código.

2. Los usos, prácticas y costumbres mercantiles

La *costumbre*, como fuente del Derecho, permite el surgimiento del denominado *Derecho consuetudinario*. En un sentido amplio, participa del significado general de la costumbre, como modo habitual de actuar que se adquiere por la repetición de actos de la misma naturaleza.

Sin embargo, la *costumbre jurídica* adquiere otra entidad, pues es *la reiteración, por parte de la comunidad, de un mismo acto, con el convencimiento que responde a una necesidad social y que practica con conciencia de obligatoriedad*⁷¹.

En tal sentido, la costumbre presenta como caracteres fundamentales:

a) Es una repetición de idénticas conductas frente a condiciones y circunstancias iguales.

b) Tiene aprobación expresa o tácita de los órganos estatales competentes.

c) Sus normas no pertenecen a ningún cuerpo legal.

d) La sociedad acepta dicha norma como una forma conveniente para la vida social.

⁷⁰ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

⁷¹ Véase ANAYA, Jaime L., y PODETTI, Humberto A. (coord.), *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965.

e) Su contenido se respeta con conciencia de obligatoriedad.

f) La conciencia de obligatoriedad deviene de considerarla una necesidad jurídica.

La importancia de la costumbre tiene una inserción mayor, o menor, en los sistemas jurídicos, según opere dentro de los sistemas del *common law* o de *tradición romanística*. En efecto, en los del *common law*, vigentes en los pueblos anglosajones, las decisiones de los jueces se inspiran en las costumbres y usos jurídicos y se convierten en precedentes que deben ser aplicados de manera obligatoria para la solución de los casos similares, convirtiendo a los jueces en los verdaderos creadores del Derecho, determinando su sentido y acción. De allí que el *common law* sea llamado *Derecho judicial o jurisprudencial*.

En los sistemas de tradición romanística, por el contrario, se otorga primacía al Derecho escrito que surge de la labor creadora y específicamente regulada de los órganos legislativos, y se acude a la *costumbre* —generalmente— sólo en aquellos casos determinados por la ley de manera expresa⁷².

Los *usos*, por su parte, carecen de la conciencia de obligatoriedad, y de la práctica por parte de la comunidad en el convencimiento que puedan responder a una necesidad jurídica. Es decir, comparten con la costumbre su aspecto *materi- al*, consistente en la serie de actos repetidos de manera constante y uniforme, pero carece del elemento *psicológico*, cual es el de la convicción común de que la observancia de la práctica responde a la necesidad jurídica antes apuntada⁷³.

Finalmente las *prácticas* —algo a lo cual el Código se refiere en otras partes de su articulado— son meros *modos de comportamiento* que una determinada comunidad o grupo realiza o despliega en forma sostenida y repetitiva, aunque sin que generen una conciencia social de obligatoriedad, sino de mera tradición y asiduidad⁷⁴.

Ahora bien, habiendo determinado el alcance de la costumbre como fuente del derecho, ¿qué debe entenderse por *usos, prácticas y costumbres mercantiles*?

Tanto nuestro Código Civil como el Código de Comercio utilizaban las expresiones *usos y costumbres* en forma indistinta de modo que, al abordar su tratamiento, habremos de considerarlas como una misma expresión, y efectuamos esta aclaración pues, de no hacerlo, podría llamar a equívoco del lector. Lo mismo ocurre con las *prácticas*, a las cuales alude el nuevo Código unificado.

De este modo, *usos, prácticas y costumbres mercantiles son aquellas conductas generalizadas, observadas en forma repetitiva por los comerciantes y empresarios de una determinada plaza, o de un sector o rama determinados, en*

⁷² Véase ASCARELLI, Tulio, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964.

⁷³ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971.

⁷⁴ Véase, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, Suplemento especial La Ley, *Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos*, STIGLITZ, Rubén (dir.), Buenos Aires, febrero de 2015.

*el ejercicio de su actividad habitual, con el convencimiento de que responden a una necesidad jurídica para la seguridad y celeridad del tráfico*⁷⁵.

Como hemos sostenido anteriormente, dado el carácter eminentemente consuetudinario del Derecho Mercantil, los usos, prácticas y costumbres mercantiles, generados por la propia actividad de los comerciantes y empresarios, tienen una especial importancia como fuente en esta materia⁷⁶.

b) Los principios del Derecho Mercantil

En la práctica jurídica los Principios del Derecho han presentado varias acepciones. Así han sido considerados como *un conjunto de exigencias de índole axiológica que sirven de inspiración y base a las prescripciones de los ordenamientos positivos* —intuición—. Los principios existen dentro del mismo derecho escrito, ya que los mismos derivan de normas establecidas, y son el *espíritu* o la *esencia* de la ley —inducción—⁷⁷.

Constituyen, claramente, una *f fuente de Derecho* para la solución de los casos concretos; y conforman *pautas valorativas* que poseen la virtud o capacidad para actuar frente a defectos o lagunas existentes en la ley, ya sea desde:

i) la *heterointegración*; es decir se admite que los principios generales corresponden a ideas y conceptos extralegales que se aplican en los casos de vacíos legales —defectos y casos nuevos—; y

ii) la *autointegración*; es decir entender que la norma contiene de modo implícito conceptos y principios generales que habría que derivar de la legislación, o sea, que los principios se extraen de la propia legislación positiva, se hacen explícitos como normas jurídicas y con ellas se integran los vacíos, defectos o lagunas⁷⁸.

Es decir que los principios, en definitiva, guardan relación:

a) no solamente con la aplicación e interpretación del Derecho; sino

b) que tienen estrecha relación con la integración y creación jurídica⁷⁹.

⁷⁵ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

⁷⁶ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

⁷⁷ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

⁷⁸ Véase VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”, *Rev. Iuruis Dictio*, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de Quito, Ecuador, año 10, vol. 13.

⁷⁹ Al respecto, Atienza y Ruiz Manero —ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1^a ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1996, ps. 3 a la 25—, siguiendo a Carrió y Guastini, listan seis acepciones de principios que las denominan *significativas*, conforme al siguiente orden: a) Principio en el sentido de *norma muy general*, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. El ejemplo típico es el art. 1197 del Código Civil de Vélez que expresaba que el contrato era ley para las partes. b) Principio en el *sentido de norma redactada en términos particularmente vagos* gracias a la presencia de conceptos jurídicos indeterminados o dúctiles como orden público, abuso de derecho, entre otras. c) Principio como *norma programática o directriz*, esto es, de una norma que dispone la obligación de perseguir determinados fines —por ejemplo, los del ordenamiento

¿Existen diferencias entre las *normas* y los *principios*? La respuesta debe ser afirmativa.

En efecto:

- i) por la naturaleza normativa, las *reglas son normas de mandato* o *simples mandatos* que se cumplen o no dependiendo de cada caso, sin términos medios ni conciliación posible entre ellas en caso de que se contradigan, los principios;
- ii) contrariamente, los principios se refieren a *mandatos de optimización*, pues obligan a que un bien o interés se proteja en cada caso y sea realizado en la mayor medida posible.

Siguiendo a Dworkin⁸⁰ desde el punto de vista de su carácter relativizable, los principios se distinguen de las reglas pues —como indica el mencionado autor—:

- a) las *reglas* son aplicables a la manera del “todo o nada”, del *aut-aut*. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible⁸¹;
- b) los *principios*, por su parte, presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del *peso* y la *importancia*.

La alusión a la comparación de principios introduce la segunda distinción sustancial —según entre éstos y las reglas—:⁸²

i) la aplicación de los principios hace necesario *pesar* o *ponderar* su valor relativo en unas circunstancias determinadas. El derecho a la intimidad, por ejemplo, puede prevalecer o no sobre la libertad de prensa dependiendo de todos los hechos y los datos jurídicos relevantes para determinar su peso relativo mayor; y

ii) por su parte, las reglas carecen de esta dimensión, pues cuando chocan entre sí surge la pregunta respecto de si deroga una regla a la otra —en primer

jurídico— d) Principio como *norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico* y que son el reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo, o de una institución, entre otros. e) Principio como *norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho* y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, como lo hacen los arts. 963 y 1709, entre otros, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. f) Principio como *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de lo primero en el derecho local sería el principio *iura curia novit*. Ver lo señalado por VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “Principios y reglas como nuevas fuentes...”, op. cit.

⁸⁰ Véase DWORKIN, Ronald y HART, H. L. A., “La decisión judicial”; estudios de RODRÍGUEZ, César, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997; idem, VIGO, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis*, 2ª ed., Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

⁸¹ Véase VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “Principios y reglas como nuevas fuentes...”, op. cit.

⁸² Véase VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “Principios y reglas como nuevas fuentes...”, op. cit.

lugar— y si una regla es una excepción a la otra. La respuesta afirmativa a una de las dos incógnitas resuelve satisfactoriamente el problema⁸³.

Estas distinciones nos llevan a la diferencia pregonada por Alexy⁸⁴ en su fórmula del *peso*, pues “*el fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios*”.

Habiendo establecido la diferencia entre reglas y principio, y admitiendo cuál es el contenido de estos últimos, veremos cuáles son los principios del Derecho Comercial, adelantando —por nuestra parte— que consideramos que son:

- a) la buena fe;
- b) la publicidad;
- c) la presunción de onerosidad;
- d) la apariencia; y
- e) la confianza.

Y lo realmente relevante, es que estos cinco principios se relacionan permanentemente entre sí, e interactúan de un modo en el cual parecería que el principio de *buena fe* es el núcleo del cual se desprenden como principios derivados, los principios de la *aparencia*, la *publicidad* y la *confianza*; mientras que la *presunción de onerosidad* constituiría un principio que derivaría de la *naturaleza propia* de la actividad mercantil, y no ya de la faz dinámica de su desenvolvimiento y desarrollo.

Daremos a continuación algunas precisiones al respecto.

1. La buena fe

La *buena fe* es un concepto esencialmente ético, que ha sido receptado en las costumbres de los pueblos, desde la antigüedad, cobrando vigencia a través de las ciencias morales, e incorporado al Derecho, a través de toda su evolución.

Desde la filosofía griega hasta los escritos de los juristas romanos, el principio de buena fe se exalta insertándose, incluso, en las disposiciones del Derecho canónico, bajo el fundamento de que la regla moral sirve para fortificar el Derecho como ciencia.

Dos acepciones se han dado de la buena fe:

- i) la buena fe *creencia*; y
- ii) la buena fe *probidad*⁸⁵.

La *buena fe creencia* resultaría de cierto estado psicológico y de una convicción sincera del espíritu, que deberá estar fundada con moderada razonabi-

⁸³ Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 5ª ed., trad. Marina GASCÓN, Trotta, Madrid, 2003.

⁸⁴ Véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1ª reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

⁸⁵ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Contratos comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

lidad, y no en el simple creer candoroso. Es una firme persuasión sobre la legitimidad con que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica⁸⁶.

Por su parte, la *buena fe probidad* es la conducta en el obrar, el proceder recto y leal, sin engañar a nadie y sin intentar perjudicar, descartando también hacer uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor, de modo tal que pueda surgir de este obrar un daño injusto respecto de la otra parte o de un tercero.

El art. 1198 del Código Civil, en su antigua redacción —antes de la sanción de la ley 17.711—, disponía que los contratos obligaban no sólo a lo que estuviera formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que pudieran considerarse, que hubieren sido virtualmente comprendidas en ellos. En este punto, el texto del codificador argentino se separaba del antecedente del Código de Napoleón —art. 1134 *in fine*—, en la disposición respecto de que los contratos deben ser *cumplidos de buena fe*⁸⁷.

En el Anteproyecto de Bibiloni de 1926, se propuso incorporar este agregado, en forma idéntica al antecedente de la legislación francesa⁸⁸. Al decir de Bibiloni, el agregado de la buena fe contenía un proyecto tradicional, que debía consignarse expresamente en la ley, porque constituye la base fundamental para el arbitrio judicial, suministrando el medio necesario para resolver las mayores dificultades que la astucia, la usura y la falta de probidad se ingeniaban en acumular en la redacción de los instrumentos, y que se traducían en exigencias inaceptables. Recordaba el autor del anteproyecto de reforma que el precepto de que el cumplimiento de los contratos había de ser de *buena fe*, presuponía necesariamente su interpretación con el mismo criterio, y también que *las prestaciones debían ser ejecutadas de igual manera*, desde que ellas eran la *ejecución de la convención*. El proyecto de reformas al Código, elaborado por la Comisión de 1936, también incluyó la regla de la buena fe, en cuanto al cumplimiento de los contratos.

Finalmente, a partir del dictado de la ley 17.711, el art. 1198 del Código Civil derogado, en su parte primera, se dispuso que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión⁸⁹.

Como ha recordado la doctrina⁹⁰, esta modificación fue de especial trascendencia para el texto legal, y determinó en su momento, en forma clara, la aplicación directa del principio de buena fe, en diversas situaciones⁹¹.

⁸⁶ Véase ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., *Efectos jurídicos de la buena fe*, L. J. Rosso editores, Buenos Aires, 1935.

⁸⁷ Véase, LLAMBIAS, Jorge, J., *Tratado de Derecho Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1980.

⁸⁸ Véase BIBILONI, Juan Antonio, *Reformas al Código Civil Argentino*, Valerio Abeledo Editores, Buenos Aires, 1929.

⁸⁹ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Contratos Comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

⁹⁰ Ver VÍTOLO, Daniel Roque, *Contratos Comerciales...*, op. cit.

⁹¹ Véase FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, 2ª parte, Zavallia, Buenos Aires, 1975.

1.1. El principio de buena fe en la normativa del Código

El principio de buena fe está muy presente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; en efecto, los redactores han entendido que, tratándose —la consagración legislativa del principio de buena fe— de una cláusula general que abarca el ejercicio de cualquier derecho o situación jurídica, sea ella derivada o no de un acto jurídico, parecía más apropiado otorgarle a la misma un enunciado normativo más amplio, comprensivo de cualquier ejercicio de un derecho y no sólo en el ámbito de los contratos.

De conformidad con lo señalado, en el art. 9º del nuevo Código la *buena fe* está regulada como un *principio general aplicable al ejercicio de los derechos*, lo que luego se complementa con *reglas específicas aplicables a distintos ámbitos*⁹².

Así, la *buena fe* se hace presente —en el nuevo texto legal—:

- i) en el instituto del abuso del derecho —art. 10—;
- ii) en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica —art. 144 del Código y art. 54, párrafo 3º, de la Ley General de Sociedades 19.550—;
- iii) en el obrar del deudor y el acreedor, como parámetro de adecuación a las exigencias de cuidado y previsión —art. 729—;
- iv) en el régimen de excepciones a los supuestos de mora automática —art. 887—;
- v) en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos —art. 961—;
- vi) en las tratativas contractuales imponiendo la pauta de conducta que evite la frustración de dichas tratativas —art. 991—;
- vii) en la renegociación de los contratos de larga duración, donde se impone dicha buena fe como pauta liminar de renegociación —art. 1011—;
- viii) en el boleto de compraventa para la protección de los derechos del comprador —art. 1170—;
- ix) en materia de contrato de transporte —art. 1301—;
- x) al referirse al comportamiento de los herederos en el contrato de depósito y los alcances de su responsabilidad —art. 1366—;
- xi) en las normas particulares del contrato de agencia —art. 1484— en lo que hace al cumplimiento de las obligaciones de las partes;
- xii) en el instituto de la prevención del daño, al referirse a la pauta valorativa de las medidas razonables para evitar el daño —art. 1710, inc. b)—;
- xiii) en materia de imposibilidad en el incumplimiento de obligaciones a los efectos de la apreciación de la propia imposibilidad —art. 1732—;
- xiv) en lo que hace a la prohibición del establecimiento de un régimen de dispensa anticipada de la responsabilidad —art. 1743—;

⁹² Pueden consultarse —al respecto— los Códigos Comentados dirigidos por LORENZETTI, Ricardo L., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014; RIVERA, Julio y MEDINA, Graciela, La Ley, Buenos Aires, 2015; CURÁ, José María, La Ley, Buenos Aires, 2015; y VÍTOLO, Daniel Roque, Errepar, Buenos Aires, 2016; entre otros.

- xv) en materia de gestión de negocios —art. 1784—;
- xvi) para otorgar efectos particulares respecto de ciertas negociaciones en materia de títulos valores —arts. 1824 y 1868—; y
- xvii) en la relación de poder en los derechos reales —arts. 1918 y 1919—; entre otras normas.

2. *El principio de publicidad*

Otro de los principios del Derecho Comercial o Mercantil es el principio de *publicidad* que presenta dos diferentes visiones dentro de un mismo instituto, cual es la transparencia y el conocimiento de la actividad comercial respecto de los terceros:

- i) La registración de actos y documentos en un registro público —el Registro Público de Comercio—; y
- ii) Los registros documentales y contables.

2.1. *El Registro Público de Comercio —o Registro Mercantil—*

El Registro Mercantil es un instrumento de publicidad legal, de forma que los hechos y actos inscriptos en él se supone que son conocidos por todos y, contrariamente, los hechos y actos que deben ser inscriptos, pero cuya inscripción se omite, se consideran que son desconocidos por los terceros, salvo en algunas excepciones donde tal régimen de conocimiento puede ser suplido por un acceso directo a la información, por parte de los interesados.

El origen de esta institución de los registros mercantiles puede encontrarse en el carácter corporativo que, históricamente, ha tenido el Derecho Comercial de modo tal que, tradicionalmente, se imponía a los comerciantes la obligación de estar matriculados en el libro de cada corporación a la cual éstos pertenecieran.

Estas inscripciones de la época de las corporaciones de mercaderes son consideradas el antecedente de la obligación que, luego, los Códigos decimonónicos y las leyes especiales impusieron al comerciante como obligación profesional⁹³.

Sin embargo, como bien advierte Sánchez Calero, existen notables diferencias entre la matrícula de los comerciantes y un moderno Registro Mercantil, las cuales derivan de que aquélla tenía la finalidad exclusivamente de delimitar, tanto interna como externamente, quiénes eran comerciantes, por el interés corporativo existente de proteger al grupo mientras que, en la actualidad, en los Registros Mercantiles, aunque también puedan servir para conocer quiénes son empresarios, prevalece la preocupación de ser un instrumento de publicidad legal, es decir, un medio para que determinadas situaciones jurídicas se consideren conocidas por terceros o desconocidas, según estén o no inscriptas en él⁹⁴.

⁹³ Véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1977.

⁹⁴ Véase SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. de Derecho Reunidas, 1986.

Entre nosotros existía la obligación de la inscripción ya a partir de la aplicación de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que preveían el registro de las sociedades, y en las inscripciones que el Consulado efectuaba respecto de los comerciantes. Del mismo modo, tal como se señalara en el Capítulo Segundo, la Asamblea del año 1813 dictó normas sobre inscripción de comerciantes, corredores y martilleros.

Cuando el legislador debió regular el régimen del Registro Público de Comercio, al sancionarse el Código de Comercio argentino, estableció en el art. 34 que en cada Tribunal de Comercio ordinario habría un Registro Público de Comercio, a cargo del respectivo secretario, que sería responsable de la exactitud y legalidad de sus asientos. Es decir que, en el régimen concebido por el Código de Comercio, el Registro Público era estructurado dentro de la organización judicial y a cargo de los tribunales de comercio respectivos.

Mediante la ley 14.769, y en el ámbito de la Capital Federal, se modificó esta estructura organizativa con la creación de un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro que tendría en forma exclusiva a su cargo el Registro Público de Comercio, y que contaría con tres secretarías —dos de actuación y una de rúbrica—, integrándose su personal con la dotación que le asignaba la ley de presupuesto a dicho registro. Por esa única vez, se podía designar secretarios del Juzgado al personal con título de escribano que, en aquel momento, se encontraba en funciones en el Registro⁹⁵. Bajo este régimen se desarrollaron las inscripciones hasta el año 1980⁹⁶.

Luego de un arduo debate doctrinario, respecto de la conveniencia de la ubicación funcional del Registro Público de Comercio, sobre la base de la controversia existente, en razón de si resultaba de una mayor utilidad que el mismo estuviera localizado dentro de la estructura administrativa del Estado o en la órbita del Poder Judicial, el 31 de octubre de 1980 se sancionó la ley 22.315 referida a la organización de la Inspección General de Justicia. Esta ley, que sustituía la anterior 18.805, que regulaba a la Inspección General de Personas Jurídicas, atribuyó al organismo administrativo nuevas funciones en materia registral, comprendiendo el ejercicio de las funciones del Registro Público de Comercio, así como la fiscalización de las sociedades por acciones, de las constituidas en el extranjero en ciertos supuestos, de las de capitalización y ahorro, asociaciones civiles y fundaciones.

De esta manera, el Registro Público de Comercio quedó en la Capital Federal y en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, a cargo de la Inspección General de Justicia, produciéndose una unificación, sobre todo en materia de fiscalización de sociedades por acciones

⁹⁵ Véase SIRVÉN, Manuel, *Registro Público de Comercio*, Coop. Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.

⁹⁶ Véase CARVAJAL y ARRIOLA, “Agentes auxiliares del comercio”, en *Elementos de Derecho Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

que, en concepto del legislador, conducía a la simplificación de los trámites que hacían a su constitución y funcionamiento.

Por su parte, la ley 23.316, sancionada y promulgada en la misma fecha que la anterior —31/10/1980—, dispuso la transferencia de las funciones del Registro Público de Comercio a la Inspección General de Justicia y modificó la competencia y denominación del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro de la Capital Federal, que continuó funcionando a cargo de su juez titular como Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de la Capital Federal N° 26, con idéntica competencia y dotación de personal que los demás juzgados existentes en ese fuero.

El régimen de los diversos Registros Públicos de Comercio existentes en nuestro país queda librado a las jurisdicciones de cada provincia, las que han adoptado y ubicado funcionalmente los registros de acuerdo con su propio criterio, predominando en la actualidad la asignación de dichas funciones al ámbito administrativo, retirándolas de la jurisdicción del Poder Judicial.

En lo que hace a la conveniencia de que el Registro Público de Comercio se encuentre en sede administrativa o judicial, son diversas las posiciones que se han adoptado⁹⁷.

En definitiva, la cuestión deberá resolverse de acuerdo con la posición que se adopte sobre el particular, y las funciones o la trascendencia que se pretenda imprimir al Registro Público a que hace referencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26.994, Registro —éste— que no está creado ni regulado en la nueva norma.

Si se concluye que la utilidad del Registro Público —que ya no será meramente Mercantil y de Comercio, sino un registro unificado—, tiene un único fin de publicidad y de conocimiento, por parte de los terceros, parecería no tener importancia la ubicación funcional del mismo. De este modo podría estar dentro de la esfera judicial, administrativa o aún en poder o bajo el control de una institución de particulares, bajo un sistema moderno de banco de datos.

Si, por el contrario, el sentido del Registro no sólo es el de publicidad, sino también el del ejercicio de alguna suerte de contralor sobre la legalidad de los actos, o de calificación de los mismos, la función sería indelegable por parte del Estado, y alguno de sus poderes, el Ejecutivo o el Judicial, debería tomar necesariamente cartas en el asunto.

2.2. *Los registros contables*

El art. 43 del Código de Comercio derogado establecía que todo comerciante —y también las sociedades comerciales— estaba obligado a llevar cuenta y razón de sus operaciones y a tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme y de la que resulte un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles

⁹⁷ Ver VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

de registraci3n contable, debiendo complementar las constancias contables con la documentaci3n respectiva.

La generalidad de las legislaciones, sobre todo a partir de la sanci3n del C3digo de Comercio franc3s de 1807, contiene normas referidas al r3gimen de contabilidad y de libros de comercio, que deben cumplir los comerciantes, sealando, incluso, aquellos libros que se consideran indispensables, sin perjuicio de otros libros que el comerciante desee llevar o se consideren convenientes desde el punto de vista del inter3s del comerciante y del inter3s general, determinando, adem3s, los requisitos exigidos para que las anotaciones contenidas tengan verdadera eficacia legal.

Resulta evidente que en cualquier empresa, y aun en las expresiones m3s primarias, resultan necesarias algunas registraciones, con el objeto de que el interesado pueda mantener alguna suerte de control sobre sus gastos e ingresos.

Sin embargo, debe advertirse que dentro de una concepci3n de la contabilidad moderna existe una diferenciaci3n respecto de la mera tenedur3a de libros a la que indirectamente alud3a nuestro r3gimen mercantil derogado.

Hoy, cualquier administrador de empresa unipersonal o colectiva considera la contabilidad como una necesidad y como el medio m3s importante para planear y comprobar sus actividades econ3micas.

Ya sea que se otorgue a la funci3n de contabilidad objetivos de car3cter comprobatorio o hist3rico, basados en el pasado, o bien el medio para orientar la actividad, en forma progresiva, dirigiendo el inter3s hacia el futuro, puede establecerse que el r3gimen de funci3n contable cumple tres objetivos b3sicos:

a) El registro de las cifras e informaciones necesarias para el desarrollo de la actividad.

b) El an3lisis del material as3 reunido.

c) El suministro de informes del resultado de la actividad a las partes interesadas.

El par3metro orientador en materia del r3gimen de contabilidad generalmente est3 constituido por las normas contables profesionales (NCP), que en algunos pa3ses son conocidas —aun entre nosotros— como principios de contabilidad generalmente aceptados (PCGA), las normas contables legales (NCL) y las Normas de Informaci3n Financiera (NIF)⁹⁸.

2.3. *El principio de publicidad en el nuevo C3digo*

La ley 26.994 parece haberse inclinado por eliminar el control de legalidad que el registrador hasta la fecha de su entrada en vigencia debe ejercer sobre los documentos y actos sometidos a su consideraci3n.

⁹⁸ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), *Los registros contables legales*, Errepar, DSC, 2011, p. 1256; FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho Comercial Argentino*, t. 1, 43^a ed., Zavalia, Buenos Aires, 1986; FOWLER NEWTON, Enrique, *Contabilidad B3sica*, 4^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.

Por nuestra parte, siempre hemos sostenido la posición respecto del carácter indelegable del control, por parte del Estado, sobre estos actos —aunque fuera de carácter meramente formal o limitado a aspectos relativos únicamente a la afectación de nulidades absolutas—, manteniendo la vigencia del Registro Público de Comercio bajo autoridad de éste, y la conveniencia de que dicho control estuviera a cargo de un funcionario judicial, aunque bajo una concepción estructural mucho más moderna.

Sin embargo, no parecen haber sido éstos los vientos que han soplado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, como lo señalaremos más adelante.

En efecto, el art. 6° de la ley 19.550 —en su texto original— disponía que el juez de registro —hoy la Inspección General de Justicia, en la Capital Federal, y las Direcciones de Personas Jurídicas o Jueces de Comercio provinciales, según sea el caso— debía comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales respecto de la inscripción que se sometía a su consideración⁹⁹ y, de corresponder, dispondría la *toma de razón* y la previa publicación que correspondiera.

Tal como lo señaláramos en diversas oportunidades¹⁰⁰, deben distinguirse, en la figura del registrador, dos tipos diferenciados de facultades o funciones: las de *mero registro* y las de *contralor*.

Entre las primeras pueden destacarse las de *mero inscriptor en el rol*, cuales son las referentes a las inscripciones de comerciantes, martilleros, corredores, despachantes de aduana, cuya registración no causa estado —sino una mera presunción—, limitándose el funcionario a controlar el cumplimiento de los requisitos y procediendo a su inscripción en el rol respectivo. Con referencia a las segundas —*de contralor*— el ejemplo más palpable es el correspondiente al control societario previsto por los arts. 6° y 167 de la ley 19.550 —en su redac-

⁹⁹ Es criterio uniforme de la doctrina de la CNCom., Sala C, 21/05/1979, “Macoa S.A.”, que la inscripción de un acto jurídico en el Registro Público de Comercio no es saneatoria de los vicios o defectos que aquél pudiere contener ya que, aún después de registrado podrá el juez declarar la nulidad de un acto defectuoso sin que la inscripción pueda invocarse como confirmación ni subsanación del vicio. IGJ, “Emecon S.A.”, 28/05/2003. Nuestros registros públicos no son convalidantes, es decir, no subsanan las nulidades que pueden afectar al acto instrumentado mediante el documento que tiene acceso registral. Por ello, si una prórroga en la duración de un contrato social es nula, no puede tornarse válida por el solo efecto de la inscripción en el Registro Público de Comercio (voto de la Dra. Kemelmajer), SCJ Mendoza, “Von Der Heyde, Carlos v.- Provincia de Mendoza s/acción de inconstitucionalidad”, 26/02/1990. La registración de estos actos y documentos les otorga fecha cierta (art. 1035, inc. 3°, Cód. Civil), eficacia probatoria frente a terceros y una presunción de legalidad, exactitud y veracidad en la medida que no se pruebe lo contrario. Es que la legitimidad del acto, su exactitud o veracidad no se consolida por su registro, pues la misma no tiene efectos sanatorios —a pesar del control de legalidad que produce la Inspección General de Justicia previo a su registro— sino meramente declarativos y de publicidad ficta. CNCom., Sala B, LL 115-798.

¹⁰⁰ Véase VÍTOLO, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.; idem, *Sociedades comerciales*, op. cit.

ción originaria— donde se distinguía claramente al registrador de la institución del Registro propiamente dicha —art. 123—.

En definitiva, las facultades del registrador se encuentran siempre vinculadas a sus obligaciones¹⁰¹, tales como:

- a) Efectuar el examen de los documentos cuya inscripción se solicita.
- b) Calificar dichos documentos bajo su responsabilidad.
- c) Verificar la competencia y facultades de quien los autorice o suscriba.
- d) Verificar el cumplimiento de las formas extrínsecas.
- e) Verificar la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez del contenido de dichos documentos.
- f) Examinar si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo.

Por ello el art. 6° de la ley 19.550 —en su texto original— expresamente disponía que el juez *debía* comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales, y controlaría que las publicaciones ordenadas por la ley se hubieran cumplido¹⁰².

Ha señalado la doctrina que el tema de la publicación —en los casos en que es ordenada por la ley— es insustituible y que los medios legales por los cuales dicha publicación debe realizarse no son fungibles, toda vez que el régimen de publicidad no tiene por objeto notificar —en el sentido técnico de la expresión— a terceros determinados un acto concreto, sino que tiene por destinatarios a terceros indeterminados para hacer público el acto, colocándolos en estado de tomar conocimiento de lo ocurrido y hacerles oponible el acto¹⁰³.

Pues bien, la ley 26.994 elimina —en principio— el *control de legalidad* por parte del registrador, de modo que todo hace presumir que estaríamos frente a un nuevo sistema de registración automática que convierte al Registro Pú-

¹⁰¹ En la especie, el *a quo* (juez de comercio), imprimió a la petición originaria (inscripción de sociedad), un trámite contradictorio (cierto es que a petición de los interesados) que exorbitan una mera función de contralor formal y resolviendo cuestiones que hacen a la vida societaria ante los diferentes intereses demostrados por los grupos que la integran, cuando debió limitarse a decidir si correspondía o no la inscripción fundando el despacho favorable o la denegatoria en dispositivos concretos, y con independencia de que todos los socios estén de acuerdo. Es que, como lo tiene dicho la jurisprudencia, el Registro Público de Comercio ejerce la función de vigilancia y control de legalidad que lo faculta a rechazar la inscripción de un contrato de sociedad, aunque no haya oposición, si no se llenan los recaudos legales (CCiv. y Com. 1ª, Mar del Plata, LL 115-614). En consecuencia, corresponde dejar sin efecto todas las actuaciones contenciosas ajenas a la petición originaria, devolviéndola al juez de comercio para que, en estricto cumplimiento de sus funciones de contralor, se pronuncie sobre la procedencia o desestimación de la registración de manera concreta, y con remisión normativa. Todo ello sin perjuicio de que los interesados ocurran a la jurisdicción si estiman que la decisión conculca los términos del contrato, pues, la exégesis de éste es una cuestión sustancial que debe dirimirse mediante un acto jurisdiccional (sentencia), y no por el organismo encargado de su registración. Sin costas por no existir las mismas en el trámite administrativo. CCiv. y Com., Sala I, San Miguel de Tucumán, “García Hermanos S.R.L. s/publicación, inscripción, prorroga”, 07/09/1994.

¹⁰² GRISPO, Jorge Daniel, *Modificaciones en materia de registración...*, op. cit.

¹⁰³ Ver GRISPO, Jorge Daniel, *Modificaciones en materia de registración...*, op. cit.

blico —el que sea, cuando se cree, o las actuales denominadas autoridades de contralor si subsisten en las provincias¹⁰⁴— en un mero receptor de documentos, donde los efectos de la toma de razón quedarían limitados sólo a garantizar la efectiva la publicidad.

En el mismo sentido, la ley 26.994 también sustituye la expresión “toma de razón” por la de “inscripción” ratificando —de ese modo— la nueva dimensión que otorga al trámite inscriptorio en materia de efectos¹⁰⁵.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la Inspección General de Justicia, a través de las resoluciones generales IGJ 7/2015 y 9/2015, ha establecido que, más allá de lo que pueda señalar la reforma de la ley 26.994, igualmente ejercerá el “...control de legalidad...” respecto de los documentos y actos sometidos a su inscripción, al igual que asume a su cargo el Registro Público al que alude el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

2.4. Los registros contables en el nuevo Código

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —en razón de haber derogado el Código de Comercio que era el ámbito en el cual se encontraba regulada esta temática¹⁰⁶— también incorporó en su texto normas relativas a “Contabilidad y estados contables”¹⁰⁷.

La Comisión Redactora —según lo ha indicado en los “Fundamentos”— tomó como base el Proyecto de 1998 y otros anteriores mas consideró adecuado optimizar y actualizar el tema¹⁰⁸.

Los contenidos básicos —explicados por los miembros de la Comisión en los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto— son los siguientes:

¹⁰⁴ Por ejemplo, la Comisión Nacional de Valores.

¹⁰⁵ Sin perjuicio de ello, en el título del artículo respectivo la ley 26.994 mantiene la expresión “toma de razón”, lo cual puede generar alguna controversia interpretativa.

¹⁰⁶ AGUINIS, Ana María, “Balance y rendición de cuentas en las sociedades comerciales. Aspectos jurídicos contables”, en LL 1979-D-994; FARGOSI, Horacio P., “Anotaciones sobre la documentación y contabilidad en la Ley de Sociedades Comerciales”, en LL 147-957; MARTORELL, Ernesto E., “La reforma de la normativa contable de la Ley de Sociedades Comerciales y su análisis”, en LL 1984-C-1208; MORRONE, Salvador G., “La registración contable y el reflejo preciso de la intención de las partes en las relaciones empresarias”, en RDCO 1997-10.

¹⁰⁷ Ver ANTIH, María José, “Unificación del Código Civil y Comercial: comparación de aspectos contables”; SIMESSEN DE BIELKE, Verónica, “El nuevo Código Civil y Comercial Unificado: repercusiones en el ámbito de los profesionales de Ciencias Económicas”; GUTIÉRREZ, Adriana y JANUSZEWSKI, Karina, “Algunas cuestiones relacionadas con los profesionales en Ciencias Económicas en el nuevo Código Civil y Comercial”; todos ellos en LL, Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Implicancias para el profesional en Ciencias Económicas, Buenos Aires, 2014.

¹⁰⁸ Ver CPCE BUENOS AIRES, “Propuesta de modificación al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), *Los sujetos obligados a llevar contabilidad en el texto del Código Civil y Comercial en trámite*, Errepar, DSC, 2013; JUNYENT BAS, Francisco, “Reflejos del proyecto del Código Civil y Comercial en materia concursal”, Errepar, DSC, Supl. especial, 2012; LAULBITTA, Daniel, “La opinión del Contador sobre los libros contables y sociales”, Enfoques, 2006 (junio), 89.

a) Se extiende la obligación del llevado de contabilidad a todas las personas, sean humanas o jurídicas, que desarrollen una actividad económica o sean titulares de empresas; aunque se exceptúa de tal obligación a las personas físicas a las que el llevado de libros pudiera resultar gravoso, tales como agricultores y profesionales no organizados en forma de empresa. Asimismo, se faculta a las jurisdicciones locales a exceptuar también a aquellas actividades cuyo volumen de giro no justifiquen el llevado de libros. Se introduce —además— en favor de todas las personas, la posibilidad de llevar contabilidad legal en forma voluntaria —si así lo deciden— en un pie de igualdad respecto de los sujetos obligados —art. 320—.

b) En cuanto al llevado de la contabilidad, se hace hincapié en la verosimilitud de las registraciones, las que deben reflejar los hechos, instrumentos y documentos que les dan origen, sobre bases y criterios uniformes —a fin de evitar distorsiones originadas en las variaciones de los mismos— y con carácter eminentemente inclusivo de todos los actos que pudieren tener efecto sobre el patrimonio del obligado y el resultado de sus operaciones —art. 321—.

c) Se imponen como libros obligatorios mínimos el “Diario”, a fin de la anotación de las operaciones en orden cronológico, y el de “Inventarios y Balances”, para la anotación en forma detallada de los activos, pasivos y patrimonio neto, al comienzo de las actividades y al cierre de cada ejercicio, así como para la trascripción de los estados contables anuales—art. 327—. Se agrega, también con carácter de obligatorio, todo otro libro o registro que resulte necesario en función de la dimensión y características de la actividad del obligado o los que en forma especial impongan el Código u otras leyes —art. 322—.

d) Se prevé la posibilidad, previa autorización, del llevado de libros, registros y del archivo de la documentación de respaldo por medios alternativos hoy existentes —electrónicos, magnéticos, ópticos— u otros que puedan crearse en el futuro. Se exceptúa de tal posibilidad al libro de Inventarios y Balances, donde deben quedar registradas las características de los medios alternativos solicitados, así como las autorizaciones que se confieran, debiendo los referidos medios garantizar la inalterabilidad, inviolabilidad, verosimilitud y completitud de los registros —art. 323—.

e) Se ha dejado a cargo de los Registros Públicos de cada jurisdicción —no creados por la ley 26.994— la identificación de los libros obligatorios, así como el otorgamiento de autorizaciones para su llevado por medios alternativos —art. 329—.

f) En cuanto a la forma del llevado de los libros, se mantienen las normas de seguridad que hacen a la fe de sus registraciones. Se imponen en forma expresa para los libros y registros, el idioma y la moneda nacional, lo que excluye otras lenguas o unidades de medida técnicas o foráneas —art. 324—.

g) Se fija expresamente el lugar en que han de permanecer los libros y registros contables, lo que aventará controversias al respecto. A la vez, ese mismo lugar se constituye en aquel en que se deben llevar a cabo —en su caso— las diligencias probatorias sobre los libros y registros del obligado.

h) Se dispone que los registros han de permitir determinar al cierre de cada ejercicio la determinación del patrimonio, de su evolución y de sus resultados, estableciéndose el contenido mínimo de los estados contables anuales —art. 326—.

i) En cuanto a la conservación de los libros y registros se establece el plazo de diez (10) años, el que se computará:

i.1.) desde el último asiento en el caso de los libros;

i.2.) desde la última anotación efectuada en el caso de los demás registros, y

i.3.) desde la fecha de su emisión, en el caso de los instrumentos o documentos respaldatorios —art. 328—.

j) Se establecen reglas concretas acerca de la eficacia probatoria de la contabilidad, incluyéndose todas las posibilidades, tanto entre obligados a llevar contabilidad y quienes decidan hacerlo en forma voluntaria, como entre estos y los no obligados —art. 330—.

k) Se sostiene el criterio general de confidencialidad, prohibiéndose las pesquisas genéricas a fin de determinar si las personas lleva o no contabilidad legal —art. 331—.

l) Se establece concretamente el lugar en que ha de ser llevada a cabo la prueba sobre los libros, registros y documentación respaldatoria, aun cuando se encuentre en diversa jurisdicción a la del juez que la ordene, lo que evitará controversias al respecto.

ll) En resguardo de la confidencialidad, se limita el examen probatorio a las cuestiones estrictamente en debate, sin perjuicio del examen genérico del sistema contable a fin de establecer si éste es llevado de acuerdo a las prescripciones legales.

3. La presunción de onerosidad

Un punto de divergencia que la doctrina tradicionalmente ha señalado entre las obligaciones civiles y las comerciales es que, en materia de obligaciones comerciales la onerosidad *se presume* —atento al fin de lucro que importa toda actividad mercantil—, mientras que ocurre lo contrario en la contratación civil¹⁰⁹. Ejemplos respecto de esta característica pueden encontrarse en las normas que contenía el Código de Comercio derogado, sobre la compraventa —tipificada como adquisición a título oneroso, para lucrar con su enajenación—, el mandato comercial, el depósito mercantil y la comisión, entre otros¹¹⁰.

Y ello resulta lógico, en la medida en que el obrar de los comerciantes y empresarios no obedecen a una mera conducta desinteresada, sino que en todo acto cumplido en el ámbito de una actividad comercial, es decir, en la producción,

¹⁰⁹ Véase ETCHEVERRY, Raúl, *Manual de derecho comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1977; y HALPERIN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1972; entre otros.

¹¹⁰ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Contratos comerciales...*, op. cit.

intercambio o tráfico de bienes y servicios en el mercado, se encuentra ínsito el fin de lucro, el cual resultaba claro dado que, como lo recogía el inc. 5° del art. 218 del Código de Comercio derogado, los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos. Este criterio es de la mayor importancia, y es lo que ha dado en denominarse *el principio de onerosidad* en la actividad comercial.

3.1. *La presunción de onerosidad en la normativa del nuevo Código*

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incluye una serie de normas positivas específicas que, modificando el criterio originario del Código de Vélez, imponen una presunción de onerosidad respecto de ciertos actos jurídicos y contratos, al mismo tiempo en que mantiene dicho principio presuntivo en normas que anteriormente se encontraban contempladas en el Código de Comercio derogado.

Así, a modo de ejemplo, podemos señalar que:

- i) el art. 1322 señala que el contrato de mandato se presume oneroso;
- ii) el art. 1357 dispone que el depósito se presume oneroso;
- iii) el art. 1527 establece que el mutuo es un contrato oneroso —excepto pacto en contrario—;
- iv) el art. 1599 brinda el concepto del contrato oneroso de renta vitalicia; y
- v) el art. 2119 admite la constitución del derecho real de superficie a título oneroso;

Ello, además del régimen especialmente protectorio que el propio Código otorga a aquellos actos cumplidos a título oneroso en lo que hace al ejercicio de las defensas invocables por contratantes y terceros, respecto de los efectos y de su oponibilidad.

4. *La apariencia*

Como lo ha indicado Falzea¹¹¹, en los tiempos modernos, la exigencia de hacer más ágiles las distintas formas de circulación jurídica de los bienes, ocasionada por la expansión del comercio y del tráfico, así como por la intensificación del ritmo de las relaciones económicas, ha impuesto una protección reforzada de los terceros y, en sentido contrario, una menor garantía de los derechos preexistentes y de las situaciones jurídicas preconstituidas.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los ordenamientos jurídicos de los diversos países iban creando, a través de reiteradas medidas legislativas, excepciones cada vez más numerosas a las reglas tradicionales, mientras que la jurisprudencia iba extendiendo el ámbito de aplicación de dichas reglas; y la doctrina, por su parte, comenzaba a recoger en esbozos de sistematizaciones generales los nuevos temas que brindaban las leyes y la experiencia. En esta

¹¹¹ Ver FALZEA, Ángelo, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffrè, 1997.

corriente innovadora, el lugar de vanguardia fue para Alemania, donde las tendencias teóricas más acentuadas de los pandectistas y, en especial, de los autores e intérpretes del BGB¹¹², unidas a las particulares estructuras de las instituciones jurídicas de origen germano, facilitaron la elaboración de conceptos y principios que, al final, fueron objeto de una coherente y sistemática formulación en la teoría de la *apariencia* y, con un alcance más general, en la teoría de la *confianza*¹¹³.

Aquellas nuevas demandas —que en los países del *common law* habían podido reducirse a los *principles of equity*¹¹⁴— tuvieron mayores resistencias en las doctrinas francesa e italiana. La primera siguió el camino, bastante estrecho, del principio del error común, con un intento de extensión y forzamiento de los confines de Éste: aún hoy en día, en Francia, para justificar la conservación de las adquisiciones del heredero aparente, se recurre al principio en mención, el cual es utilizado también para otras hipótesis, relativas a la llamada propiedad aparente¹¹⁵.

En Italia, en cambio, el intento consistió en brindar una formulación adherente al derecho positivo, para la cual se sacó el máximo provecho de referencias y alusiones normativas y, a la vez, de las doctrinas germanas. En dicho mar-

¹¹² *Bürgerliches Gesetzbuch*, el Código Civil alemán.

¹¹³ Ver MEYER, H., “Das Publizitätsprinzip”, en D. B. R., Munich, 1909; NAENDRUP, *Be-griff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforschungen*, Münster, 1910; y de KRÜCKMANN, “Sachbesitz Rechtsbesitz Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts”, en Arch. civ. Pr., CVIII (1912), p. 179 y ss. (del mismo autor cfr., anteriormente, “Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie”, en *Jherings Jahr.*, LVII (1910), ps. 1 y ss., especialmente, ps. 96 y ss.). También son de señalar: GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1905, ps. 187 y ss., 552 y ss.; REGELSBERGER, “Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten”, en *Jherings Jahr.*, XLVII (1904), ps. 356 y ss.; FISCHER, “Sein und Schein im Rechtsleben”, en Int. Wochenschr. für Wiss. Kunst u. Technik, 1909; STINTZING, “Besitz, Gewere, Rechtsschein”, en Arch. civ. Pr., CIX (1912), ps. 347 y ss.; OERTMANN, “Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein”, en *Zeit für ges. Handelsr.*, vol. 95 (1930), ps. 443 y ss.; así como el sintético trabajo de CRISOLLI, “Publizitätsprinzip”, en Hw. der Rechtsw., IV, Berlin-Leipzig, 1927, ps. 619 y ss. Sin embargo, algunos de los autores citados, especialmente Krückmann y Naendrup, daban al concepto de apariencia y a su ámbito de aplicación una extensión en tal medida exagerada (comprensiva de la prescripción, la anulabilidad, la declaración de muerte presunta y hasta de... ¡la cosa juzgada!) que la teoría de la apariencia quedaba desacreditada, como hubo de decir Meyer (*Vom Rechtsschein des Todes*, Leipzig, 1912, ps. 13 y ss.). Incluso en una época menos lejana, OERTMANN, a pesar de advertir la exigencia de un concepto restringido de apariencia jurídica (op. cit., p. 457), hace confluír en la categoría respectiva figuras numerosas y heterogéneas (op. cit., ps. 478 y ss.); así lo señala FALZEA.

¹¹⁴ ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübinga: 1956, p. 215.

¹¹⁵ PLANIOL y RIPERT y BOULANGER, *Traité élém. droit civ.*, 4ª ed., III, París, 1951, ps. 733 y ss.; JOSSERAND, *Cours de droit civ. pos. franç.*, 2ª ed., III, París, 1933, ps. 584 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Cours élém. droit civ. franç.*, 10ª ed., III, París, 1950, ps. 565 y ss.; CREMIEU, “De la validité des actes accomplis par l’héritier apparent”, en Rev. trim. dr. civ., 1910, p. 39. En la doctrina francesa sobre el error común, cfr. los estudios de VALABRÈGUE, “De la maxime ‘Error communis facit ius’”, en Revue crit., 1890; LONIEWSKI, “Essai sur le rôle actuel de la maxime ‘Error communis facit ius’”, Aix, 1905; MAZEAUD, H., “La maxime ‘Error communis facit ius’”, en Rev. trim. dr. civ., 1924, p. 929.

co, se postularon las teorías de la protección de la expectativa¹¹⁶ y de la posesión de los derechos¹¹⁷, antes de que se llegara a una franca e íntegra acogida de la *teoría y del principio de la apariencia*.

No hubo preocupación —en aquel tiempo— por controlar si era posible transferir un principio elaborado para un sistema en particular, y se creyó que se podían encontrar aplicaciones de dicho principio en los más variados campos y en las más diversas instituciones dentro del Derecho Mercantil, tales como en el caso de la posesión a los títulos valores, y en las sociedades mercantiles.

En principio, la doctrina concuerda en considerar que la apariencia se relaciona con una *situación jurídica* y, más precisamente, con un *derecho subjetivo*. En efecto; se menciona, justamente:

- i) la apariencia jurídica;
- ii) la apariencia del derecho;
- iii) la apariencia de la situación jurídica o —con una expresión específicamente construida—
- iv) la *apparentia iuris*¹¹⁸.

Una situación jurídica aparenta —entonces— *existir*, aunque realmente *no existe*. Esta circunstancia, de *aparentar pero no ser*, hace que entren en juego intereses humanos relevantes que la ley no puede ignorar. El problema consiste, entonces, en identificar el significado jurídico del fenómeno, y su categoría teórica correspondiente¹¹⁹.

Como lo recuerda la doctrina italiana —en especial—¹²⁰, la figura de la apariencia es asimilada a un esquema general de relación:

¹¹⁶ Ver MOSSA, “El registro di comercio”, en *Studi sassaresi*, 1921, y “La dichiarazione cambiaria”, Pisa, 1930 (véanse los extractos publicados en la Riv. dir. comm., 1930, I, ps. 305 y ss.) y de SOTGIA, “Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità”, Roma, 1930, y “Ancora in tema di apparenza del diritto”, en Riv. dir. priv., 1936, I, p. 121; además, de BOLAFFI, “Le teorie dell’apparenza giuridica”, en Riv. dir. comm., 1934, I, ps. 695 y ss. El concepto ha sido utilizado con mayor amplitud en el campo de las sociedades (SALANDRA, “Estensione e fondamento giuridico della responsabilità personale per le obbligazioni delle società irregolari”, en Riv. dir. comm., 1928, II, p. 8; y del mismo autor, “Le società irregolari nel diritto vigente”, Roma, 1935, ps. 46 y ss., así como “Le società fittizie”, en Riv. dir. comm., 1932, I, ps. 290, 305; DOMINEDÒ, “Le anonime apparenti”, Siena, 1931, p. 75; y véase también SOTGIA, “Società commerciali irregolari”, Milán, 1938); y en materia de títulos valores: cfr., especialmente: MOSSA, “La dichiarazione cambiaria”, ps. 73 y 102 y ss.; SOTGIA, “Apparenza”, ps. 206 y ss.; y MESSINEO, *I titoli di credito*, 2ª ed., I, Padua, 1933, ps. 26 y ss.; igualmente, y de lo más reciente: FERRI, G., “I titoli di crédito”, en *Trattato Vassalli*, Turín, 1952, ps. 51-54 (y allí, las referencias de las notas 3 y 8).

¹¹⁷ FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, estudio que tiene un precedente —si bien en otro plano— en la obra de BRINI, “Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano”, en los *Studi giur. e stor. per l’VIII centenario dell’Università di Bologna*, Roma, 1888, ps. 131 y ss., especialmente, ps. 144 y ss.

¹¹⁸ NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milán, 1942; FUNAIOLI, C. A., “A propósito d’apparentia iuris”, en Riv. dir. civ., 1942, I, ps. 128 y ss.

¹¹⁹ Véase GUILLEN, Horacio P., “Nulidad y apariencia”, LL 1984-A-772.

¹²⁰ Ver FALZEA, Ángelo, *Ricerche di teoria generale...*, op. cit.

- a) la relación por la cual un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real hace aparecer o manifiesta otro fenómeno; y
- b) este otro fenómeno, no está presente materialmente y no es inmediatamente real¹²¹.

En este punto conviene advertir que la apariencia es sólo un caso particular de este esquema, el cual puede tener, además, un doble plano de aplicación. Se le puede aplicar, sobre todo, en el *plano subjetivo*, en cuyo caso se le interpretará subjetivamente. En el lenguaje común, en efecto, la voz *apariencia* denota un *fenómeno subjetivo*, una *situación análoga*, a la situación subjetiva del *error*.

La apariencia no constituye una categoría autónoma abstracta, sino que opera en el ámbito de un *acto* o de un *negocio jurídico*. El acto o negocio es afectado por una *irregularidad de origen*, atribuible a la *inexistencia de la situación jurídica que constituye su presupuesto ordinario según la correspondiente previsión normativa*. La situación jurídica presupuesta es, para ser precisos, aquella situación jurídica sobre cuya existencia recae el error objetivamente excusable¹²². Y puesto que esta situación opera como fuente de legitimación respecto del acto o del negocio, su ausencia debería conducir, directamente, a la ineficacia. El papel jurídico de la apariencia es, justamente, *obviar* lo más posible esta causa de ineficacia, y *permitir*, por lo tanto, que el acto o negocio irregular produzca de todas maneras los efectos que les son propios¹²³.

Y éste es un principio fundamental para que pueda desarrollarse la actividad mercantil en el tráfico de bienes y servicios en el mercado; pues la *celeridad* y la *seguridad* de dicho tráfico así lo requieren.

4.1. La apariencia en la normativa del nuevo Código

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recoge, en materia de representación, el principio de la apariencia que había sido objeto de tratamiento en la doctrina. El instituto —más allá de que deba ser aplicado con prudencia—, procura proteger la *confianza* de los terceros y la *celeridad* en las transacciones —art. 368—.

Para que la *apariencia* sea *fuentes de representación*, es necesario que exista una *actividad del representado que genere en los terceros la creencia que una determinada persona reviste el carácter de representante*. Es decir que no basta que el que se pretende representante actúe haciendo creer a los terceros que reviste tal calidad sino que *debe ser el propio representado el que genera la situación de confianza en los terceros*.

¹²¹ Véase CRUZ PONCE, Lisandro, *La apariencia y el derecho*, Imprenta Cultura, Santiago de Chile, 1936.

¹²² Véase LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de Derecho Contractual europeo*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

¹²³ Véase GUYÉNOT, Jean, *Curso de Derecho Comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1975.

El nuevo Código menciona como ejemplo —en el art. 368— tres situaciones que generan *representación aparente*; es decir que hay representación aún sin un acto expreso de apoderamiento, estableciéndose una presunción al respecto:

i) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público, pues se lo reputa apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste;

ii) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento a quienes se presume facultados para todos los actos que ordinariamente correspondan a las funciones que realizan; y

iii) los dependientes en cargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento a quienes se presume facultados para recibir el precio y otorgar el correspondiente recibo.

En materia de personas jurídicas privadas, tanto las normas contenidas en el nuevo art. 144 del Código como las correspondientes al art. 54, inc. 3º, de la Ley General de Sociedades 19.550 —ley especial— protegen al tercero de buena fe en los casos de aplicación del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

5. La confianza legítima

Este principio —al que se adjudica su origen en el Derecho Administrativo y, en especial, en el régimen de atemperación y seguridad por parte del administrado frente al poder del Estado— lo cierto es que ya tenía vigencia en el ámbito privado en el modo en el cual los comerciantes y artesanos desenvolvían su actividad como parte de la relación del tráfico, ante la inexistencia de normas legales imperativas y regulatorias de la actividad, la cual se ajustaba estrictamente a los usos, prácticas y costumbres mercantiles.

Paralelamente a la evolución de la *ciudad-Estado*, acompañando a la generación de *hombres nuevos*, nacen dos instituciones vinculadas estrechamente al desarrollo del derecho comercial: las *ferias* y los *mercados*.

A partir del siglo IX las ciudades comienzan a presentar pequeños mercados locales en los cuales se realizaban ventas al menudeo para el abastecimiento de la población que habitaba los lugares donde éstos se celebraban. Estas reuniones de comerciantes tenían carácter semanal, con un radio de acción limitado al pequeño ámbito de influencia de la ciudad¹²⁴.

Sin embargo, esto no restringía, en modo alguno, una concepción universal del comercio, pues al mismo tiempo en que estos mercados desarrollaban su actividad, otras reuniones de comerciantes, *las ferias*, reunían a artesanos y comerciantes de lejanos lugares en verdaderas *exposiciones universales*¹²⁵, las

¹²⁴ Véase GARO, Francisco, J., *Derecho Comercial, Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1955.

¹²⁵ RUBIO, Jesús, *Introducción al Derecho Mercantil*, Nauta, Barcelona, 1969.

cuales no excluían a nada ni a nadie, en las que se realizaban ventas al mayoreo, con un extenso radio de acción¹²⁶.

Para la celebración de una feria era necesario contar con una decisión favorable del príncipe territorial, en la medida que, por su naturaleza, las ferias importaban no solamente una gran reunión de hombres y de mercaderías, sino que se reconocía, durante su celebración, un derecho especial que garantizaba a quienes concurrían seguridades mínimas esenciales para el tráfico. Esas seguridades eran conocidas como *la paz de la feria* implicando, para quienes contravinieran dicha paz, severas sanciones¹²⁷.

La vigencia de la paz de la feria se garantizaba mediante la entrega, a los mercaderes que concurrían, de un salvoconducto —*conduit*—, cuya portación garantizaba la protección del príncipe territorial. Dicha paz, del mismo modo, era sostenida —también— dentro del predio ferial, a través de los custodios de la feria —*custodes nundinarum*— quienes ejercían sobre ellas políticas y jurisdicciones especiales.

Para contribuir al éxito del intercambio, se suspendían, durante la celebración, la prohibición canónica de la usura, las acciones judiciales, las medidas de ejecución, y el derecho de represalia por los delitos cometidos fuera de ellas. Asimismo, se liberaba el derecho por el cual el señor retenía para sí los bienes pertenecientes al extranjero muerto en sus dominios —*droit de Aubaine*—¹²⁸.

Así, en las transacciones comerciales, las ferias y los mercados, los comerciantes se comportaban —entonces— del modo y bajo el régimen que era esperado. No sólo en lo que hacía a su vinculación específica en relación con el negocio en particular que celebraban, sino también en el marco de las promesas y seguridades que los dueños de los territorios y los agentes del poder feudal y público otorgaban a los comerciantes que transitaban dichos territorios para concurrir a los encuentros, o a los eventos que tuvieran lugar en dichos territorios¹²⁹.

Pero más allá de ello, lo cierto es que la evolución del principio de la *confianza legítima* ha tenido su desarrollo explicativo y dimensional especialmente en el Derecho Público y, en particular, en el Derecho Administrativo¹³⁰.

Como dimensión *objetiva*, la confianza legítima se configuraría en las reglas que favorecen en forma general los vínculos entre los poderes públicos y los ciudadanos¹³¹, constituyendo lo que denominan los alemanes “protección

¹²⁶ Véase FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Estatuto jurídico del comerciante*, Depalma, Buenos Aires, 1969.

¹²⁷ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

¹²⁸ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio...*, op. cit.

¹²⁹ Véase RIPERT, Georges, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Tea, Buenos Aires, 1954.

¹³⁰ Véase, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983.

¹³¹ Véase también SANMARTINO, Patricio M. E., “La noción de acto administrativo en el estado constitucional”, EDA 2007-639; MAQUEDA, Santiago, “Los elementos del acto admi-

abstracta de la confianza¹³², por cuanto se trata de normas impersonales que determinan una conducta específica a la generalidad de las situaciones y que fijan por sí mismos los criterios del régimen jurídico, sin necesidad de que el órgano encargado de aplicar tales normas tenga un poder de apreciación de su alcance¹³³. Asimismo, la confianza legítima en sentido objetivo podría entenderse como una *fuerza de inspiración de la legislación y de la potestad reglamentaria, que traduce en reglas precisas los principios de seguridad, claridad, estabilidad y previsibilidad* del Derecho Público y de la actividad administrativa en general, cuyo contenido se expande y proyecta —también— en el ámbito del Derecho privado, y, en especial, en el del Derecho Mercantil¹³⁴.

La *confianza legítima*, en su dimensión *subjetiva*, se presentaría como un mecanismo de interpretación y de conciliación de los conceptos jurídicos indeterminados, como una forma de flexibilizar la legalidad objetiva con ocasión del examen de los casos particulares. Visto en tal forma, estamos de lleno aludiendo al ejercicio del poder discrecional que poseen, tanto el legislador y la autoridad administrativa, como el juez, al decidir las situaciones concretas. Se presentaría así la confianza legítima como un principio que permite interpretar, modelar o conferir, en los casos concretos, las reglas de derecho objetivo¹³⁵.

nistrativo y la concepción tomista de la ‘ley’”, ED 243-847; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El fundamento filosófico de las exigencias de validez y eficacia de los actos administrativos. Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa”, EDA 2011-597; RHEIN SCHIRATO, Vitor, “Repensando la pertinencia de los atributos de los actos administrativos”, EDA 2011-507; ROSA ALVES, Esteban, “La motivación como requisito de validez del acto administrativo que trasunta el ejercicio de facultades discrecionales. Una nueva perspectiva desde el Estado Social de Derecho. Funciones de la motivación de cara al control judicial de aquellos actos administrativos”, EDA 2011-537; CARDELLI, Eugenia Mara, “La buena fe y la confianza del administrado a la luz de un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte bonaerense”, diario n° 12.947, del 29/02/2012; COVIELLO, Pedro J., “La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto administrativo en un pronunciamiento de la Corte Suprema”, EDA, diario n° 12.969 del 30/03/2012; ESPINOZA MOLLA, Martín R., “Aspectos relevantes de la debida motivación del acto administrativo”, diario n° 13.027 del 29/06/2012; entre otros.

¹³² WOEHLING, Jean-Marie: “General Report on legitimate expectation”. Ponencia presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado. Bristol, Inglaterra, 31 de julio de 1998.

¹³³ Véase ROCCO, Alfredo, *Principios del Derecho Mercantil*, Nacional, México, 1950.

¹³⁴ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, Ponencia Nacional de Venezuela al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Bristol (del 26 de julio al 1° de Agosto de 1998). Tema IV. “Droit Administrative”. “La notion de ‘Confiance Légitime’ dans la jurisprudence des tribunaux”. Ponente General: Jean-Marie WOEHLING. TORO DUPOUY, María Helena: “El principio confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico administrativas”. Comentarios a la ponencia del Profesor Johann-Christian PIELOW, “El Principio de la Confianza Legítima (*Vertrauensschutz*) en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas” en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. “Allan Randolph Brewer-Carías”. Caracas, Venezuela. Noviembre de 1998. WOEHLING, Jean-Marie: “General Report on legitimate expectation”. Ponencia presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado. Bristol, Inglaterra, 31 de julio de 1998.

¹³⁵ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “El principio de confianza legítima o expectativa plausible...”, op. cit.

Ahora bien, el enfoque que antecede es esencialmente *ius publicista*, en forma tal que expone la situación de la confianza legítima que se genera entre un órgano público y un particular. Al efecto, la dimensión objetiva son las reglas que el ente público crea y a los cuales ha de someterse; en cuanto que la dimensión subjetiva está en el momento de la aplicación de tales reglas, en el cual rigen los mecanismos de interpretación de los *conceptos jurídicos indeterminados* y los de *conciliación*¹³⁶.

Es indudable que, al admitir que la *confianza legítima* opera entre particulares, los contenidos antes expuestos se modifican en el sentido de adaptarse a la posición de quienes sólo dictan las reglas en las cuales se expresa la autonomía de la voluntad, cuya aplicación también está planteada sobre la base de límites que no son otra cosa que su flexibilización y adaptación a momento preciso en el cual tal ejecución debe producirse. Es en el sentido que antecede que admitimos la doble dimensión del concepto de confianza legítima¹³⁷.

El principio de confianza legítima —cuyo origen, debemos insistir, se encuentra más en el Derecho Administrativo— ha sido admitido —como lo ha sido también descripto¹³⁸— en tres de los grandes sistemas de derecho comparado:¹³⁹

- i) en el sistema del *common law*¹⁴⁰;
- ii) en el sistema *alemán*¹⁴¹; y
- iii) en el sistema *latino*¹⁴².

En el sistema del *common law* la figura de la *confianza legítima* recibe el nombre de “*legitimate expectation*”. Es decir, que con tal concepto, se hace referencia esencialmente a la legitimación para el ejercicio de una acción, por lo que tiene en consecuencia una connotación predominantemente formal. En general se

¹³⁶ Véase CASTILLO BLANCO, Federico A., *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

¹³⁷ Véase PUISSOCHET, Jean Pierre, “Vous avez dit confiance légitime?”, en *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996.

¹³⁸ RONDÓ DE SANSÓ, Hildergard, “El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el Derecho Venezolano”, en “El derecho venezolano a finales del Siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra”, Caracas, 1998.

¹³⁹ Véase GARCÍA MACHO, Ricardo, “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983.

¹⁴⁰ Véase KENNETH, C. Davis, *Administrative Law Treatise*, San Diego, California, 1978/1983; y especialmente SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, “El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa”, Cizur Menor (Navarra), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 114, Civitas, Madrid, 2002.

¹⁴¹ PIELOW, Johann Christian, “El principio de la confianza legítima —*Vertrauensschutz*— en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas”, Caracas, 1998, Ponencia presentada a las IV Jornadas Internacionales “Allan Randolph Brewer-Carias”.

¹⁴² Véase MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La teoría de los propios actos y la doctrina y jurisprudencia nacionales”, LL 1984-A-152.

la identifica con la figura del “*stoppel*”¹⁴³ que prohíbe cualquier actuación revocatoria en detrimento de terceros; es decir aquella “prohibición que se impone a una persona de retirar una seguridad que había brindado, que aparentaba vincularla definitivamente, y sobre cuya base otra persona ha efectivamente actuado”¹⁴⁴.

En los Estados Unidos, la noción *legitimate expectation* es utilizada en la esfera de la contratación privada, sobre todo en los contratos de seguros. En las sentencias en las cuales se ha aplicado, no se la menciona como un concepto especial, sino que ha adquirido el sentido de “*consistency*”, esto es, el principio de *coherencia*¹⁴⁵, que puede interpretarse como el deber de mantener una conducta consistente con los criterios que el sujeto ha expresado con anterioridad frente a su contraparte y los terceros¹⁴⁶.

En Alemania, por su parte, el régimen se fundamenta en la idea del “*vertrauensschutz*” —que deriva de la palabra *vertrauen*, que significa “confianza” y alude a la *protección* de dicha confianza. A pesar de que la idea estuvo latente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de la primera parte del siglo pasado, el principio sólo adquirió su verdadero desarrollo¹⁴⁷ a partir de 1950¹⁴⁸.

Finalmente, en lo que hace a Francia¹⁴⁹, a pesar de que la noción no tiene consagración legislativa, ha sido utilizado el principio en materia fiscal por los tribunales y, asimismo, se aplicó en un caso concreto para fundamentar la responsabilidad por daños causados a una empresa en vista del radical cambio de un régimen administrativo sin que mediasen medidas transitorias¹⁵⁰. La proyección del principio a la esfera del Derecho Mercantil también se ha generado en este campo¹⁵¹.

¹⁴³ Véase LEWIS, Clive, “Legitimate expectations and estoppels”, en *Modern Law Review*, nº 49, 1986.

¹⁴⁴ Véase DUSSAULT, Robert, *Traité de Droit Administratif Canadien et Québécoise*, 1974. Citado por Jean-Marie WOEHLING.

¹⁴⁵ Véase COOPER, Frank B., *State Administrative Law*, The Bobbs-Merrill Co. Inc., 1965.

¹⁴⁶ Véase SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, Boston, 1984.

¹⁴⁷ Véase el excelente trabajo de GOTTSCHAU, Patrizia, “El caso de la viuda de Berlín”, ED, ejemplar del 13 de mayo de 2013, en el cual se analiza la sentencia dictada en dicho proceso, OVG —Tribunal Contencioso Administrativo Superior—, Berlín del 14/11/1956, VII B de segunda instancia y confirmado el 25/10/1957, BverwG —Tribunal Administrativo Federal—.

¹⁴⁸ Véase RONDÓ DE SANSÓ, Hildergard, “El principio de confianza legítima o expectativa plausible...”, op. cit.

¹⁴⁹ Véase CALMES, Sylvia, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, París, 2001; BERNAL FANDIÑO, Mariana, “El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium*”, en *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi. Bogotá (Colombia)* N° 13, Noviembre de 2008; VINCENT, Pierre, “La Faible Impact du Principe de Confiance Légitime en Droit Administratif Français”, París, en *Revue Française de Droit Administratif*, N° 16 (2), marzo-abril de 2000.

¹⁵⁰ En España se ha asumido el principio de confianza legítima por su sometimiento a la jurisprudencia del Tribunal Comunitario. La primera aplicación de este principio por la Corte Suprema se produjo en el año 1989.

¹⁵¹ RONDÓN DE SANSÓ, Hildergard, “El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano”, Comunicación a la Academia Nacional de Derecho y Cien-

Este principio de la confianza legítima se ha esbozado entre nosotros como la “*Doctrina de los Actos Propios*”, desgajado —como recuerda Piaggi¹⁵²— del principio general de la buena fe¹⁵³, y es recurrentemente utilizada por litigantes y magistrados e invocado —demasiado a menudo— sin fijación precisa de sus límites¹⁵⁴, componentes, requisitos, fundamentos, presupuestos¹⁵⁵, método y finalidad¹⁵⁶; todo ello a pesar que el “*venire...*” ya fue utilizado por nuestro Supremo Tribunal Federal desde 1869¹⁵⁷.

La jurisprudencia sobre el tema es abundante y la utilización del *standard* ha sido constante en el derecho privado¹⁵⁸, administrativo, procesal¹⁵⁹, im-

cias Sociales de Córdoba; CASTILLO BLANCO, Federico A., *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1998. Madrid, España. GARCÍA MACHO, Ricardo, “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 56, 1987. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, 1983, Madrid, España. HUBEAU, F., “Le principe de la protection de la confiance legitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, en *Cahier de Droit Européen*, Ns.° 2-3, 1983. PAREJO ALFONSO, Luciano: Prólogo a la obra de Federico A. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, España, 1998. PIELOW, Johann Christian, “El Principio de la Confianza Legítima (*Vertrauensschutz*) en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas”. Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Caracas, Venezuela. Noviembre de 1998.

¹⁵² PIAGGI, Ana, “Reflexiones sobre dos principios basilares del Derecho: la buena fe y los actos propios”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Material de Cátedra, Buenos Aires, 2007.

¹⁵³ BETTI, Emilio, en *Teoría general de las obligaciones*, TIRDP, Madrid, 1969, p. 71, señala que la *buena fe* es una actitud de cooperación dirigida a cumplir la expectativa de la otra parte y que aquélla tiene como características más destacadas la confianza y la *colaboración*, ambos derivados necesarios de la buena fe.

¹⁵⁴ PUIG BRUTAU, J., en *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, España, 1951, p. 97, señala que “...tal vez la creencia en la eficacia auténtica de los principios generales del derecho ha sido causa de que en la aplicación de la doctrina de los actos propios exista el mayor desconcierto”.

¹⁵⁵ Véase AMADEO, José Luis, “La doctrina de los propios actos en la jurisprudencia argentina y española”, LL 1984-A-519; ídem LÓPEZ MESA, Marcelo, *La doctrina de los actos propios*, Reus – B. de F., Madrid-Montevideo, 2005, en coautoría con el profesor ROGEL VIDE, Carlos.

¹⁵⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo, *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 29.

¹⁵⁷ El 8 de abril de 1869 la CSJN, *in re*, “Arigós Francisco v. Lotería de Beneficencia de Corrientes”, sostuvo: “...que desde que el antecedente se halla consentido por el demandante... no puede poniéndose en contradicción con sus propios actos, oponerse a que el Juez... se procure los conocimientos que reputa convenientes...” (Fallos 7:139). En realidad la doctrina comenzó a difundirse de forma sistemática en la década de los ‘60 de la centuria pasada, con la obra de DIEZ PICAZO y PUIG BRUTAU. En nuestro medio su recepción fue posterior.

¹⁵⁸ Ver MORELLO, Augusto Mario, “Recepción de la doctrina de los propios actos”, comentario a fallo en *Revista del Derecho Comercial*, 1976, año IX, Depalma, Buenos Aires, ps. 813 y ss.

¹⁵⁹ Ver PEYRANO, Jorge - CHIAPPINI, Julio O., “La Doctrina de los propios actos en el ámbito del procedimiento civil”, JA 1985-IV, ps. 818 y ss.

sitivo, penal e internacional¹⁶⁰; y también en el Derecho Comercial, si bien la doctrina local —prestigiosa y autorizada— ha indicado que ello resulta insuficiente.

El punto vital es que no obstante su aplicación, la doctrina de los propios actos —una de las derivaciones necesarias e inmediatas del principio de la buena fe— a menudo se desdibuja conllevando al planteamiento de dudas e interrogantes¹⁶¹; produciendo inseguridad jurídica¹⁶², imprevisibilidad¹⁶³ y falta de transparencia¹⁶⁴.

Como se ha encargado de precisarlo la doctrina, la inadmisibilidad del “*venire...*” se produce objetivamente, con prescindencia del grado de conciencia o conocimiento que haya tenido el agente al actuar¹⁶⁵. Cualquiera que fuera la voluntad que haya presidido o impulsado esos actos, ellos han suscitado en el círculo de los interesados —y en especial del contratante en el Derecho Mercantil— una *confianza fundada*, respecto a lo que significan como actitud del sujeto dentro de la relación jurídica¹⁶⁶. Consecuentemente el sujeto debe responder por las consecuencias de la confianza suscitada¹⁶⁷.

La *confianza legítima* —o el *principio de confianza de de coherencia*— es —sin lugar a dudas— una expresión clara de la *Lex Mercatoria*; es decir de ese mecanismo que consagra el comportamiento de los operadores económicos y del tráfico respecto de la *certeza y adaptación* a la dinámica comercial con que

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ BERRUTTI, Camilo H., “*Estoppel* y el obrar internacional del Estado”, LL 1986-E-876, Buenos Aires.

¹⁶¹ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, España, 1963.

¹⁶² Nuestro Supremo Tribunal Federal, expresó que: “...no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien trata una relación jurídica con otro y luego procurara cancelar sus consecuencias para aumentar su provecho...” (Fallos 322:1564).

¹⁶³ Según GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, “...la doctrina de los actos propios se utiliza generalmente con una inespecífica y aún mas grosera imprecisión y esto no sólo en el derecho administrativo donde es notorio que su invocación por los autores y por la jurisprudencia descarga de ordinario de la necesidad de mayores análisis, sino también en el campo mas depurado técnicamente del Derecho Civil”. Ver “La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad”, en Revista de Administración Pública N° 20, Madrid, mayo-agosto, 1956, p. 71.

¹⁶⁴ Véase PIAGGI, Ana I., “Reflexiones sobre dos principios...”, op. cit.

¹⁶⁵ Véase ROY, Claudine, *La théorie de l'expectative légitime en droit administratif*, Yan Blais, Québec, 1993.

¹⁶⁶ La CSNJ, *in re*, “Gutiérrez, Oscar D. s/tercería en Miolato de Krebs, Adelaida v. Krebs, Walter”, del 11/03/1976 (Fallos 294:220), sostuvo: “...La seguridad jurídica imperiosa exigencia del régimen concerniente a la propiedad privada, quedaría gravemente resentida si fuera admisible y pudiera lograr tutela judicial, la conducta de quien primero acata una norma y luego la desconoce, pretendiendo cancelar las consecuencias que de su aplicación se deriven en el campo de las relaciones patrimoniales. Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”.

¹⁶⁷ VÍTOLO, Daniel Roque, *Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil...*, op. cit.

opera en el mercado. Es entonces por *conveniencia*, por ese sentido práctico y maravilloso —como lo señala Espinosa Pérez¹⁶⁸— que poseen los hombres de negocios, que optan por dejar atrás sus legislaciones nacionales y la seguridad teórica que ellas les brindarían, para entrar a un terreno que el profano, y desafortunadamente muchas veces el abogado, teme y evade, más por ignorancia y se aferra a su esquema tradicional de comportamiento y *desenvolvimiento*, que por encontrar en él soluciones reales a la problemática negocial.

5.1. La confianza en la normativa del nuevo Código

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina ha incorporado el principio de la *confianza legítima* —o de la *protección de la confianza*— en el texto del art. 1068, dentro de la regulación del régimen de interpretación de los contratos, señalando que “...La interpretación [...] debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

La doctrina ha señalado que existe consenso en entender que la confianza es la exigencia que se impone a todo aquel que con sus conductas o sus manifestaciones de voluntad, suscite en otro una *razonable creencia* con respecto a ellas, estando obligado a no defraudar esa expectativa. Existe además un inevitable punto de contacto entre la *buena fe* —art. 1061 del mismo Código— y la *confianza*¹⁶⁹.

Esta norma es de gran *significatividad* e importa una aplicación del principio general de buena fe que debe primar en toda interpretación de los contratos.

La interpretación debe proteger la *confianza* y la *lealtad* que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto —reflejo legislativo de la doctrina de los actos propios de larga elaboración en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia—¹⁷⁰.

Existen muchos contratos que se celebran en razón de la *confianza depositada en uno de los contratantes*. Desde el punto de vista del aceptante, no interesa tanto su *voluntad* como la *confianza* que prestó para aceptar la celebración del contrato o del acto. La confianza remodela la declaración de voluntad

¹⁶⁸ ESPINOSA PÉREZ, Carlos Antonio, “La *lex mercatoria*: el verdadero derecho de los negocios internacionales”, Revista de Derecho privado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, n° 13, Temis, Colombia, Noviembre de 1993.

¹⁶⁹ Ver los Códigos comentados —Código Civil y Comercial de la Nación— bajo la dirección de LORENZETTI, Ricardo L., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014; ALTERINI, Jorge, La Ley, Buenos Aires, 2015; CALVO COSTA, Carlos A., La Ley, Buenos Aires, 2015; CURÁ, José María, La Ley, Buenos Aires, 2015; y VÍTOLO, Daniel Roque, Errepar, Buenos Aires, 2016, respectivamente.

¹⁷⁰ Véase, AMADEO, José Luis, *Doctrina de los actos propios. Manual de Jurisprudencia*, La Ley, Buenos Aires, 1986.

del aceptante, según el significado que el receptor podía y debía conferirle con miras a todas las circunstancias, en el sentido que la *buena fe* puede razonablemente darle.

Por derivación de la *seguridad y confianza* en el *tráfico jurídico*, sabemos que hay situaciones objetivas en las que la *apariencia creada* y la *actuación basada en la confianza* autorizan a *imputar obligaciones*, allí donde el sujeto no las estableció expresamente.

X. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO COMERCIAL

Las reglas se aplican por medio de la *subsunción*, en cambio, los principios se aplican mediante la *ponderación*, a veces conocida como *razonabilidad*, *proporcionalidad* —en sentido lato— o *interdicción de la arbitrariedad*¹⁷¹. Por ello, la *ponderación* se ha transformado en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales, aunque podría decirse —con más concreción— para la aplicación de los derechos constitucionales vigentes donde se busca fomentar una prohibición de excesos o defectos¹⁷².

Como se sabe los principios generan un *derecho de textura abierta*, pues estas normas reciben *determinación* y *precisión* a la luz de las exigencias del caso concreto o particular¹⁷³.

La concreción de significados se perfecciona gracias al uso de la *razonabilidad* y la *ponderación*; dos conceptos que están muy presentes en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en especial en el art. 3° de este cuerpo legal.

Y, como hemos podido apreciar a lo largo de estas reflexiones preliminares, también los principios del Derecho Mercantil o Comercial, han sido plasmados en numerosas normas y reglas establecidas por el legislador de la ley 26.994. En efecto; los Principios del Derecho Comercial se encuentran absolutamente presentes en el articulado del nuevo Código, en la medida en que el mismo no ha importado una unificación del Derecho Civil y el Derecho Comercial, sino que se limita —la unificación dispuesta— a la concentración en un único cuerpo normativo central de normas estructurales y ciertos institutos del Derecho Civil y del Derecho Comercial —los que reflejan en el articulado— manteniendo, además, la plena vigencia de las leyes especiales complementarias dictadas en

¹⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel CARBONELL (ed.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, t. 6, 1ª edición, 2008, p. 99.

¹⁷² BERNAL PULIDO, Carlos, “El neoconstitucionalismo a debate”, *Temas de Derecho Público 77*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 1ª ed., Bogotá, 2006.

¹⁷³ PIAGGI, Ana Isabel, “Reflexiones sobre dos principios basilares...”, op. cit.

relación a cada una de estas ramas las que, en su mayoría, no han sido modificadas.

Pero ocurre que los principios deben aplicarse *proporcionalmente* no debiendo *excluirse* entre sí, sino que en cada caso se debe *ponderar* o *pesar* cuál ha de tener la preferencia y en qué medida.

En relación con los principios del Derecho Comercial o Mercantil, podemos señalar que los mismos conforman una *red de interaplicación*, en la que —de un modo funcional— interactúan y se complementan entre sí conformando un sistema de principios que cuentan como núcleo central con la buena fe, y desde y hacia la cual se desprenden y convergen —simultáneamente— los cuatro principios restantes, tales como la *publicidad*, la *presunción de onerosidad*, la *aparencia* y la *confianza legítima*.

A la hora de resolver sobre un cuestión en particular, en la cual se advierta alguna suerte de conflicto entre los diversos Principios del Derecho Comercial o Mercantil, deberá tenerse presente —como lo advierte Bernal Pulido¹⁷⁴ y lo hemos señalado en otro acápite de este artículo— que, a diferencia de lo que ocurre con las *reglas* que se aplican por medio de la *subsunción*, los *principios* se aplican mediante la *ponderación*; de modo que ese efecto, el análisis deberá efectuarse bajo los parámetros de la *razonabilidad*, la *proporcionalidad* y con un inexcusable mecanismo de *interdicción de la arbitrariedad*.

Es que, como lo ha recordado caracterizada doctrina¹⁷⁵, estamos en una etapa de evolución del sistema jurídico en la cual se ha producido una huida de los dogmas —aún los incluidos en la ley— para avanzar hacia una *textura abierta del Derecho* en la cual los diferentes valores, incluso los heterogéneos, pueden coexistir en pacífica armonía, pues las normas jurídicas no son ya ni la mera expresión de intereses particulares —por una parte—, como tampoco la mera enunciación de principios universales e inmutables que alguien puede imponer y que los demás deben acatar¹⁷⁶.

Y aquí es donde aparecen la importancia y la trascendencia de los principios, que no suscitan problemas de interpretación, porque responden a una formulación clara, nítida y precisa, a la que sólo cabe adherir. Pero ello no impide que puedan existir controversias o discordancias entre varios principios aplicables en la misma materia, por el propio hecho de la *convivencia en la heterogeneidad*.

Así —producida la controversia— la elección interpretativa o de resolución de la cuestión bajo análisis, deberá revestir —como consecuencia de la actuación armónica de los *Principios*— el carácter de *aceptable* y, a consecuencia

¹⁷⁴ Véase BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito, 2008.

¹⁷⁵ Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit.

¹⁷⁶ Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit.

de la *jerarquía móvil* de los *principios* eventualmente *colisionantes*, deberán establecerse —para el caso— *la interpretación y la solución más justa y equitativa de acuerdo con las circunstancias* bajo un criterio de *razonabilidad*.

Y ello en virtud de lo que disponen los arts. 1º, 2º, 3º, 9º, 10, 12, 963, 1710 y concordantes del nuevo Código.

BIBLIOGRAFÍA

INNOVACIÓN Y REFORMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO,
JAVIER BARNÉS (ED.), GLOBAL LAW PRESS,
2012, SEVILLA (ESPAÑA), P. 611

Por JUAN GUSTAVO CORVALÁN*

I. LOS AUTORES

El libro que me toca reseñar es una compilación de ensayos¹ de los principales expositores extranjeros del derecho administrativo actual, me refiero a los profesores alemanes: Eberhard Schmit Aßmann, Andreas Voßkuhle y Rainer Pitschas y a los profesores españoles, Javier BARNÉS y Luciano PAREJO.

II. LA OBRA

La que presento es la segunda edición de la obra la —que en palabras de su editor— no es sólo una edición revisada y actualizada de la primera edición, sino una obra totalmente renovada en la que se ofrece al lector una nueva perspectiva de algunos elementos claves del derecho administrativo.

El libro pretende erigirse como una “propuesta de reforma científica del derecho administrativo”². Concretamente, del Derecho Administrativo alemán.

Ese objetivo se encuentra cumplido con creces pues la obra invita a repensar todo el derecho administrativo —el que desde antaño es pensado como una forma de defensa o protección del Poder del Estado— en clave de protección de los derechos humanos e incluso, la propuesta puede extenderse más allá del territorio germano. Así, no es extraño leer que el derecho administrativo “*es derecho constitucional concretizado*”.

* Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de grado y posgrado (UBA). Presidente DPI (Derecho para Innovar).

¹ Utilizo la palabra “ensayo” pues por ésta entiendo a aquellos trabajos en los que un investigador expone en forma fundada sus ideas sobre un tema en particular así como su opinión sobre las causas que lo originan y presenta los resultados de una investigación personal, entregando sus conclusiones al final con el objetivo de que otros investigadores continúen realizando estudios sobre el tema.

² BARNÉS, *Nota introductoria*, p. 14.

Aclarado, lo anterior salta a la vista el objetivo principal de la obra, esto es, dar respuesta al interrogante de cómo conciliar la eficacia propia del derecho administrativo sin menoscabo a los principios derivados del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

De allí que el eje central de la obra sea su capítulo primero en el que el Profesor SCHMIDT ASSMANN se encarga de delinear las líneas fundamentales de la investigación sobre las posibilidades de reforma e innovación del derecho administrativo alemán que los otros autores se encargan de profundizar.

En este contexto, el primer capítulo fundamenta la necesidad de reforma en el derecho administrativo y propone que el derecho administrativo debe ser flexible y abierto a la innovación para no obstaculizar las reformas que la sociedad demanda. Asimismo, hace hincapié en que la necesidad del cambio parte de la convicción de que todos los poderes públicos se encuentran vinculados a los derechos fundamentales.

Por ello, pone de manifiesto la insuficiencia de la concepción tradicional del derecho administrativo con relación al paradigma de protección del ciudadano, en lo que describe SCHMIT ASSMANN como una “tríada de ideas y presunciones” la que consiste en la unicidad o la unitariedad de la Administración, la formalización de sus acciones y la aplicación del derecho entendida como mera ejecución³. Claramente, esos conceptos no son entendidos en clave de protección de la persona, sino parten de una Administración entendida como un mero ejecutor de la ley, casi un autómatas. Ese análisis, a su turno, da lugar a los tres planteamientos importantes para la reforma del derecho administrativo: (i) el postulado de la ciencia de la dirección; (ii) la constitucionalización y (iii) los ámbitos de referencia.

El primero de los postulados básicamente se refiere a que la ciencia jurídica debe preocuparse por su efectividad real, no pudiendo quedarse en la construcción dogmática de cada una de las instituciones, categorías o reglas⁴ o la ciencia del derecho administrativo tiene que ser concebida como una ciencia de dirección, esto, es como una ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales⁵. Esto implicaría, en criterio de SCHMIDT ASSMANN, una innovación con relación al criterio tradicional y por ello, requiere de una nueva visión del sistema dogmático y del método para su reconstrucción⁶.

El Profesor alemán, se encarga de detallar que esa tarea requiere una serie de instrumentos que no se agotan en los medios característicos del ejercicio de autoridad o en los que son propios de la ejecución forzosa para la aplicación imperativa de las leyes y de allí que una visión moderna requiera incluir todas

³ SCHMIDT ASSMANN, *La necesidad de reforma en el Derecho Administrativo*, p. 36, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

⁴ Ídem, p. 43.

⁵ Ibidem, p. 44.

⁶ Ibidem, p. 36.

las modalidades del Derecho, desde los programas legales de carácter material hasta los instrumentos financieros, de organización y procedimiento.

El segundo de los postulados implica que el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado⁷. No obstante, parece simple esta idea o intuitiva, su implementación constituye lo que SCHMIDT ASSMANN denomina “un método complejo” que no puede confundirse con una suerte de deducción mecánica de conocimiento desde la Constitución.

Sostiene, concretamente, que la legislación administrativa ha de interpretarse a la “luz” de las garantías constitucionales; y en paralelo, pero en sentido contrario, las genéricas previsiones constitucionales (como las que se revieren, por ejemplo, a los derechos fundamentales) adquieren mayor claridad y contenido mediante la legalidad ordinaria⁸. En la visión del autor, además, existen dos grandes decisiones estructurales que toma la Constitución y tienen influencia en el derecho administrativo sirviendo de directrices (esto es de guías para la interpretación del derecho administrativo): la cláusula del Estado de Derecho, el principio democrático.

Finalmente, en cuanto a la selección adecuada de los ámbitos de referencia nos señala que en la actualidad el derecho administrativo debe enfocarse en aquellos sectores en que se pone de manifiesto la responsabilidad del Estado como en la economía, la seguridad social o el mantenimiento de las condiciones de vida natural (medio ambiente).

La tercer parte de este capítulo se aboca al estudio de lo que se denomina el “nuevo derecho administrativo”. Así, nos ilustra que estos cambios de perspectiva sobre el derecho administrativo deben tener como correlato un cambio en la forma de control judicial de la Administración. Éste impactaría de lleno en el margen de autonomía y apreciación que posee la Administración Pública ha de ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control que no deben agotarse en el control judicial, sino, por el contrario, que debe integrarse por todos los medios dispuestos por la constitución de manera integral. Ello, con fundamento en que “responsabilidad y control” son los elementos fundamentales del orden constitucional democrático⁹.

En tal sentido propone que la teoría de los controles debe ser concebida, pues, con mayor amplitud, para insertar en su seno el análisis económico y de eficiencia de la acción administrativa, el control financiero y presupuestario, el control del público —del conjunto de ciudadanos— mediante la participación, el Control de la Comisión Europea sobre las Administraciones Nacionales, etc¹⁰. Destaca, además, que lo trascendente es que se alcance en términos globales de un *nivel de control suficiente* del conjunto y no tanto, de un control,

⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁸ *Ibidem*, p. 54.

⁹ *Ibidem*, p. 89.

¹⁰ *Ibidem*, p. 91.

aisladamente considerado. En definitiva, se trata de dar paso a una multiforme variedad de controles administrativos.

Ese enfoque, a la vez, se complementa con una nueva perspectiva de la acción administrativa puesto que, en definitiva, se trata de conceptualizar al derecho administrativo como un derecho que se ocupa preferentemente de la acción administrativa. En palabras textuales del autor: “*Si admitimos que el Derecho administrativo tiene una doble misión que cumplir —la de disciplinar o racionalizar la acción administrativa, de un lado y de otro, la de garantizar la efectividad de esa acción— hemos de convenir entonces en la necesidad de estudiar la actividad de la Administración en sí misma, en su dimensión y hechura jurídica*”¹¹. Además, destaca la necesidad de una búsqueda de estrategias de regulación de la acción administrativa de intervención, prestacional, de dirección y de planificación.

En definitiva, esta tercer parte se dedica al “regreso del Estado” donde los ámbitos de responsabilidad y las estrategias de regulación constituyen el terreno idóneo para reflejar en el seno de la ciencia del derecho administrativo, los cambios en la relación de fuerzas entre Estado y sociedad, Administración y mercado. Y constituiría lo que denomina un “derecho administrativo de garantía”.

Las anteriores líneas argumentales son —a criterio de quien realiza esta reseña y como ya adelantara con anterioridad— los ejes centrales de la obra sobre la que luego, el resto de los autores se encargan de profundizar en cada una de las investigaciones que forman parte de la presente.

En tal sentido, el trabajo de VOSSKUHLE, profundiza con exhaustividad y elocuencia las implicancias del concepto de “dirección” y la denominada “teoría de la dirección”. A la vez que reformula la noción de efectos y eficacia administrativa desde un punto de vista interdisciplinario y he aquí su novedad. En tal sentido, el autor sostiene que la teoría de la dirección, como el análisis científico de la realidad y el estudio de los efectos presuponen la disposición a tomar en cuenta de los conocimientos científicos que provienen de otras disciplinas, más allá del derecho, pero que deben integrarse a las reflexiones jurídicas¹².

Finalmente, el Prof. PITSCHAS se encarga de desarrollar las implicancias del derecho a la información en el marco de las nuevas tecnologías y el gobierno electrónico, partiendo de una base concreta: el derecho de la información como un derivado de la Constitución, en particular, dado el derecho de los sujetos a la protección de sus datos.

Asimismo, advierte al lector que este derecho administrativo de la información se presenta como parte del sistema parcial de garantía y de la dirección

¹¹ Ibidem, p. 92.

¹² VOSSKUHLE, *Sobre el método del derecho administrativo*, p. 171, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

del libre tráfico de datos en la actual sociedad de la información¹³ que se delinea en el marco de un derecho a la autodeterminación informativa el que ha sido configurado, en sus líneas esenciales, por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán.

Finalmente, los Profesores Barnés y Parejo se refieren a la situación del derecho administrativo en España.

BARNÉS nos ilustra sobre ciertos ámbitos de regulación y cómo en ellos intervienen múltiples sujetos públicos y privados que se encuentran vinculado por diversas fuentes: i) de colaboración entre el Derecho Público y el Privado; ii) de procedimiento administrativo; iii) lo que conlleva, la necesidad de nuevos medios. Asimismo, nos relata que estas tres partes tienen una historia común — en palabras del propio autor— pues evidencian; la emergencia de otras modalidades de regulación, complementarias y alternativas a las clásicas que legara el Estado Liberal y a cuya sombra nació el derecho administrativo¹⁴.

Pero, además, remarca que al derecho administrativo le interesan y mucho las organizaciones privadas, así como los procedimientos que de éstas se siguen. Y le importan cuando estos privados brindan en régimen de colaboración actividades de carácter regulatorias o servicios de interés general y que por la responsabilidad que asumen es de esperar que incorporen pautas, principios o garantías análogas o equivalentes a los que se practican en el derecho público¹⁵.

Finalmente, PAREJO nos propone analizar el panorama del Derecho Administrativo Español y el cambio del derecho administrativo con la ruptura del edificio dogmático-jurídico del siglo pasado. Además, analiza los cambios en el derecho administrativo en tres sistemas jurídicos relevantes: Reino Unido, Francia y Alemania. Y propugna el modelo alemán como un modelo a seguir para la reforma del Derecho Administrativo en España para la dirección y programación de la actuación administrativa.

III. LA VALORACIÓN DE LA OBRA

En las líneas anteriores sólo pretendo dar algunos lineamientos muy generales para invitar al lector a (¡justamente!) leer la obra que reseño. Por ello, me he enfocado en señalar algunos criterios “provocadores” que proponen los autores que invitan a la reflexión jurídico-dogmática en torno a su pensamiento y a su posible aplicación en nuestro propio ámbito jurídico.

¹³ PITSCHAS, *Derecho administrativo de la información. La administración pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del Gobierno Electrónico y de la Web 2.0*, p. 198, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

¹⁴ BARNÉS, *Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación*, p. 257, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

¹⁵ Ídem, p. 306.

Ello, porque entiendo que el libro constituye un aporte importantísimo en pos de conectar el Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional y en particular, con una forma de gobierno de específica: la democracia. Gráficamente, podríamos decir —sin temor a equivocarnos— que “tiende un puente” para el acercamiento del derecho administrativo con la teoría de los derechos fundamentales.

Pecando de reiterativo debo insistir en la siguiente idea: más allá de que se trate de una obra que básicamente se encarga de contarnos la situación del derecho administrativo alemán y en menor medida, español, las ideas que se desarrollan en ella, resultan aplicables a nuestro ámbito jurídico desde que adoptamos la misma forma de gobierno y sobre todo, la misma convicción acerca de que el fin de la Administración es concretizar a través de la acción administrativa los derechos humanos.

En suma, el libro que aquí se presenta resulta valioso no sólo por mostrarnos aquello que sucede en otros ámbitos jurídicos sino porque nos señala un cambio a transitar específico para entender de una buena vez que el derecho administrativo no debe servir a la defensa del Poder del Estado, sino, antes bien a la defensa y protección de la persona frente a ese Poder.

*LOS PRINCIPIOS DE LA CARTA DE LA ONU. SU INCIDENCIA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL*, CATHEDRA JURÍDICA,
BUENOS AIRES, 2015, DE JORGE R. J. MARIÑO FAGUES

Por INÉS E. FAMÁ

La obra de Jorge R. J. Mariño Fagues logra, a lo largo de nueve capítulos, describir como han incidido los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas en el escenario internacional actual.

En el Capítulo I se inicia relatando las principales teorías de las relaciones internacionales pasando por el realismo y sus autores clásicos, Nicolás Maquiavelo a través de *El Príncipe* y Thomas Hobbes en el *Leviatán*, hasta llegar al neorrealismo y el enfoque estructural de Kenneth Waltz en *Teoría de la política internacional*. Para llegar a esta óptica de estructura internacional, desarrollada en un proceso de anarquía inmutable en el cual los Estados tienen iguales comportamientos funcionales, difiriendo solamente en las diversas capacidades o atributos de poder, abre con el realismo puro a través de Hans Morgenthau. En *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*, el autor expone la base de Morgenthau a través de la confrontación de las dos escuelas que difieren sobre la naturaleza del hombre, de la sociedad y de la política: el liberalismo y el realismo.

Como se explica en este Capítulo, el realismo parte de una visión determinista de la vida, en el sentido de que el mundo siempre se ha encontrado dividido en unidades políticas que tratan de preservarse, y en un contexto permanente de carencia de un gobierno mundial, la lucha por el poder forma parte de la naturaleza humana exacerbada en el ámbito mundial en función del contexto de anarquía en que se desenvuelve. El liberalismo, por su lado, surge como oposición al orden jurídico feudal que tiene como objeto afirmar la libertad del individuo y la limitación del poder del Estado. Luego, se ofrece un recorrido por las distintas corrientes, sus matices y tendencias que han cambiado según las épocas, los países y los pensadores, iniciando por Bentham, Nozick, y la libertad negativa, positiva y republicana. Al analizar a John Locke marca las diferencias entre el liberalismo filosófico y político, y la teoría liberal económica de Adam Smith sin olvidar el enfoque desde una perspectiva del ser humano esencialmente libre y en una organización política en contexto de libertad de Kant. Concluye este capítulo aplicando las concepciones del liberalismo al campo internacional

donde emerge lo que el autor explica como liberalismo internacional o la teoría liberal de las relaciones internacionales a través de Robert Keohane y Joseph Nye, el marxismo con Karl Marx y Friedrich Engels y una valiosa primera conclusión al orientar los postulados normativos que integran la Carta de las Naciones en el liberalismo internacional.

En el Capítulo II se hace una revisión de los dos componentes del Derecho Internacional clásico:

a) los Estados modernos, desde sus orígenes y marcando los factores determinantes para el establecimiento de las distintas formas de gobierno, los ascensos y caídas, las luchas y progresos, y la Paz de Westfalia como epílogo de una etapa de la humanidad y prefacio de una nueva, que nos lleva a la convivencia internacional y a la creación de la Sociedad de las Naciones, las Naciones Unidas y, en el campo de la cooperación, un sinfín de lazos normativos que hicieron posible el progreso del Derecho Internacional en los aspectos económicos, sociales, culturales y políticos. Luego de desarrollar el proceso evolutivo del Estado moderno Mariño Fagundes conceptualiza el soporte teórico que lo justifica:

b) la teoría de la soberanía, con sus autores, desde Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Emmanuel Sieyès, entre otros, a su evolución en el ámbito de las relaciones internacionales y el Derecho internacional público.

En los Capítulos III y IV se desarrollan los antecedentes de las Naciones Unidas tomándose tiempo en cada uno de los documentos que le dieron inicio y que llevaron a la Carta de San Francisco donde se detiene para explicar su naturaleza jurídica, su estructura, propósitos y principios. Comienza con el preámbulo observando el influjo de las concepciones del liberalismo internacional, para pasar a la parte dogmática de la Carta y conectar los propósitos, que ya habían sido acordados en Dumbarton Oaks, con las opiniones consultivas y resoluciones del Consejo de Seguridad. Al exponer los principios como pautas efectivas de conducta internacional puntualiza cada una para cerrar con la intención de garantizar el cumplimiento de una ley natural, en preservar la dignidad de los seres humanos y de la humanidad en su conjunto siendo los Estados los responsables de lograrla en una sociedad internacional cada vez más compleja. Como concluye en el Capítulo III, los eventuales conflictos que con toda lógica surgen entre los Estados, para mantener la paz y la seguridad internacional, deben ser resueltos por medios pacíficos de solución de controversias, donde predomine la aplicación de las normas jurídicas para hacer justicia. Así la Corte Internacional de Justicia en el “Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua v. EE.UU.)” recordó a ambas partes en conflicto sobre la necesidad de cooperar con las gestiones realizadas en el marco de ese proceso para lograr una paz definitiva y duradera e instó a buscar una solución por medios pacíficos, de conformidad con el derecho internacional que se basa en el cumplimiento de dos principios básicos: el de no uso de la fuerza en las relaciones entre los Estados y el de no intervención

en los asuntos de otros Estados. Mariño Fagues resalta en este apartado que sólo será aceptable la solución pacífica de las controversias si se parte de que los arreglos estará sustentados en el Derecho y la Justicia, valores que defiende el liberalismo.

En el Capítulo IV desarrolla la estructura institucional de la ONU, a través del art. 7° de la Carta que crea seis órganos principales, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Corte Internacional de Justicia, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Secretaría General. Comenta brevemente cada uno de ellos para detenerse más puntualmente en el Consejo de Seguridad, la metodología de adopción de decisiones, funciones y facultades, y luego en la Corte Interamericana de Justicia, su organización, composición, competencia contenciosa y consultiva. Sostiene, al igual que otros autores como V. Abellán, M. J. Aznar Gómez, R. Casado, C. Fernández Casadevante y S. García-Lozano entre otros, que el Consejo de Seguridad en momento de crisis no ha adoptado decisiones con criterios parejos o similares ante situaciones parecidas sino que actúa con suma discrecionalidad y selectividad en casos de genocidio, violaciones masivas de los derechos humanos o agresiones. Sin embargo, al referirse a la CIJ reconoce que los Estados son reacios a darle participación y desde 1946 hasta la fecha ha entendido 126 casos contenciosos y 26 opiniones consultivas, sin perjuicio de la gran contribución que haya tenido en el marco jurídico internacional.

El autor finaliza este capítulo marcando que las importantes falencias del funcionamiento institucional de la Carta e insta a una imperiosa reforma. Concretamente comenta la problemática a lo largo del Capítulo IX de la Carta, el análisis de las competencias de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad y del Consejo Económico y Social, la incorporación de capítulos propios destinados a la protección de los derechos humanos, al medio ambiente, y la creación de un organismo especializado en operaciones de mantenimiento de la paz.

En un análisis más local, explica la reforma de la Constitución Nacional de 1994 donde se creyó necesario incluir la problemática de los derechos humanos en la Carta Magna, y de esa manera dejar asentado el inc. 22 del art. 75. Desde este punto, en el Capítulo V de la obra se analiza la situación jurídica de la persona humana, a través de los avances de la protección internacional de los derechos humanos, tanto a escala mundial como regional (sistema europeo e interamericano). Se inicia en la Sociedad de las Naciones, sus objetivos y compromisos a fin de garantizar en el orden interno de los Estados un estándar mínimo de derecho humanos a grupos minoritarios, como el derecho a la vida, a la libertad, al ejercicio del culto, la igualdad ante la ley, al trabajo, a la admisión en los empleos públicos, etc. Continúa con la Carta de San Francisco que reemplaza el concepto de “protección de las minorías” por el más amplio de “protección internacional de los derechos humanos”, en la inteligencia de que es más eficaz una prohibición general de discriminación por la cual todos los habitantes gozan de los mismos derechos individuales. Se refiere a la Declaración de Derechos de

Virginia y la Declaración de Filadelfia, ambas de 1776, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en el marco de las revoluciones norteamericana y francesa que proclamaron no sólo para sus nacionales sino para todos los hombres, un conjunto de derechos políticos individuales. Analiza en dicho marco la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos de Derecho Humanos de 1966 que fueron adoptados por la Asamblea General, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Al estudiar la protección de los derechos humanos en el ámbito regional interamericano se refiere a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de los Hombres, a la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y al finalizar efectúa una referencia a la participación en procesos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con motivo de la incorporación de convenciones internacionales sobre derechos humanos en la década de los ochenta del siglo XX, y su posterior reforma constitucional, la Corte Suprema ha ido sentando nuevas posiciones jurisprudenciales, y ejemplifica con fallos como “Ekmekdjian v. Sofovich” (1992), “Fibraca” (1993), “Cafés La Virginia” (1994), “Méndez Valles” (1995), “Priebke” (1995), “Acosta” (1998) y “Arancia Clavel” (2004) entre otros.

En el siguiente capítulo, se estudia a las organizaciones internacionales, desde su reconocimiento como sujetos de Derecho Internacional hasta las principales manifestaciones de su personalidad jurídica. Comienza con las primeras vinculaciones que se producían en el seno de la comunidad internacional que entonces eran esencialmente relaciones de coordinación, limitadas a favorecer la mera coexistencia entre las nuevas unidades políticas (Estados) y ocasionalmente a facilitar la cooperación entre ellas a través de técnicas primordialmente bilaterales. Nuevamente comenta la participación de la Sociedad de las Naciones, los inicios de las Naciones Unidas y de la “familia de la ONU”: la AIEA, el GATT transformado en OMC y el sucesivo conjunto de organizaciones que tiene como cobertura normativa el art. 52.1 de la Carta de la ONU, es decir la OEA, la OUA, la Liga Árabe y numerosos acuerdos regionales de integración como la CECA, la CEE, la EURATOM, la ALALC suplantada por la ALADI, el MCCA, el Grupo Andino y el Mercosur entre otros. Entra en el significado, el concepto de organización internacional, su estructura, su clasificación, competencias o fines y los distintos grados de cooperación, de constitución de los órganos y adopción de decisiones. Analiza la naturaleza y las etapas por las que atraviesan y que dan cuenta del nacimiento, sucesión y extinción de las organizaciones internacionales.

Siguiendo a Robert Keohane el autor expone que las organizaciones internacionales tienen el potencial de facilitar la cooperación, no son sólo expresiones de deseos y buenas intenciones sino que sin cooperación internacional, las perspectivas de la humanidad serían sin duda muy pobres. La cooperación no

siempre es benigna, pero sin cooperación no habría posibilidades de desarrollo porque sin instituciones habría poca colaboración y recién desde la cobertura normativa de la Carta de las Naciones Unidas las organizaciones internacionales han sido reconocidas permitiendo cumplir una destacada actuación en el campo internacional.

En el Capítulo VII se examina el surgimiento y desenvolvimiento de las organizaciones no gubernamentales internacionales como actores relevantes de la comunidad internacional que, como mismo sostiene, alienan renovadas formas de colaboración internacional. Las ONG proponen alternativas de cambio y toman posiciones críticas en ciertas circunstancias frente a la sociedad en general al denunciar eventuales desequilibrios estructurales, y frente al Estado en concreto produciendo muchas veces recelos y tensiones. Es así que el Capítulo VII se concentra en la cuestión de las ONG que al año 2000 eran más de 37.000 según registros de la ONU. Estos organismos no gubernamentales cumplen un rol decisivo para el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y en este capítulo se conceptualizan, caracterizan y clasifican. Se observa que conviven en la actualidad cuatro formas que las ONG pueden utilizar para relacionarse con el sistema de la ONU, sea por acreditación, *status*, por relaciones laborales o a través de programas de información, y en el espacio internacional regional se verifica un afianzamiento más relevante de estas entidades que en el Derecho internacional general. Es así que desarrolla primeramente el sistema internacional regional americano y el europeo para concluir que en el marco del Derecho internacional contemporáneo actual las ONG no son sujetos de Derecho internacional, sino que sólo tienen o pueden llegar a tener “status consultivo”, lo que las autoriza a participar y a ser oídas en la arena internacional. De todas formas, esto de por sí ha implicado un avance de trascendental importancia dentro de la normativa internacional, si se tiene en cuenta el estadio del Derecho internacional clásico anterior a la Carta de las Naciones Unidas, es decir previo a 1945 cuando ni siquiera se consideraba su existencia.

En el Capítulo VIII, en cambio, el enfoque se encuentra en las organizaciones internacionales de integración, desde la idea de los diseñadores de la Carta de las Naciones Unidas que para alcanzar la paz y la seguridad internacional era necesario estructurar un trípode institucionalizado que abarcara aspectos financieros y comerciales internacionales citando los orígenes de los distintos tipos de procesos integrativos refiriendo a los papeles que tuvieron organismos como el FMI, la OIC y el GATT. En base a los aspectos que componen la integración, se refiere al proceso como gradual y progresivo, convergente y deliberado, fundado en la solidaridad sobre un plan de acción común entre Estados en cuestiones económicas, sociales culturales, políticas y con una organización institucional orientada a dicho contenido. Aborda la clasificación de estos procesos analizando la Zona de libre comercio, la Unión aduanera, el Mercado Común, la Unión económica y la Integración total para luego profundizar los casos concretos de la Unión Europea y el Mercosur, sus orígenes, su

organización institucional deteniéndose en la composición, funcionamiento y competencias de cada uno de sus órganos. Se puede apreciar el estudio de las instituciones de la Comunidad Europea a través del detenido desarrollo de su marco legal al igual que el caso del Mercosur pero sin dejar de tener en cuenta que después del Protocolo de Ouro Preto los órganos con potestad normativa del Mercosur (Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común, Comisión de Comercio) no han tenido modificaciones en su constitución ni en la adopción de decisiones, a diferencia de la UE que, no sin tropiezos, se fue fortaleciendo y consustanciando, en términos del autor. Concluye resaltando la preocupante realidad que aqueja a la normativa mercosuriana en cuando a su práctica imposibilidad de incorporación en los ordenamientos jurídicos internos comprometiendo el progreso del acuerdo asociativo.

Y, finalmente, en el Capítulo IX se realiza una recopilación de lo expuesto y se elaboran conclusiones sintetizando lo desarrollado, uniendo y sistematizando todos los puntos principales siempre haciendo eje en los principios de la Carta de las Naciones Unidas dando así un significado más profundo e interconectado a la actuación de las ONG, de los procesos de integración y particularmente de la ONU. El progreso y desarrollo de la humanidad parte de lo prescripto en la Carta cuyos principios y valores deben reflejarse en el actuar internacional y si bien los mecanismos instrumentales debieran mejorar, gran parte recae en el comportamiento de todos los actores internacionales a fin de garantizar las ideas primigenias de libertad, igualdad y justicia.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de febrero de 2016
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

