

Septiembre 1997

PRUDENTIA IURIS N° 44

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires"*



AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano:

Dr. Eduardo P. H. Ventura.

Secretario:

Dr. Gabriel Limodio.

Directores de Carrera

Abogacía: Dr. Manuel Castro Hernández.

Ciencias Políticas: Dr. Francisco Axias Pelerano

Coordinación de Estudios

Abogacía: Dr. Florencio F. Hubenák

Ciencias Políticas: Lic. Marcelo P. Camusso

Centro de Investigación Jurídicas

Director: Dr. Jorge H. Alterini

Secretario: Dr. Juan M. Battaglia

Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas

Dr. Nestor A. Raymundo

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica

Director: Dr. Horacio Granero

Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

Doctorado

Director: Dr. Eduardo P.M. Ventura

Comisión Asesora: Dr. Jorge H. Alterini,

Dr. Osvaldo J. Gallo y Dr. Félix A. Lamas

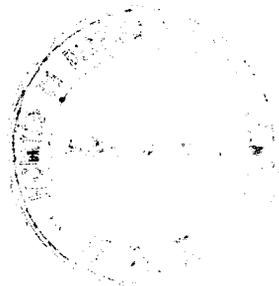
AUTORIDADES DE LA REVISTA

Director

Dr. Horacio Granero

Secretario de redacción

Dr. Roberto Punte



Septiembre 1997

PRUDENTIA IURIS N° 44

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires"*





1. Semblanza del Doctor Jorge Joaquín Llambías. <i>Dr. Guillermo A. Borda</i>	1
2. El derecho a la identidad personal. <i>Dr. José Luis Mozos</i>	3
3. La mediación. <i>Dra. Susana I. Cures</i>	21

PRUDENTIA IURIS

4. Bioética. <i>Pbro. Rubén Oscar Revello</i>	33
5. La Hipoteca cambiaria y de títulos-valores. <i>Dr. Joaquín Rams Albesa</i>	59
6. El Derecho Internacional Privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea Nafta <i>Dr. Siegbert Rippe</i>	71
7. La Convención Universal sobre Derechos de los niños y adolescentes en la Constitución Nacional Argentina. <i>Dra. Nora D'Alessandro Halty</i>	87
8. Los acreedores en el proceso sucesorio. <i>Dra. Claudia Schmidt Hott</i>	101
9. Autonomía de la voluntad: Problemática actual. <i>Dra. María Carmen Gómez Laplaza</i>	121
10. Actuación dañosa de los grupos. <i>Dr. Ricardo de Angel Yagüez</i>	139
11. La legítima en el Derecho romano. <i>Dr. Alfredo Di Pietro</i>	175

SEMBLANZA DEL DOCTOR JORGE JOAQUIN LLAMBIAS

por Guillermo A. Borda

He tenido el privilegio de conocer íntimamente al doctor Llambías. Durante ocho años integramos con él y el Dr. Rodolfo de Abelleira la Sala A de la Cámara Civil de la Capital. Mi despacho estaba separado del suyo por una puerta que se abría dos o tres veces por día para conversar sobre los expedientes que teníamos que decidir o bien para charlar sobre cuestiones distintas, de esas que se tratan entre amigos y de las cuales no estaban ajenos los problemas personales o de familia.

Era notable su pulcritud para estudiar los expedientes. Sus votos significaban siempre un análisis agudo del caso y de los argumentos esgrimidos por las partes. Se veía en ellos al profesor y al tratadista.

Rara vez disentíamos en las cuestiones jurídicas implicadas en el caso. Y cuando ello ocurría nos esforzábamos en defender empeñosamente nuestra opinión, con la consecuencia de que se murmuraba en los pasillos del Palacio de Justicia que nuestra relación personal no era muy buena. Nada más apartado de la realidad. Nuestra amistad fue siempre estrechísima. Me enorgullezco de ello. Lo que nuestros suspicaces lectores no sabían es que en más del noventa y cinco por ciento de los casos, nuestros votos coincidían. Las disidencias eran totalmente excepcionales.

Sin embargo, es verdad que nuestros criterios jurídicos no siempre coincidían. Jorge tenía en esta materia un espíritu más conservador que el mío. Le temía a las innovaciones apresuradas y, por tanto, inconvenientes. Ello se puso de relieve en su obra "Estudio de la Reforma", escrita a propósito de la ley 17.711. Criticó varias de las reformas con su habitual claridad y aprobó otras con igual independencia de criterio.

Era inteligente, enérgico, trabajador incansable. Su pensamiento estaba impregnado de un espíritu hondamente cristiano. Amó la verdad. Fue un padre de familia ejemplar.

Cuando escribo estas líneas, evoco su personalidad y siento como si estuviera

al lado suyo en la Cámara Civil. Y lamento su desaparición prematura, cuando todavía podía darle más a la ciencia jurídica argentina.

Guillermo A. Borda.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.

por Dr. José Luis Mozos

El hombre moderno que vive inmerso en la sociedad de masas siente, cada vez más, la necesidad, el deseo, de afirmar su propia identidad personal, reclamándolo como un derecho que debe ser respetado por todos, admitido por la “sociedad civil”, en todos sus ámbitos, como algo que se fundamenta en el reconocimiento de las bases de esta identidad, su racionalidad y su libertad naturales. De modo que, ir en contra de esa identidad, no solamente favorece la alienación del hombre, sino que impide el desarrollo de su personalidad.

Es cierto, también, por otra parte, que el hombre vive en sociedad con los demás hombres. Ya los clásicos dijeron que el hombre “es un ser social por naturaleza”; ahora bien, tampoco esa natural sociabilidad le impide conservar su derecho a la propia identidad, ni a proyectarla en la sociedad en que vive. La sociedad no tiene derecho alguno para impedir su grado de “ensimismamiento” o de “alteración”, respecto de su participación en ella, por utilizar las expresiones orteguianas, tan pletóricas de sabiduría y de reflexión, y que están aludiendo aquí, por lo demás, a dos de sus más importantes “derechos fundamentales”: la “libertad de pensamiento” y la “libertad de expresión”. Pero más allá va, sin embargo, el derecho a la propia identidad personal.

En cuanto categoría, antes de reconocerla como derecho, la identidad personal, como otras categorías del conocimiento, requiere una precisión en cuanto a su “forma de ser” y en cuanto a su “forma de estar” y, por ello, aquí se pone en juego la necesidad de un riguroso planteamiento metodológico que nunca podrá agotarse en una perspectiva unidimensional, como las efectuadas desde alguno de los reduccionismos ideológicos a que se halla habituado nuestro tiempo. No se trata sólo de reconocer el derecho a “disentir” frente a la opinión común y dominante, puesto que este derecho se reconoce como una “situación límite” y no es más que una consecuencia del reconocimiento de la identidad personal, donde halla su fundamento.

Aunque esto tiene otras connotaciones, no olvidemos que afectan, más que al terreno de su posibilidad teórica, a su efectividad práctica. Sólo cuando hay verdadera “democracia” es posible el “disenso”, cuando lo que, en realidad existe, no es más que una “oligarquía”, es necesario siempre el “consenso”, con lo que los fundamentos de la democracia se deterioran y acaban por pervertirse como sucede en el Estado moderno.

No seríamos realistas si no nos planteáramos estas situaciones. Por eso, el tratar de construir la categoría de la identidad personal, como derecho, no es tarea fácil. A las dificultades teóricas se suman las dificultades de orden práctico, a no ser que queramos quedarnos en un planteamiento superficial, haciendo lo que los sofistas ya hicieron, hace veinticinco siglos y teniendo en cuenta que su huella ha dejado su traza, en la sociedad de masas, hallándose casi borrada la huella de la dialógica socrática. No es tarea fácil, tampoco, porque como nos dice la experiencia histórica, es más fácil poner de acuerdo a los hombres para luchar contra algo que, propugnar o actuar, los grandes y nobles ideales de la convivencia social. Recientemente, no tenemos más que ver lo que ha pasado en los países del este europeo a la caída del socialismo.

Por lo demás, tratar de alcanzar el reconocimiento de la identidad personal, desde las meras opiniones o deseos de cada uno, carece de sentido, valdría a lo sumo para una interiorización del yo, pero no puede tener significación social alguna, más que dentro de ciertos límites. Es lo mismo que cuando se dice que la libertad de cada uno, encuentra su límite en la libertad de los demás. Afirmar esto, es quedarse en una solución dependiente de una radical actitud individualista, por más que, a veces, las actitudes individualistas se hayan unido aparentando un sentido social, enarbolando la falsa, no la verdadera, bandera de la solidaridad, para erosionar o para destruir el orden establecido: como se ha hecho desde la ideología marxista, pretendiendo ser, con el existencialismo y con Gramsci, nada menos que un nuevo humanismo.

En cambio, los juristas saben, o deben de saber, que reconocer un derecho a favor de algo o de alguien, supone conocerlo en sus más mínimos detalles; el deber de decidir entraña la necesidad de conocer, en sus manifestaciones o actuaciones y en sus motivos o fundamentos, cuando estos se exteriorizan

o trascienden hacia fuera y, siempre, es más difícil decidir que conocer, ya lo decía Kant, en la *Metafísica de las costumbres* y eso que se refería a la dificultad de conocer los secretos de la historia, donde el bien y el mal, la verdad y el error, andan juntos, frente a ese maximalismo ahora imperante, de dividir el mundo, en buenos y malos.

Estas reflexiones preliminares nos llevan, primero, a hablar de la “forma de ser” de la identidad personal, para luego poder hablar de su “forma de estar”, como presupuesto de su “forma de valer” que es lo que interesa al Derecho.

La idea de identidad como presupuesto de la identidad personal

Los filósofos se han ocupado, desde distintos puntos de vista, de la idea de “identidad”, resultando, ya desde la antigüedad, dos conceptos paralelos de identidad, el de la identidad metafísica u ontológica, cuya forma externa aparece ya en Parménides, y el de la identidad lógica que da lugar al principio lógico de identidad, a su vez “opuesto”, al principio de contradicción. Pero este paralelismo no ha impedido que, el segundo, hallara su fundamento en el primero. Relación que ha acabado por romperse con el idealismo.

Sin embargo, hay un “idealismo objetivo” que parte de Dilthey y que, indudablemente, influye en Ortega y Gasset. Para este idealismo la realidad está constituida por una trama de conceptos, los cuales constituyen, a su vez, la llamada conciencia, en cuanto “conciencia trascendental”. Junto al cual, se halla el idealismo de la libertad que sostiene que el fundamento del conocimiento real, y hasta lo real mismo, se halla en una conciencia activa y espontánea que es, esencialmente, ejercicio de la “libertad”. A partir de ahí se ha disputado mucho, modernamente, sobre la identidad, incluso sobre la “identidad personal”, pero sin que la filosofía moderna nos haya sacado de dudas, oscurecida como está por la ciencia, de la que es poco más que una teoría, cada vez más cerrada en sí misma.

Por eso, cuando desde las ciencias físicas y biológicas, se ha puesto de relieve la realidad del conocimiento “abierto”, más que nunca se han desautorizado las construcciones cerradas que sobre la historia, o sobre las

ciencias sociales, ha levantado el idealismo. En este sentido, ha habido un acontecimiento muy importante, en los últimos años: las conversaciones de Altenberg, celebradas a las afueras de Viena, entre K. Lorenz y K. R. Popper, en febrero de 1983, dos grandes científicos y filósofos contemporáneos que acaban de desaparecer, en las que se cuestiona el estado del saber actual, en un tono coloquial y dialógico que recuerda los Diálogos de Platón. Allí se pone de relieve que todos los seres vivos, se comunican, las plantas, los animales, en todo aquello que es necesario para su conservación y desarrollo, diríamos, de su especie. No se diferencian, por tanto, en esto, de los humanos, en cuanto pueden comunicar sus sentimientos (de hambre, de miedo, de afecto, de dolor, etc.). En cambio, no conocen el miedo a la muerte, ni al más allá; lo mismo que son incapaces de sentir o de buscar una justificación a sus actos; por ello, no tienen religión, ni moral, pero sobre todo, son incapaces de elaborar una “teoría”. En cambio, el hombre, desde sus orígenes más remotos -en los que evidentemente no existió el “estado de naturaleza”, del que partían los ilustrados- vive inmerso en la “teoría”, propia o ajena, llámese “mito” o “logos”, cuya formación y desarrollo no ha estudiado la filosofía, o no lo ha hecho casi nunca: acusación serena y lúcida que hacen desde la plenitud intelectual de una gloriosa ancianidad, estos dos maestros inolvidables.

Porque, indudablemente, lo más característico del hombre, aparte de poderse comunicar con la “palabra”, intercambiando sus “teorías”, y de vivir en sociedad, es su “conciencia moral”, donde se decantan aquéllas. Ya lo dijo Antígona, en la oración que pronunciara delante del cadáver de su hermano muerto, invocando a “Diké”, la divinidad alada, aquella “justicia” que se halla por encima de las leyes de la ciudad. Por ello, en el concepto de identidad personal que nos ofrece la filosofía, falta no sólo una valoración moral “objetiva”, en cuanto hace referencia a un mínimo “*consensus civium*”, expresión de las “reglas del juego” de la democracia y que presupone la existencia de la sociedad civil en la que uno vive, con independencia de que exista, o pueda existir una “conciencia individual” como reflejo del ejercicio de la propia “libertad”. Pero, aun así todo, en cualquier caso, falta también la referencia a una conciencia moral superior e independiente de la propia libertad que el hombre puede aceptar o rechazar, *de libero arbitrio*, pero que, no por ello, deja de existir. Ya lo dice Agustín de Tagaste, en una frase que ha devenido célebre: “*noli foras ire, in te ipsum redit, in interiore homine habitat veritas*”, siguiendo las

seguras huellas platónicas, donde a través de la “dialógica” socrática se pone de relieve, vivamente, no sólo la forma de ser, sino también la forma de estar de la “identidad personal”.

Forma de ser y forma de estar de la identidad personal

Lo que se echa en falta, en el concepto de identidad personal que nos ofrece la filosofía moderna, es que tanto desde el punto de vista ontológico, metafísico, como desde su utilización como presupuesto lógico, falta por completo su “forma de estar”, al olvidarse que se trata también de un concepto “relacional”. Para los demás, mi identidad personal resulta igualmente del papel que represento en la sociedad. Ello está en el origen del propio concepto de persona, “*dramatis paersonae*”, aludiendo etimológicamente a la máscara que los comediantes usaban en la representación teatral.

Pero hay más, y es que en este caso y en otros muchos, la forma de estar no se puede separar de la forma de ser. Es algo que no se puede predicar en abstracto, desde mi propia libertad, sino en relación con los demás, puesto que, ontológicamente, el hombre es un ser “social”. Incluso lo más propio del hombre, la teoría, como antes declaramos, no tiene mucho sentido sino se expresa dialógicamente, sino se comunica con los demás. Si no se relacionan libertad y justicia.

Como juristas no podemos pensar en la identidad personal de espaldas a la “sociabilidad”. Bien es verdad que mi identidad personal deriva del ejercicio de mi libertad, pero como toda realidad humana sólo aparece perfecta si mi identidad personal coincide con el ejercicio de la virtud. Por eso los clásicos relacionan íntimamente, virtud y justicia. Esta relación aparece de modo espléndido en el diálogo platónico de “Protágoras”, donde después de referir el mito de Prometeo que robó a los dioses el fuego para ayudar a los hombres, con la finalidad de que pudieran defenderse de las fieras, como quiera que cuando se reunían, se atacaban entre sí, compadecido Zeus, mandó a Hermes que les llevara el sentido moral. Por eso, “verás Sócrates -dice Protágoras- que cuando los atenienses se meten en una discusión sobre la excelencia política, que hay que tratar con justicia y moderación, naturalmente aceptan a cualquier persona -no sucede lo

mismo si se trata de arquitectura o de música- como que es deber de todo el mundo participar de esta excelencia, de lo contrario no existirían ciudades”. Culminando el diálogo al poner de relieve la relación entre virtud y justicia y en que una y otra se pueden enseñar a los jóvenes, al desarrollarse ambas en el interior de la persona y terminando con la consideración de si la justicia y la virtud son algo real.

Por tanto, la identidad personal, decantada por la propia libertad, no depende únicamente de ella, necesita que se desarrolle racionalmente, por medio de la enseñanza, de la educación y de la cultura y de tal modo va acompañada de la justicia que se manifiesta en el sentido de la propia “responsabilidad”.

Por eso, no podemos entender la libertad, como una facultad o poder ilimitado, que no encuentra otro límite que la libertad de los demás, porque esta manera de entender la libertad no permite orientarnos, para saber donde está la confluencia entre la libertad y la virtud y entre la libertad y la justicia. De tal manera que podemos decir, reuniendo lo mejor que han dicho los filósofos: que la libertad es la condición humana de decidir y de contribuir eficazmente al desarrollo y a la configuración de la propia vida. Libertad es la cualidad de ser que tenemos las personas, fruto del conocimiento de la realidad en cuanto tal, de nuestra capacidad de discernimiento y valoración, fruto sobre todo de esa misteriosa capacidad de afirmar o negar el valor y la existencia de unas determinadas posibilidades de ser y de actuar.

De este reconocimiento de la libertad y teniendo en cuenta que el hombre es un ser racional, cuya vida, no sólo se desarrolla en su intimidad, sino que también es un ser social, estando estructurado en aquel “*triplex autem ordo in homine debet esse*” que decía Tomás de Aquino, lo que explica su tendencia permanente, no sólo a su propio *commodum*, *libitum* o *artitrium*, sino también al *bonum*, a la *amicicia*, a la *pietas* o a la *fides*, que se hallan en el fundamento del Derecho de todos los sistemas posibles. De ahí, de esta valoración ontológica, deriva el reconocimiento del derecho a la propia “identidad personal”, como verdadero derecho moral, por parte de todos, y, especialmente, por la sociedad en la que vive.

Manifestaciones más importantes del derecho a la identidad personal

Es en el marco de los “derechos fundamentales” de la persona, reconocidos y garantizados por las constituciones y, sobre todo, por los convenios internacionales, en cuanto “derechos humanos”, donde hay que encontrar, directamente o indirectamente, las manifestaciones más importantes del reconocimiento de la identidad personal, sin olvidar tampoco algunos “derechos de la personalidad”, los cuales, antes de que se pusiera de moda hablar de los “derechos humanos”, fueron desarrollándose por la dogmática civilista.

Actualmente, es frecuente que las constituciones, se remitan a los pactos y convenios internacionales en que se reconocen y proclaman los “derechos humanos”, como medio de integrar sus propias normas en lo que a derechos fundamentales y libertades públicas se refiere, disponiendo, como hace el art. 10- 2 de la Constitución española, que las normas relativas a los mismos “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Pero, como decía antes, el marco de protección de la identidad personal, no se agota en el reconocimiento de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, tenemos que tener en cuenta también a los llamados “derechos de la personalidad”. Por eso, voy a ocuparme aquí, aunque someramente, del tema, en relación con los “derechos fundamentales”, aunque sin entrar en el análisis de aquellos que guardan más relación con la “identidad personal”, por falta de tiempo, ya que tengo que ocuparme, necesariamente, del “derecho a la libertad de enseñanza” por hallarse ésta en el fundamento del discernimiento necesario para el uso de la libertad que, como hemos dicho, es antecedente obligado de la propia identidad personal, pasando después a ocuparme de una situación límite en el reconocimiento de tal identidad que se manifiesta, en el “derecho a disentir”, para terminar con una referencia al mal uso, y al abuso, de una pretendida identidad personal. Sí puedo decir ahora, sin embargo, citando a mi ilustre colega de la Universidad de Palermo, G. Criscuoli que “las facultades relativas a los derechos fundamentales de la persona no son otra cosa que manifestaciones de la potencialidad expresiva de una unidad psico-física de la persona

misma, correspondiendo instrumentalmente a las instancias específicas de la personalidad”, donde, indudablemente, una de ellas, es la aspiración, perfectamente legítima, a su propia identidad, podemos añadir nosotros.

Los derechos de la personalidad y su posición sistemática

Creo que los civilistas no debemos descuidar la doctrina de los “derechos de la personalidad” y el hablar de la “identidad personal” es una buena ocasión para ello. No debemos descuidarla porque a los publicistas se les escapan siempre algunos matices, por más que se ocupen ahora constantemente de los “derechos humanos” y de los “derechos fundamentales”, a veces movidos por un cierto irenismo y por un falso complejo de culpabilidad histórica que no pretende otra cosa que desviar la atención de los verdaderos problemas de cada día.

Los derechos de la personalidad, tienen su fundamento en el reconocimiento de la “dignidad” de la persona, expresión de su propia identidad y son: aquellos que corresponden a la persona humana, como tal, con *independencia de su condición* cualquiera que fuere. En Derecho civil, decimos también: “con independencia de su *status*”, y, naturalmente, de su patrimonio y de las relaciones en que pueda encontrarse como tal persona, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones. La noción de *status*, actualmente ya no tiene sentido más que en el ámbito de la nacionalidad y en el ámbito de la familia. Por eso, los derechos de la personalidad, fuera de estas dos esferas, funcionan como derechos fundamentales o derechos humanos, porque se reconocen, o se deben reconocer, a favor de todos, hasta de los extranjeros. Esto supone una ampliación, un préstamo que la teoría civilista de los “derechos de la personalidad”, toma de la teoría publicista de los derechos humanos.

Un caso típico de esta valoración tiene lugar respecto de los derechos del menor, al que se reconoce capacidad para la realización de aquellos actos relativos al ejercicio de los derechos de la personalidad excluyéndolos de la patria potestad, de acuerdo con las leyes y con las condiciones de madurez para realizarlos por sí mismos: art. 162-1 Cc. esp. Ambito éste que se halla directamente relacionado con la identidad personal y que presenta un extraordinario interés, potencialmente en aquellos países de fuerte

inmigración, donde por la realidad de la sociedad de masas cada vez es más difícil la integración de los emigrantes.

Pero también en el ámbito de la propia familia, las últimas reformas, en todas partes, han puesto el acento en que aquella como comunidad de vida, ha de tender a la formación y desarrollo de la personalidad de los que de ella forman parte, especialmente de los hijos, no respondiendo a un interés superior al de sus miembros, sino a desempeñar una función instrumental en orden al desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, no todos los derechos de la personalidad se hallan encuadrados en los Códigos civiles, ya que aparte de los referidos, o relacionados con el estatuto de los menores y de la familia, solamente podremos indicar algunos más: como el derecho al nombre, expresión de la identidad personal en el tráfico jurídico, que se extiende al nombre comercial y al pseudónimo, igualmente protegido por el estatuto de la propiedad intelectual, permitiendo algunas legislaciones una gran libertad en el cambio de nombre y apellidos, como actualmente los arts. 109 Cc.esp.y 53 y ss. Ley del Registro Civil, seguramente por estimar que guarda también relación con la identidad personal. Otro derecho, íntimamente relacionado con este ámbito, es el relativo a la investigación de la paternidad (art.39-2 CE.y art.127 Cc.esp. nuevamente redactado).

Fuera del ámbito del Código civil, nos encontramos con la protección dispensada por el Código penal (integridad física, moral, honor y fama, etc.), o por las Leyes especiales (ley de libertad de prensa; propiedad intelectual, etc.). Pero, en el caso de España, destaca, sobre todo, la innovación aportada por la Constitución, al reconocer los derechos fundamentales de la persona, susceptibles de amparo judicial (Ley 62/78, de 26 diciembre) y de amparo constitucional (art.53 CE), habiéndose promulgado en desarrollo de la norma constitucional las Leyes orgánicas de libertad religiosa del 5 de julio de 1980 y de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del 5 de mayo de 1982.

Como vemos, la Constitución y su desarrollo han ampliado el marco de los derechos de la personalidad, siendo en esta materia donde la idea de "Derecho civil constitucional" halla perfecto desarrollo, no en el ámbito

patrimonial, en el que la Constitución no aporta nada nuevo y de alguna manera confirma el Derecho anterior, al hallarse de acuerdo con sus propios principios, que son los mismos que inspiraban el constitucionalismo del siglo XIX, los que, en aquellos tiempos, inspiraron también los códigos fundamentales: civil, penal, procesal, etc.

Ahora bien, esta ampliación implica algunas consecuencias: no impide que los derechos de la personalidad se sigan construyendo en el marco civilista, por más que haya algunos que exceden de su ámbito; en segundo lugar, el que haya algunos que presentan un carácter polivalente, como la integridad moral de la persona, o una proyección universal, como la libertad o la igualdad, o que hayan de funcionar como una condición previa a cualquier otro presupuesto, como sucede con el derecho a la vida, no impide que puedan ser objeto de una elaboración dogmática de corte civilista. En cambio, hay otros que pertenecen o se relacionan, con otras esferas jurídicas que nada tienen que ver con el Derecho civil, sean de índole penal, procesal o laboral. Tal sucede con el "*habeas corpus*", con el "*non bis in idem*", o con el derecho de huelga. Ahora bien, el carácter polivalente de algunos de estos derechos, no sólo no impide una elaboración dogmática civilística sino que lo exige una adecuada ponderación de los "intereses" en juego, pues el Derecho civil está mejor preparado para resolver estos problemas, al hallarse habituado, por ejemplo, a la concurrencia de derechos y de titularidades sobre una misma cosa, mientras que el Derecho constitucional sigue, por lo general, un discurso generalizador que funciona con dificultades cuando se encuentra con la supuesta o real colisión de derechos fundamentales (derecho a la intimidad personal o al honor y a la libertad de información, derecho a la libertad personal y protección de la familia, libertad personal y aborto, derecho a la vida y libertad de poner fin a la propia vida, etc.), lo que acredita también un mal planteamiento de la cuestión.

En conclusión, frente a los tradicionales derechos de la personalidad elaborados por la dogmática civilista, actualmente éstos se ven ampliados y redefinidos, primero, por una nueva dimensión de los contenidos en el Código civil, dependientes, como en el caso de España, de las últimas reformas y, segundo, por los derechos fundamentales o derechos humanos de tipo moral que, por serlo, también constituyen derechos de la personalidad, entre los cuales, los más importantes son los siguientes: el

derecho a libertad, en sus diversas manifestaciones; el derecho al honor; el derecho de rectificación en la prensa periódica; el derecho a la reserva de la vida privada; el derecho a la propia imagen; y el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales. Todos estos derechos, con independencia de que puedan estar amparados por otras acciones (penales, de amparo judicial o constitucional, etc.) lo están también por las acciones civiles, pudiendo ser objeto de una pretensión de responsabilidad aquiliana (art. 1902 CC. esp.).

El derecho a la libertad de enseñanza

Como hemos visto, ya Protágoras, ponía en relación el ejercicio de la libertad con la justicia y la virtud, dando una importancia extraordinaria a la educación que, por otra parte, es evidente para la decantación de la identidad personal. Sólo a través de la educación y, de una educación adecuada, el hombre es capaz de adquirir una cultura y de esa manera, perfeccionar su propia libertad, su capacidad de discernimiento y de decisión.

Es cierto que la cultura, objetivamente hablando, se halla constituida por un conjunto de conocimientos, pero el problema es saber cuáles han de ser esos conocimientos y en qué forma han de ser ordenados, si “humanamente” o “sistemáticamente”, desde una reducción “enciclopedista”, ideológicamente condicionada, como pretendió la Ilustración. También se piensa que la cultura presta una “segunda naturaleza” que contribuye a desarrollar la plenitud de la persona o que, al menos, contribuye a formarla, sobre lo que se ha divagado ampliamente. Pero lo importante es que estas dos maneras de entender la cultura se han manifestado en las formas de institucionalización del saber y de la enseñanza en toda época, como muestra la historia de la Universidad, entendida en un principio como “studium generale” y modernamente como “Universidad literaria”, al desaparecer la Facultad de Artes. En el pasado siglo, el problema se agudiza al aparecer el Estado laico y la pretendida neutralidad de la enseñanza oficial como un servicio estatal, que afecta sobre todo a la Primera y Segunda Enseñanza, notablemente influida por el desarrollo de los ideales ilustrados y por el doctrinarismo laico que, a veces, viene exacerbado, otras paliado por el sentimiento nacionalista imperante en la época, dando lugar a situaciones insostenibles, a fines de siglo y al comienzo del presente,

como la vivida en Francia con la radicalización del anticlericalismo, y en otras partes, o con las consecuencias en este orden del movimiento de la *Kulturkampf* en los países alemanes.

La verdad es que el liberalismo democrático en la mayor parte de los Países europeos, no tanto en los Estados Unidos, se orientó hacia un laicismo intransigente aunque todavía en Alemania estaba vivo el “humanismo” del neoclasicismo de Weimar que había renovado, con hombres como Goethe, Humboldt, Schleiermacher, Hölderlin, los ideales educativos, en torno al 1800, cuyo esplendor todavía hemos podido encontrar en las Universidades alemanas hasta hace unos treinta años. Pero este humanismo educativo que pugnaba por volver a los modelos del “círculo de Wittemberg”, en plena Reforma, era un modelo autoritario, incapaz de detener la necesaria reforma de la enseñanza, después de la primera guerra mundial, en el momento en que E. Spranger, escribe su famoso libro *Cultura y Educación*. Situación que, como todo el mundo sabe, se agrava con el advenimiento del Estado totalitario, en Alemania y en todas partes, y con las prácticas totalitarias en materia de educación de los pretendidos Estados democráticos.

En este contexto hay que entender las referencias que algunas constituciones hacen a la educación y al reconocimiento del derecho a la libertad de enseñanza, como hace el art. 27 CE. Un precepto muy extenso, polémico y de dificultosa aplicación, reiteradamente vulnerado por el anterior gobierno socialista. De todo ello, aquí vamos a destacar lo más crucial e importante de la cuestión planteada y también su aspecto más polémico, que se halla en su n 3, cuando establece: “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Ahora bien, como los derechos fundamentales que reconoce la Constitución han de ser interpretados, y así el derecho a la libertad de enseñanza, de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, etc., como reconoce el art. 10-2 de la propia Constitución, nos vamos al Protocolo adicional n I al Convenio para los derechos humanos y las libertades fundamentales, art. 2], donde se dice: “El Estado en el ejercicio de las funciones que asume en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta

enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

Son términos tan poco equívocos que, como recuerda Jean Rivero, la IV República francesa no suscribió la ratificación del Convenio europeo debido a los partidarios de un laicismo intransigente. Por otra parte, hay que hacer notar la diferencia de estos textos, respecto de la Convención de la UNESCO y del acto internacional de la ONU que hablan solamente de libertad no de derecho. La diferencia se traduce, como dice Isabel de los Mozos, en su tesis doctoral, en que, en el primer caso, cuando se habla de libertad, basta con dejar un espacio libre para que cada alumno lo dedique a su formación humana, mientras que, en el segundo, tratándose de un derecho, hay que establecer una asignatura obligatoria con el mismo valor que las demás en el currículum académico, como se ha reconocido en la LOGSE, aunque su aplicación reglamentaria, lo haya estado burlando reiteradamente en contra de la jurisprudencia del TS. que en diversas ocasiones ha reiterado que, de no ser así, tales enseñanzas se devalúan, debiendo tener por lo mismo, un respaldo oficial, un horario fijo, no alternativo de otras actividades, aunque sea voluntario (según los Acuerdos con la Santa Sede) y en situación de paridad con las demás asignaturas.

En las Universidades este régimen depende de sus estatutos, lo que en realidad sólo afecta a las privadas y donde, por lo general, no cabe la renuncia al ideario ideológico del centro. Finalmente, este derecho de los educandos lo ejercen normalmente los padres, en virtud de la representación legal que entraña la patria potestad, aunque pueda haber situaciones límite, por la excepción contenida en el art. 162-1 Cc.esp. a que antes nos hemos referido y que serán resueltas por los “tribunales civiles ordinarios”.

El derecho a disentir y la objeción de conciencia

Una verdadera democracia se puede permitir el derecho de que sus ciudadanos disientan, de que puedan hacer valer el derecho a la “desobediencia civil”, en virtud de una discrepancia entre el mandato impuesto por el derecho del Estado y la propia conciencia. Si bien es verdad que este derecho se reconoce como consecuencia del propio reconocimiento de una “autonomía” individual, no deriva del “pluralismo político” que, naturalmente, tiene otros cauces. Se encuentra más cerca del fundamento de la “autoayuda” y de la “legítima defensa” que de ninguna otra cosa, en su

materialización y actuación, aunque previamente derive de la “libertad de conciencia”, por ello guarda relación con el problema de la “identidad personal”. Pero en sí mismo no es un derecho fundamental, más que en circunstancias excepcionales: lo mismo que se permite la autoayuda o la legítima defensa, en sus respectivas esferas.

Aunque la libertad de conciencia no se agote en el reconocimiento de las cuatro libertades fundamentales (expresión, difusión, asociación y reunión) y se manifieste en la “objeción de conciencia”, no consiste ésta en un derecho fundamental independiente y que pueda ser reconocido con carácter general, lo que es una consecuencia de ser un derecho que se ejerce por propia autoridad y con la finalidad de eludir la aplicación de un deber legal, o incluso constitucional.

En tal sentido, lo afirma la STC 161/1987: “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en cualquier otro, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente frente a un deber concreto”.

Por ello, los casos en que es posible admitir la “objeción de conciencia” han de ser considerados singularmente. Así en el supuesto de la “cláusula de conciencia” en favor de los médicos y personal sanitario a la práctica del aborto, la reconoce expresamente la STC 53/1985, afirmando que este derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una regulación legal”, lo que encuentra su fundamento en los “usos profesionales”, en el llamado “juramento hipocrático” interpretado de acuerdo con la conciencia del médico, pero éste es uno de los pocos casos, sino el único. Coincidiendo esta doctrina con la Instrucción de la Sagrada Congregación de la Doctrina de la Fe, sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 1985 y que igualmente afirma, frente a la realización del aborto y de las manipulaciones genéticas que, en tales casos, debe admitirse la “objeción de conciencia” del personal sanitario.

En cambio, se ha rechazado, en cuanto algo incondicional, la objeción de

conciencia al Servicio militar que es evidente, en la mayoría de los casos, no descansa en un juicio de valor, sino en un deseo absolutamente egoísta y mezquino, propiciado desde la subversión pacifista y que en la mayor parte de los Estados modernos se reconoce, con determinadas condiciones, pero no es un derecho fundamental, sino solamente un derecho de regulación legal, aunque alguna Constitución como la española haya tenido la debilidad de aludir a él en el propio texto constitucional, pero no teniendo otro carácter que el indicado. Otra cosa es que el servicio militar obligatorio pueda parecer pasado de moda, lo que es otra cuestión.

También se ha rechazado la objeción de conciencia a la obligatoriedad a ciertos tratamientos médicos. Es el caso, del impuesto a unos reclusos pertenecientes a un grupo terrorista en “huelga de hambre”, pues aunque actualmente no sea punible el suicidio, el derecho a la vida se halla por encima de cualquier otro derecho fundamental (SSTC. 120 y 137/1990). En cambio, se ha reconocido la objeción de conciencia frente a ciertos juramentos o promesas impuestos por imperativo legal para acceder a determinados cargos públicos. Lo que tiene su fundamento en el pluralismo político y habida cuenta de que la norma que no se acata o incumple, es una norma jurídica imperfecta (SSTC.119/1990 y 74/1991), llegando por ese camino a una solución siempre defendida por el derecho canónico y que encuentra su fuente en el Evangelio de San Mateo (5,33-37).

Por todo ello, queda bien claro el carácter singular y excepcional de la “objeción de conciencia”, pues no se puede tomar por libertad de conciencia lo que no son más que gustos o preferencias, motivados por la propia ignorancia o por el egoísmo, aunque sea reflejo de un cierto ambiente social. Tampoco se puede traer aquí, como autoridad, lo que dijeron algunos de los críticos de la sociedad norteamericana de la época del primer liberalismo decimonónico como H. D. Thoreau, en su ensayo sobre la Desobediencia Civil, porque estaría fuera de contexto: él critica el antiesclavismo del Norte, porque los industriales de Massachusetts, propiciaban la guerra con México (1846-1848), para conseguir un equilibrio entre Estados esclavistas y antiesclavistas, con la finalidad de conseguir su abolición, para de este modo encontrar mano de obra barata para sus manufacturas.

El uso y el abuso de la pretendida identidad personal

La sociedad actual, por el respeto debido a la libertad individual, permite el error, incluso en contra de sus propias convicciones, aquellas que han creado el mínimo del “*consensus civium*” para hacer posible la sociedad civil y la propia libertad, no castiga el suicidio, ni impide la familia de hecho, ni persigue la homosexualidad, el cambio de sexo, las manipulaciones biogenéticas, la maternidad asistida, etc. Todo ello, puede ser fruto, en la mayor parte de los casos de una deformación de la propia “identidad personal”. Sin embargo, se resiste a admitir todo esto, como nuevos valores de la misma sociedad civil, bien es cierto que, por debilidad, o deformación ideológica, o con un deliberado propósito, en algunos casos, de destruir la actual sociedad, se permite el aborto, se pretende equiparar la familia de hecho, cualquiera que sea su orientación sexual, como dicen algunas leyes españolas (en materia de adopción, de arrendamientos urbanos, etc.), a la familia basada en el matrimonio, sea civil o religioso, como quiere la Constitución, etc., etc., pero queda todavía un mínimo sentimiento de coherencia y de racionalidad, por el cual todos hemos de luchar.

Pero, sobre todo los cristianos, sabemos que aunque existe mucha hambre en el mundo, el hombre no sólo vive de pan, sino de las palabras que salen de la boca de Dios. Nuestra misión es devolver a las palabras su verdadero sentido, como juristas, como universitarios, por haber tenido el privilegio de poder aprender algunas cosas. Es cierto que el Derecho no se agota con la autoridad que le confiere el Estado, como expresión de la sociedad civil. Los clásicos ya decían “*ni si autoritas faciat ius, sed veritas*”, pero la verdad no se encuentra en la “conciencia errónea”, la afirmación de J.G.Fichte, de que la “conciencia es infalible”, es una simpleza, no olvidemos que Fichte y otros como él acabaron por conseguir la verdadera perversión de la filosofía: atribuyendo a la historia y a la interpretación de la historia la contestación de una serie de preguntas que ella no puede dar. Hasta el historicismo la filosofía moderna, con I.Kant, no es más que la filosofía de los fenómenos superficiales, externos, como conviene a las ciencias de la naturaleza entonces conocidas, en cambio el historicismo pretende explicarlo todo desde el indefinido proceso de la historia, por eso, no le importa dejar al individuo en su más ingenuo arbitrio, porque al final su sistema degenera en tiranía. Pero aparte del mundo de las cosas y del mundo de las proposiciones

científicas, existe un tercer mundo, el mundo de los comportamientos, el tercer mundo popperiano, donde confluyen saber y creencia, justicia y virtud. Por ello, en el mundo de los conocimientos prudenciales, como en la moral o en el Derecho hay que volver a la diferencia socrática, a la distinción entre el bien y los bienes, a la herencia de la filosofía estoica, tan vinculada al hecho de que la verdad moral y jurídica, se desarrolla dialógicamente adquiriendo siempre una dimensión humana y social, sin ello no podríamos construir el modelo de identidad personal que necesita nuestro tiempo.

En cambio, el materialismo de todo tipo, actualmente imperante, en este punto, como consecuencia de su idealismo gnoseológico, renuncia a toda proyección exterior, haciendo suya la idea de “identidad personal” con una gran simplicidad y de la que, hasta ahora, no se han conocido realizaciones favorables. Esta teoría explica la identidad personal como un reloj de dos cuadrantes: el cuadrante exterior está a la vista, el interior sólo se ve desde la conciencia. Pero esto no pasa de ser una metáfora. No lo es, en cambio la convicción de que la reconstrucción de la sociedad civil sólo puede resultar mediante la educación y la cultura, de que el espíritu educador tiene como alas la fuerza del amor, no de la negación, y que en general, tiene que nacer primero el nuevo modo de pensar, antes de que pueda nacer la nueva época.

Dr. José Luis Mozos

(Universidad de Valladolid, España)



LA MEDIACION

por Susana I. Cures

Quiero comenzar con un agradecimiento a las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas por haberme invitado a participar en este Seminario. Ello así, por la distinción que significa compartir este lugar con los prestigiosos expositores convocados, y porque el mismo se desarrolla en homenaje a Jorge Joaquín Llambías. Tuve el honor y el placer, de realizar junto a él parte de mi carrera docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de haberlo conocido, no sólo como jurista sino también en la dimensión de su virtuosa personalidad. Porque guardo en mí el agradecimiento por aquellos años de trabajo en su Cátedra, me honra muchísimo contribuir, aunque mínimamente, en este reconocimiento.

En segundo término, quiero felicitar a las autoridades que están trabajando en la preparación de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se llevarán a cabo en el mes de septiembre del año próximo, y cuya sede será compartida por esta Facultad de Derecho, y la de la Universidad de Buenos Aires, por la decisión de incluir la temática de la mediación en la Comisión que, tradicionalmente, se ocupa de la enseñanza del Derecho Civil. Ello configura una interesantísima apertura que, desde lo personal, me entusiasma sobremanera por la posibilidad de acercar dos grandes pasiones: la docencia universitaria, con la que estoy emparentada desde mis tiempos de estudiante, y esta institución. Por su implementación estoy bregando con dedicación casi exclusiva en el marco de un equipo de trabajo conformado sobre la base de la entrega, personal y profesional, con el convencimiento y la confianza de que ella será “el futuro” y marcará un verdadero hito en la evolución de la cultura argentina. Formuladas estas previas consideraciones, voy a referirme al tema que nos reúne, intentando compaginar mi exposición en torno a tres aspectos fundamentales.

Con respecto al primero, trataré de señalar sucintamente “qué es la

mediación”; dentro del segundo focalizaré el “porqué de su reaparición” y con relación al tercero propondré tres interrogantes:

a) qué sucede con el tema en nuestras Facultades de Derecho;

b) qué sucede con los profesionales del Derecho en general; y

c) qué recepción podemos dar a la figura, como profesores de Derecho.

Observo en el auditorio la presencia de alumnos de quinto año de esta casa, que están participando de la experiencia en que la U.C.A. es pionera, al haber introducido en el grado y como materia optativa, “Mediación y otros Métodos Alternativos”; pienso que algunos de los aspectos que voy a pasar a señalar, les van a resultar conocidos. No obstante también sé que para otros esta es su primera aproximación al tema; de allí la metodología planteada.

El año pasado, a esta misma altura, hablar de Mediación en la Argentina era, según el consenso más o menos general, algo así como referirse a “objetos voladores no identificados”; era recoger incredulidad, críticas, sonrisas sarcásticas o apenas condescendientes; sentíamos que nos decían, de alguna manera, “siempre hubo gente atraída por los viajes en globos aerostáticos de colores...” Pero, de pronto, y pese al escepticismo, se tuvo un marco regulatorio en el ámbito de la Justicia Nacional Civil y Comercial, con miras a su extensión a la Justicia Federal; próximamente resultará establecida en el Juzgado Civil y Comercial de la Capital Federal, y progresivamente en el interior del país, a medida que en las respectivas jurisdicciones se cuente con mediadores que hayan completado su capacitación.

En efecto, y tal como es de público conocimiento el 27 de octubre de 1995 se sancionó la ley n° 24.573 de Mediación y Conciliación y el pasado año, la ley n° 24.635, que establece una instancia conciliatoria en el Fuero Laboral. Por otra parte el pasado 2 de julio se presentó en la Cámara de Diputados, un Proyecto de la Secretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia, elaborado sobre la consideración de tres proyectos anteriores, y referido a Mediación Familiar. Estos proyectos presentan una especial particularidad. En tanto que, conforme a la normativa de las dos leyes sancionadas y con los efectos por ellas previstos, la Mediación queda reservada a los abogados, en los proyectos de la ley de Mediación Familiar

se establece un sistema de trabajo en equipos multidisciplinarios, en los que si bien siempre actuará un abogado, deberá hacerlo co-mediando con profesionales de otras disciplinas, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, sociólogos.

Concretando el primer punto planteado cabría recordar que los distintos autores son contestes en afirmar que mediación implica un proceso voluntario. Ello así aún en el caso de la obligatoriedad impuesta por nuestra ley 24.573, porque ella implica una pseudo obligatoriedad. No obliga a mediar sino solo a concurrir a la primera audiencia convocada por el mediador sorteado, pudiendo manifestar allí la voluntad de no continuar en el proceso, voluntad que, en el mismo sentido, está habilitado para expresar el mediador, si en algún punto del proceso, lo juzgara conveniente y oportuno.

Se trata pues de un proceso voluntario, caracterizado por la confidencialidad y a través del cual, - siguiendo el pensamiento de Folberg y Taylor-, los participantes ayudados por un tercero neutral, intentan aislar los aspectos del conflicto que los convoca, tratando de encontrar opciones y desarrollar alternativas para llegar cooperativamente a un acuerdo que, contemplando los intereses, satisfaga las necesidades de todos los participantes.

Dada la idea conceptual presentada, y los instrumentos legales con que ya contamos, cabría reformular la segunda cuestión inicial y, con criterio amplificador indagar acerca de la mediación en el "aquí" y el "ahora" de la Argentina, emprendiendo de ese modo el abordaje del segundo ítem planteado.

Rápidamente pueden hallarse respuestas: congestiónamiento en la actividad judicial, lentitud en la administración de justicia, altos costos, descreimiento de la población - hay numerosas encuestas que lo demuestran- Todas estas razones son elocuentes para justificar que algo había que hacer al respecto.

En el año 1982, W. Burger, Presidente de la Suprema Corte de los Estados

Unidos de América, en su informe anual, y ante la existencia de parámetros similares a los señalados con referencia a nuestro país, se dirigió a los profesionales del derecho diciéndoles “ debe de haber otra manera” o lo que es lo mismo, se impone buscar soluciones distintas.

En nuestro medio, la Ley de Mediación se incorporó al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto es interesante apuntar que sería erróneo y fantasioso negar la existencia de un período de subyacencia. Hubo todo un tiempo de lenta gestación, anticipado por unos pocos visionaros hace más de diez años y, ayudado en su maduración, por la experiencia piloto auspiciada ministerialmente y por el esfuerzo de otros que fuimos consustanciándonos con la idea, en distintos momentos y por distintas razones o circunstancias personales. Es imperioso destacar que tanto la reforma del ritual como la Ley de Conciliación Laboral que entrará a regir el año próximo, no se generaron espontáneamente, de la noche a la mañana, como hongos después de la lluvia...

Ante la aparición de esta normativa, que implica verdaderas modificaciones del sistema jurídico, cabría preguntarse si ella es consecuencia de las razones apuntadas. Coyunturalmente puede ser que sí, y puede ser entonces que nos contentemos con afirmar que estamos en presencia de un método alternativo a la justicia. Sin embargo, se estaría efectuando una lectura no sólo rápida, sino también superficial.

Si se piensa en la alternatividad con otra óptica, se concluye que va mucho más allá que una mera alternatividad al procedimiento adversarial para el que todos hemos sido entrenados en las Facultades de Derecho.

Al volver a preguntar por qué la Mediación en los umbrales del siglo XXI, e intentando leer por debajo de la superficie, tal vez podamos darle un sentido distinto a esa alternatividad. La información que, procedente de distintos medios, nos agobia a diario, se refiere frecuentemente al cambio de paradigmas. Cuáles son esos modelos teóricos, unánimemente aceptados - en el decir de Thomas Kuhn- que tienden a ser sustituidos y que pueden ayudarnos para encontrar respuestas?

Desde las teorías del conocimiento y la complejidad, desde el arte y las técnicas comunicacionales, desde la antropología filosófica, se están produciendo cambios. Y en esa producción existe una especie de denominador común que se traduce en el protagonismo del hombre; del hombre que se yerge sobre sí mismo y aparece con connotaciones y consideraciones diferentes, especiales, nuevas; que clama, que quiere ser escuchado, que espera respuestas a sus angustias y busca, sin abdicar de su protagonismo, soluciones a sus conflictos.

El conflicto, innato a la naturaleza humana implica intereses diferentes, objetiva o perceptivamente; la sensación de dos personas que no pueden obtener lo mismo que quieren y de la misma manera, genera situaciones de tirantez, stress, enojo, agresividad, aislamiento, soledad ... Y si todo ello es consecuencia del conflicto es lógica la preocupación humano-histórica por salir de él. Los métodos variaron; la etapa de la venganza privada, fue sucedida por la de la búsqueda de alguien ajeno a la disputa a quien confiarle la toma de decisión al respecto. Desde el brujo de la tribu, pasando por el soberano con poder absoluto sobre sus súbditos, se llega al establecimiento de un poder jurisdiccional, anhelado independiente, con perfiles y características multifacéticas, pero sustancialmente similares.

Y los cambios paradigmáticos llegan a este punto. Parecería que el hombre ya no se satisface únicamente con que otro determine quién tiene razón en la disputa; parecería que la resolución impuesta por un tercero ya no alcanza para responder a la conflictiva humana. El hombre busca algo diferente y se detiene ante lo que le promete la mediación - (hago alusión a un libro interesante y en parte polémico titulado, precisamente, "La promesa de Mediación" de Baruch Bush y Folger) - porque, si trata de resolver conflictos, sin abdicar de su protagonismo, encuentra en este sistema la enorme fuerza de atracción ejercida por sus dos pivotes fundamentales: la "revalorización" y el "reconocimiento".

"Revalorización" de mí como persona, de mi autoestima, de mi actitud responsable para resolver aquello que me afecta y "reconocimiento" del otro, apertura para entender que me enfrento con alguien que es un ser único e irreplicable como yo. Y si quiero que a mí se me considere único

e irrepetible, tengo que empezar por reconocer al otro del mismo modo.

El “otro” ya no es un enemigo, sino alguien que siente, piensa y sufre como yo, que tiene necesidades, como las tengo yo, y que merece ser respetado. Desde la antropología filosófica, adecuaría a la postura “dialógica” de Martin Buber, que deja de lado el individualismo “con fundamento imaginario” y “el colectivismo moderno afectado por la ilusión”.

El porqué de la mediación va entonces más allá. Ya no es sólo un Programa conexo a Tribunales para contemplar y posibilitar alguna salida ante circunstancias objetivamente formales. Hay algo diferente, de fondo, que está produciendo movimientos, que no podemos dejar de ver. Leía hace poco un trabajo de Marta Oyhanarte referido a la transformación en la cultura que la mediación entraña, en el que señala algo paradójal que está aconteciendo en el mundo: por un lado la globalización de las economías, el “desdibujo” de los límites fronterizos y por otro, millares de rostros que nos muestran las pantallas de los televisores, y entre esos millares uno que busca su propia identidad, su lugar en el mundo Es para pensarlo; esto está conmoviendo el fin de siglo, nutriendo cambios que parecen inevitables. Estoy convencida de que cuando se entienden estas cosas, se inicia un camino del que no se quiere volver atrás porque se llega a un estado de enamoramiento, que no admite traiciones.

Muchas veces señalo en mis clases que hay que estar enamorado del hombre y de la vida para poder mediar; pienso que sólo desde estos sentimientos se puede contener y ayudar como neutral. Finalmente intentaré formular algunas consideraciones sobre el último aspecto que me propuse abordar. ¿Qué sucede en las Facultades de Derecho, con la profesión legal y con los docentes de la temática jurídica?

Yo recuerdo con claridad, pese al tiempo transcurrido, que a los diecisiete años ingresé a la Facultad impulsada por mi necesidad interior de querer ayudar a la gente a resolver sus problemas, y hoy sigo creyendo que a eso estamos llamados como abogados pero, ¿qué aprendimos al respecto?

Aprendimos qué es el orden jurídico como plexo normativo, qué es la norma jurídica con su imperativo de “debe ser”. Entendimos que hay conductas que acatan la norma y adecuan espontáneamente a ella y otras que incumplen sus prescripciones. En tal caso se ponen en marcha mecanismos coactivos para lograr el acatamiento forzado.

Aprendimos también - y el consenso social lo ratificó a lo largo de nuestros años de ejercicio- que el “buen abogado” era una especie de gladiador que desarrollaba estrategias que le permitieran derrotar al contrario; cuanto mayor su aniquilamiento, mayor el prestigio profesional alcanzado. En lo sustancial no recuerdo mucho más, habida cuenta de la lectura interminable de gruesos volúmenes, innumerables teorías y la ineludible ejercitación racional para alcanzar su comprensión...

En el mes de enero de este año realicé una experiencia harto enriquecedora. Había trabajado durante una semana en jornadas completas, dictando un seminario sobre Derecho de Daños, en un Curso de Doctorado en la Universidad Católica de Pelotas, Río Grande del Sur, Brasil. El último día, caluroso sábado brasileño, ya casi en el cierre, se me ocurrió, operar un cambio.

Simplemente les dije: ¿Qué haremos ahora con todo esto investigado? Me miraron incrédulos, pero insistí. Por un lado tenemos la diversidad de daños que hemos analizado, desmenuzado y como observado con la lente de un microscopio; por otro, alguien que se nos acerca y nos relata estar padeciendo algunos de la multiplicidad descripta. ¿Qué le decimos? Por supuesto, recogí las respuestas tradicionales; no obstante, seguí insistiendo con mi pregunta, ¿podemos decirle algo más?

No logré obtener más respuestas; sólo un gran silencio, matizado por una mezcla de expectación e incredulidad, cuando les solicité que me permitieran darles una respuesta diferente.

Intenté mostrarles que había otra manera; que ante el incumplimiento que ocasiona perjuicios se puede llegar a un “cumplimiento acordado”, resultado del consenso.

Guardo para mí la emoción de aquel momento. El Seminario se prolongó más de tres horas, pero conservaré para siempre ese ir advirtiendo, lentamente, como cambiaban sus expresiones y sus actitudes. ¡Logré de ellos esa “escucha activa”, nunca ponderada suficientemente en los entrenamientos en mediación !

A los cumplimientos espontáneo y forzado del deber impuesto - autónomo y heterónimo en la teoría tradicional- se suma el cumplimiento acordado o consensuado. Ante la existencia de una conducta disconforme con la norma, a través de las distintas posibilidades de incumplirla, cabe que las partes involucradas se detengan a conversar y negociar, asistidas por sus respectivos profesionales. Hasta acá no hay innovaciones con respecto a lo aprendido. Dentro de la normativa de fondo tienen cabida principios como el de la autonomía de la voluntad, la autorregulación, modos extintivos obligacionales que reconocen en su naturaleza la convención liberatoria, tales como la transacción, y modos extintivos de los contratos, tales como la rescisión o la resolución. Pero lo que entraña, en el decir de Julio Cueto Rúa, una “nueva revolución copernicana”, es la intervención del tercero neutral para ayudar a los participantes en el conflicto suscitado, a alcanzar ese cumplimiento consensuado. Se escuchan argumentos en contra que se apoyan en la defensa de la seguridad jurídica, o del orden público que puede resultar comprometido. Continúo parafraseando a Cueto Rúa cuando pregunta en sus presentaciones, ¿cuál es el problema que se plantea si dos personas mayores de edad, en pleno uso de sus facultades, se detienen a conversar sobre las diferencias que los afectan con relación a determinado tema, y llegan a un acuerdo que reglará sus relaciones en el futuro, si están en juego derechos que tienen el carácter de disponibles? Y cuál sería el problema si en esas conversaciones negociales son asistidos por un mediador que facilite la comunicación entre ellos? ¿Qué norma o principio se estaría transgrediendo? ¿A quiénes se estaría afectando?

Yo recuerdo bien las reacciones de los abogados cuando, hace algunos años, comenzamos a difundir estas ideas desde la “Asociación Iberoamericana para la Resolución Alternativa de Disputas”.

Recogíamos resistencia, enojo, fuertes críticas, el comentario al que

siempre aluden Gladys Alvarez y Elena Highthon “yo siempre medié”, pero también estupefacción y sorpresa. Porque si bien es cierto que los cambios se resisten, también es cierto que con la mente abierta puede llegar a entenderse que esta es una nueva manera de mirar, que es poner orden y nombre, pero que todo esto lo teníamos implícitamente en nuestra formación como abogados, sin saber cuál era el alcance y la trascendencia que podía alcanzar.

He contribuido en la capacitación de gran cantidad de mediadores y he obtenido en los cursos experiencia y enormes satisfacciones. No obstante debo confesar mi temor ante cuál iba a ser la actitud de mis colegas, en la mesa de mediación, al ponerse en marcha la ley.

De todo lo cosechado, del enriquecimiento personal por sentir concretado mi sueño adolescente de ayudar a otros a solucionar sus diferencias, rescato para Uds. una imagen. Es la de un abogado de mediana edad, en su primera mediación como patrocinante; la tarde que se firmó el acuerdo, acomodó sus papeles y guardó todo en el portafolios, pero inadvertidamente, refejando en su cara alegría e incredulidad y el agradecimiento que expresaba en forma reiterativa, se quedó con la hoja del acuerdo en la mano; así nos despedimos y así se fue en el ascensor con su clientela...

Los abogados hemos sido entrenados en la cultura del litigio, en el pensamiento adversarial. Leí alguna vez ideas de Riskin sosteniendo que la Facultad de Derecho nos entrega un mapa, con adversarios emplazados en él. Si hay adversarios uno pierde, tengo que tratar de no ser yo.

Lo cierto es que para la profesión legal se abre un nuevo campo de posibilidades que entraña el desafío de modificar ese mapa. Al respecto sostiene Silvio Lerer, muy enfáticamente, que el que no quiere verlo que no lo vea pero que, en ese caso, irremediablemente, se va a perder de participar en una revolución que es la más importante que la profesión legal vivió en los últimos cincuenta años.

No quiero que se interprete que estoy diciendo que todos deberíamos ser

mediadores; ni muchísimo menos planteando una especie de “abolición del litigio”. Simplemente estoy señalando que estos métodos se agregan a los que hemos utilizado hasta ahora; colocan en manos de los abogados herramientas que no conocíamos antes y nos habilitan para obtener de nuestros clientes un consentimiento cabalmente informado.

La obligación de los abogados, antes de iniciar un juicio, de informar a sus clientes acerca de la existencia de estos métodos ya se encuentra incluida en los Códigos de Ética de distintos estados norteamericanos, y sería deseable que algún día no lejano ocurriera lo propio en los nuestros.

Para finalizar alguna reflexión con respecto a la enseñanza del derecho. Habida cuenta de todo lo expuesto no se trata simplemente de concluir que “Mediación”, como así también “Negociación”, “Teoría del Conflicto” y “Técnicas Comunicacionales”, como materias específicas, deberían integrar la currícula de los planes de estudio. Es algo más que eso; no es sólo enseñar estos métodos sino enseñar “en ellos”, preparándonos para producir las bajadas que, sin duda, nos permiten las asignaturas tradicionales en que trabajamos, concientizando a nuestros alumnos acerca de las posibilidades y ventajas que implican.

Estoy convencida de que todos los que subimos a este tren, que alguna vez visualicé azul, no sabría bien por qué, sentimos que estos métodos de resolución de conflictos se están expandiendo vertiginosamente por el mundo en este tiempo de transición azarosa en el que nos toca vivir; ello ocurre no por obra de la casualidad, sino como efecto secuencial causado por la búsqueda del hombre de otros caminos. El crecimiento vertiginoso de su implementación responde a que la alternatividad que proponen es una alternatividad a la violencia, en sus diversas manifestaciones.

Quiero leerles, para terminar, uno de los últimos párrafos de “La busca del jardín” de Héctor Bianciotti, escritor argentino integrante de la Academia de Letras de Francia: “...Si así es, quizá toda palabra meditada no quiera sino descifrar aquellas imágenes primigenias, agujeros en la insondable

oscuridad,astros muertos de nuestras íntimas cosmogonías cuya ilusoria luz no es sino el recuerdo confuso de la luz, de otra luz...”

Susana. I Cures

Profesora en las Universidades de Buenos Aires Católica.
Argentina.



Tema: "PROPUESTAS PARA UNA ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA ACTUAL".

Objetivo: "Lograr que el investigador descubra y asuma la responsabilidad Ética que le corresponde desde el proceso mismo del conocimiento".

PRÓLOGO

En los últimos cincuenta años de historia, el desarrollo alcanzado por la ciencia y la tecnología produjo en nosotros, actitudes diversas. Al comienzo nos hemos sorprendido de las posibilidades que el mundo científico mostraba, por primera vez a la mano del hombre. A esto siguió un optimismo desmesurado, que llevó a algunos a pensar en el progreso científico, casi como en una nueva religión, con pautas propias⁽¹⁾. Posteriormente vimos con horror, las fuerzas que se habían desatado y la repercusión que podrían tener en el presente (Nagasaki, Hiroshima, Chernobil) y en el futuro inmediato (efecto invernadero). Esto llevó a pensar en alguna forma de control o dirección sobre el rumbo que este desarrollo debía tomar⁽²⁾.

Así, se desataron polémicas sobre quién, cómo y por qué poner límites a la investigación científica⁽³⁾. Polémicas que las Declaraciones Internacionales y los Códigos de deontología trataron de aclarar, logrando a veces su objetivo y otras sólo haciendo más duras las posiciones antagónicas.

En la situación actual, vemos la necesidad de dar rumbo a la investigación; pero hallar un sentido al progreso del mundo supone: *a)* tener un punto de partida, *b)* tener un punto de llegada, *c)* tener guías, indicadores, que superen a las personas concretas, las culturas concretas y aun las filosofías concretas para poder ser aplicados en la búsqueda de un objetivo común.

Es por esto que el presente trabajo, tratará de hallar en la misma estructura del conocimiento científico, un elemento que justifique la pregunta ética por

excelencia: ¿Es correcto hacer esto o no? La acción que emprendo ¿me llevará a mi y a la humanidad a un futuro que valga la pena vivir? ¿Debo seguir adelante con tal investigación, o debo suspenderla porque me aleja del rumbo que la comunidad científica y la humanidad me proponen como mejores?.

CAPITULO PRIMERO

a) Justificación de la metodología

Hoy día se hace particularmente difícil recurrir a criterios comunes que permitan el diálogo entre las diversas posiciones. Esto no es nuevo en el pensamiento humano que, salvo algún período de luz, debió padecer encuentros e incompreensiones, más fruto de históricas confusiones en el uso de los términos, que verdaderas diferencias en el pensar.

Esto solo ya bastaría para referirnos, en el presente trabajo, a uno de los períodos de la historia donde se hizo un poco más de luz sobre los términos, y se avanzó con más facilidad en la ciencia y el conocimiento de la realidad. Además de esto, los autores a los que nos remitimos, se ocuparon particularmente, de la estructura del conocimiento y la eticidad del mismo.

El lector habrá ya intuido que nos referimos a Aristóteles y a santo Tomas de Aquino. Ambos pensadores, recorrieron los intrincados caminos del conocimiento, plasmándolos en obras que marcaron el modo posterior de conocer. La necesidad de distinguir para comprender, el recurso a delimitar claramente el sentido en el cual un término será utilizado, y por sobre todo, la constante referencia no solo a la verdad, sino al bien, hacen de ellos ejemplos, aún hoy válidos para nuestro trabajo.

Otro criterio por el cual juzgamos oportuna la presente selección de autores es que ambos partiendo de la realidad misma, buscaron comprenderla y explicarla sin prejuicios de ningún tipo, manteniendo la objetividad que todo investigador debe mantener. Este doble carril por el cual circula el pensamiento de Aristóteles primero y Santo Tomas después, los acerca al mundo científico actual tan preocupado por permanecer dentro del campo de la realidad objetiva.

Se hace oportuno aclarar que no pretendemos hacer uso del argumento de au-

toridad (por otro lado justificadísimo dada la envergadura de los pensadores citados), por entender que el diálogo con el mundo científico requiere sus formas propias. Al presentar ambas corrientes de pensamiento, la intención no será otra que exponer y proponer criterios que guardan una lógica interna, aún hoy válida.

Por otro lado un científico, que en el análisis del conocimiento pretenda ignorar el pensamiento de Aristóteles o de Tomas de Aquino, (más allá de compartirlos o no); carece de las condiciones mínimas para merecer el título de investigador: humildad ante el aporte de los otros y apertura a la verdad sin prejuicios.

b) Desarrollo de la presente obra

Nos parece importante introducir en este capítulo primero el planteo que seguiremos durante el resto de la tesis.

En este capítulo se pretende sólo mostrar las razones por las que se presenta el tema de esta forma y cuáles fueron los criterios de selección del material sobre el cual trataremos de fundamenta nuestra tesis, se agrega este planteo general , con un sentido doblemente practico: así quienes necesiten más datos para una correcta comprensión del tema tratado, podrán seguir la concatenación de los capítulos y el vínculo que guardan entre ellos; y, para que quienes deban leer este trabajo puedan pasar directamente a la argumentación sin más retraso.

El capítulo segundo tratará de plantear la situación científica actual, cuáles fueron los avances obtenidos y cuaáles los riesgos corridos o los fracasos padecidos. Todo esto hecho en forma sintética para mostrar si se justifica la pregunta sobre la necesidad o no de un criterio ético para la investigación científica.

El siguiente número tratará la idea de éste filósofo respecto de la STUDIO-SITAS y la CURIOSITAS. Trataremos de aclarar en que sentido habla de ellas Tomas, y las ubicaremos en el plan total de su obra. Además, veremos si estos conceptos mantienen alguna actualidad que puedan ser de aporte a la ciencia actual.

Finalmente, en el quinto capítulo , trataremos de demostrar cómo la misma dinámica del conocimiento, exige del intelectual una actitud ética mínima que respete sus propios límites y oriente la investigación en un determinado sentido para hacerla más productiva.

c) Recomendación inicial

El presente trabajo tiene como ambicioso proyecto, abrir un espacio de diálogo común al mundo científico, consciente de la responsabilidad que le cabe en el tiempo presente. El encuentro entre diversos modos de ver la misma realidad, da lugar a opiniones diversas que, lejos de destruir, nos muestran en su pluralidad la riqueza de la verdad. No obstante, la contemplación de la Verdad, se dará en plenitud en un estado posterior de nuestra existencia, ahora el desafío es ponernos de acuerdo sobre el modo, y la dirección que queremos dar a su manifestación en la realidad. Quien lea este trabajo, tenga como telón de fondo la intención de reunificar los criterios de verdad y bien, vía segura para el real progreso científico y humano.

CAPITULO SEGUNDO

a) Lectura del mundo científico actual

Tal cual lo anunciado en el capítulo precedente, analizaremos en esta parte del trabajo el estado actual de la ciencia y las consecuencias positivas y negativas que ejerce sobre el mundo.

Podemos decir que en los últimos 50 años el progreso alcanzado por la ciencia, se ha desarrollado con una rapidez que sorprende. No terminamos de comprender las reales posibilidades o las consecuencias justas de un descubrimiento científico, cuando ya ha sido superado por otro más eficaz, o con menos consecuencias indeseables para el ambiente.

La ingeniería genética, trajo progresos que a la naturaleza le hubiesen tomado siglos realizar. Además su aplicación económica potencia el trabajo humano en un modo nunca antes alcanzado. Desarrollo controlado a voluntad de las razas bovinas, mayor rendimiento, calidad y resistencia de las especies vegetales, rápida adaptación a climas y condiciones desfavorables, eliminación de plagas, son sólo algunas de las consecuencias positivas de este avance de

la ciencia. Pero paralelamente a esto se crea un nuevo modo de colonialismo con el patentamiento de las nuevas especies, desarrolladas sólo en países del primer mundo que pueden invertir en investigación, e impuestas después como condición a los países pobres.

En cuanto a la aplicación humana de esta ciencia, son muchos los progresos alcanzados en lo que se refiere al diagnóstico y prevención de enfermedades, pero no es menos cierto que el desarrollo y, lamentablemente, también la aplicación, se han hecho en forma salvaje⁽⁴⁾, no siempre respetando la humanidad presente en cada uno de nosotros desde el momento de nuestra gestación. El progreso científico ha llevado, en algunos casos, a reducir la transmisión de la vida a un mero intercambio de material genético, a cuyo fruto se le otorga alternativamente el reconocimiento del rango humano o no, no por lo que es en sí mismo, sino según la interpretación del especialista de turno.

Otro ejemplo interesante es el que nos ofrece el desarrollo logrado por la ciencia en cuanto a los recursos técnicos que ofrece a la medicina. Casi diariamente aparecen en el mundo nuevas invenciones que permiten un diagnóstico o un tratamiento, más eficaz, menos doloroso, más preciso para tal o cual enfermedad. Pero éste mismo desarrollo, sin criterios de uso, lleva en algunos casos, a la obstinación de mantener en vida personas que sólo sobreviven artificialmente o la posibilidad de precoces diagnósticos prenatales con un fin exclusivamente eugenésico.

La irrupción del uso de la energía atómica ha provocado un cambio tan radical en la humanidad, que algunos proponen llamar a esta era, la era atómica, expresando así lo determinante que es el tema en la actualidad. Gracias a ella han bajado los costos y aumentado tanto la disponibilidad como acceso a la energía eléctrica, con todas las consecuencias que esto supone para el desarrollo de una nación. Pero no es menos cierto que el uso bélico de esa misma energía, trajo consecuencias que se mostraron en toda su crudeza al fin de la segunda guerra mundial, y generaron inmensos gastos durante la carrera armamentista en el período de la guerra fría, han desviado ingentes recursos que podrían haber servido al desarrollo de sectores menos favorecidos de la población mundial.

A lo anterior se suman las catástrofes del mal uso o conservación de las usinas nucleares, cuyas consecuencias se hacen notar por períodos prolongados

de tiempo, y perjudican al hombre en su misma estructura genética, de modo que el error , para muchos tiene un efecto irreparable no sólo para ellos, sino también para las futuras generaciones.

Progreso científico y tecnológico son causa de orgullo y terror para las distintas naciones y para la humanidad en general. Es verdad que mucho se ha avanzado en lo que se refiere al control de los factores de riesgo, pero no es menos cierto que los desastres de ese mal entendido progreso afectan frecuentemente nuestro ambiente. Además, por primera vez en la historia, el hombre, a través de la tecnología puede afectar el mundo entero, con daños tales que se hacen sentir durante años y aun siglos⁽⁵⁾.

La presente situación, reclama del mundo científico alguna forma de orden, que haga este progreso menos riesgoso para la humanidad. Se necesitan carriles, causas que orienten el flujo del pensamiento científico de modo tal que este no se vuelva contra el hombre.

Por otro lado, el orden hace inteligible la realidad, el pensamiento discurre mas fácilmente y la comprensión general es más armónica. Esta llamada a un orden, lejos de limitar el progreso o la independencia del progreso científico, forma parte de su misma estructura ya que la ciencia tiene como uno de sus objetivos la formulación de leyes que expliquen la realidad, sin, por eso, verse limitada.

CAPITULO TERCERO

Virtud, Vicio, Templanza

Creemos que es provechoso incluir algunos conceptos claves de la filosofía aristotélica que preparan el camino a Sto. Tomas.

Para Aristóteles la virtud es una “disposición por la cual el hombre se hace bueno y cumple bien su función”⁽⁶⁾. Agrega a este concepto que la virtud “es una especie de medianidad, en cuanto que tiende constantemente al justo medio”.⁽⁷⁾

En el caso concreto de la templanza dirá que es un cierto orden relativo a los placeres de la naturaleza. El hombre templado , en lo que se refiere al deseo

en general , buscará el equilibrio: no desea más de lo que se debe, ni cuando no se debe. El hombre templado desea aquello que debe ser deseado, como y cuando corresponde.(8)

En contraposición, el concepto de vicio supone un desequilibrio que aleja al hombre tanto de su bien como de las funciones que le son propias. Esta disposición puede ser de dos tipos: vicio por defecto (no alcanza el mínimo que la virtud exige), o vicio por exceso (va más allá de la virtud misma , perdiéndose, también aquí el equilibrio que se requiere).(9)

Sobre estos criterios básicos, Tomás de Aquino, construirá su pensamiento moral, como veremos seguidamente.

Él entiende por virtud todo hábito operativo bueno, o mejor, usando sus mismas palabras: “La virtud es una cualidad buena del ánimo, por la cual se vive rectamente y de la cual nadie se sirve mal”(10). Es una disposición interior por la cual se tiende a obrar aquello que conviene a nuestra naturaleza humana y, en consecuencia a la razón. El concepto de virtud hace referencia al mismo tiempo a la razón, al obrar humano y a su cualificación moral.(11) Esta tríada, nos da la posibilidad de comenzar a hilar una serie de elementos , que permitan al mundo científico criterios sobre el modo de obrar, o no. Esos criterios deben partir de la misma estructura del conocimiento para ser aceptados, sin reparos, por todos, pero a la vez, deben concluir con propuestas sobre el modo concreto de actuar sobre la realidad, y hacerlo de modo que tanto el científico como la humanidad se vean beneficiados.

Pero profundicemos un poco más la concepción tomista aplicada al campo de las virtudes. Tradicionalmente las virtudes siguen por su origen, duración, contenido y desarrollo(12), dos grandes divisiones: V. TEOLOGALES o INFUSAS y V. CARDINALES o FUNDAMENTALES, nosotros nos ocuparemos del segundo grupo.

La subdivisión de las virtudes cardinales ya había sido ampliamente tratada en el pensamiento griego, así, Pitágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles profundizaron ese argumento. También la Sagrada Escritura menciona esta división (Sabiduría 8,7), señalando un camino que la patrística posterior seguirá. S. Ambrosio adoptará el concepto general de “iv. cardinal” , (de cardí-

ne = fundamento), a su vez S. Agustín reunificará los conceptos filosóficos clásicos junto a los escriturísticos para volver a proponer la división de las virtudes cardinales en cuatro: PRUDENCIA, JUSTICIA, FORTALEZA Y TEMPLANZA.⁽¹³⁾

Tomás de Aquino retoma todo el pensamiento cristiano precedente así como la ética clásica, (fundamentalmente la ética nicomaquea de Aristóteles), y sobre esta base desarrolla su propia propuesta filosófica sobre el tema de la vida virtuosa

En la Summa Theológica, las cuestiones que describen el mundo de las virtudes se agrupan en la segunda parte; tratando el tema de la virtud en general, las virtudes infusas o teologales y el comienzo de las virtudes cardinales, en un primer momento (la parte I-II), para volcarse de lleno al resto del tratado, (que incluye el tema de la virtud de la Templanza que nos ocupa) en un segundo paso (la parte llamada II-II).

Conforme a lo que hizo con las anteriores virtudes cardinales dividirá la exposición en la Templanza en sí misma (la virtud q.141 y los vicios q.142) y las partes que la componen (q.143 - 169), para concluir con los preceptos relativos a la Templanza (q.170).

Define a esta virtud, que es tal por inclinarse al bien acorde a la razón (q.141 a.1), como “una cierta moderación de las pasiones (...) los deseos y los placeres”(q.141 a.3). Ya con estas pocas pero certeras líneas, S. Tomás nos señala el camino que tomará su reflexión. En la definición que dará en la q.141 a2 vemos como se entrelazan los elementos que nos servirán de soporte en nuestra propuesta de una ética de la ciencia actual :

a) **moderación** , entendida no como restricción sino como orden, armonía, dirección, equilibrio.⁽¹⁴⁾

b) **impuesta por la razón** , es la razón misma del hombre quien exige y lleva a cumplimiento ese necesario orden. Esto es así para que el hombre sea plenamente tal conforme a su naturaleza⁽¹⁵⁾. Es de señalar que Sto. Tomás no recurre aquí a razones de tipo religiosas o pías, sino que se mantiene en el estricto campo del pensamiento científico que trata de analizar objetivamente.

c) **a los actos humanos** , como toda virtud mira al obrar de la persona

d) y a los *movimientos pasionales*, que tiñen la realidad impidiendo al hombre el pleno ejercicio de su libertad. La ciencia actual, que busca evitar todo resto de subjetividad y de pasión en la búsqueda de la verdad, encuentra en la definición de Templanza que da Tomás de Aquino, un valioso instrumento que encierra en sí mismo, los conceptos de verdad, racionalidad, objetividad, libertad y orden.

CAPITULO CUARTO

a) Situación de las cuestiones 166-167:

Con el fin de poder comprender el verdadero sentido que Sto. Tomás da a estas cuestiones consideramos oportuno analizar cómo se ubican en el tratado de la Templanza.

Habíamos ya señalado que la virtud cardinal de la Templanza supone “una cierta moderación **impuesta por la razón** a los actos humanos y a los movimientos pasionales”⁽¹⁶⁾. Es decir que lejos de oponerse a la inclinación del ser humano por los placeres hacia los cuales lo inclina su misma naturaleza, los ordena conforme a la razón y rechaza toda inclinación (que Tomás llama “bestial”) no sujeta a ella. Pero mientras que la templanza se ocupa de los placeres de los cuales es sumamente difícil moderarse, la modestia se ocupa de las materias que no lo son tanto.⁽¹⁸⁾

Así la modestia se ocuparía de moderar la inclinación a sobresalir sobre los demás (virtud de la humildad), el deseo desmedido de saberlo todo (virtud de la estudiosidad), al cultivo excesivo del propio cuerpo, o, en la forma de presentarse a los demás (modestia exterior). Este modo de presentar esta virtud es propia de la Summa Theológica, y no aparece así en las otras obras de Sto. Tomás.⁽¹⁹⁾

En el esquema mental del autor, para poder tratar las cuestiones que hacen a la moderación en el conocimiento, primero debe tratar un tema fundamental que le hará de telón de fondo: la humildad.

Lo primero que llama la atención del lector de la Summa Theológica es precisamente el lugar, en apariencia tan secundario, que el aquinate le asigna a

esta virtud , pues aparece como una de las formas de la modestia, la cual, a su vez, es una parte potencial de la fortaleza. No obstante, debemos tener en claro que ésto mismo nos dá una clave de lectura para esta obra , ya que su autor pretende hacer una clasificación (que hoy llamaríamos científica) de la psicología de las virtudes y no un tratado de vida espiritual lo cual supondría un protagonismo mayor de la humildad⁽²⁰⁾. Aclarado el punto anterior, pasemos a ver por qué la humildad precede a la estudiosidad y cual es su importancia.

La definición de humildad que nos dá sto.Tomás es “virtud por la cual se atempera y refrena el ánimo, para que no aspire desmedidamente a las cosas excelsas”⁽²¹⁾. Como el mismo autor nos comenta, el bien arduo presenta dos movimientos : de atracción (por el bien que se espera conseguir) y al mismo tiempo de rechazo (por el esfuerzo que se debe hacer para lograrlo).El primer movimiento es la esperanza que mueve al bien, pero este movimiento a su vez, halla su justa medida en un doble control, el de la magnanimidad (que empuja al sujeto a desear grandes cosas) y el de la humildad (que le impide hacerlo más allá de sus posibilidades reales).

Pero veámoslo con un ejemplo. Si un científico quisiera justificar éticamente una investigación sobre el uso bélico de la energía solar, pensando que una tal innovación llevaría , por la disparidad de fuerzas, a una paz universal; podríamos responderle, según la propuesta de Tomás de Aquino, que entre otras cosas, tal justificación carece de la necesaria humildad al no reconocer que el bien deseado (en este caso la paz universal) supera largamente sus posibilidades reales (ya que una tal paz no se decide en un laboratorio, sino que es fruto de acuerdos internacionales).

La correspondiente contracara de la humildad es el vicio de la soberbia , que es fundamentalmente “un deseo desordenado de la propia excelencia , en exceso con respecto a la recta razón”⁽²²⁾. Lo destacable en este esquema psicológico de las virtudes y defectos, es que en el caso concreto de la humildad y la soberbia, todo depende de la realidad más objetiva (no se trata de los límites o posibilidades que la persona crea tener o no, sino de los que en realidad tiene) y de la recta razón que ordena el apetito para obrar. Más adelante analizaremos la conveniencia que esto puede presentar en una propuesta para una ética de la investigación científica⁽²³⁾.

Así, si quisieramos proponer una estructura ética para la investigación científica, ella debería contar entre sus partes, con la virtud de la modestia que le permitiese al científico partir de sus reales límites (la primera premisa de la ciencia es reconocer que hay partes de la realidad que desconozco), así como prefijarse los límites de lo que se propone descubrir, de modo tal que los resultados puedan ser controlados sin que perjudiquen al mismo investigador o a terceros. Estos principios son los que sostienen la práctica legal, hoy extendida en todo el mundo, respecto de los estrictos controles que los laboratorios de investigación deben tomar para evitar accidentes⁽²⁴⁾. Es como decir: “Confiamos en la seriedad y responsabilidad de su trabajo, pero también reconocemos con humildad los límites que como seres humanos todos podemos tener”.

La humildad precede a la estudiosidad porque en el dinamismo del conocimiento, como hemos visto, se parte del reconocimiento de los propios límites, para luego lanzarse de lleno a la búsqueda de la verdad.

De este modo llegamos a la segunda parte subjetiva de la modestia: la virtud de la estudiosidad y el vicio que se le opone, la curiosidad.

b) La estudiosidad

Psicológicamente, la estudiosidad se define como la atención profunda del sujeto que vuelca a la inteligencia a conocer un determinado objeto. A esto s. Tomás lo llamará **vehemens applicatio mentis ad...**⁽²⁵⁾. Ante una expresión tan fuerte como la que usa nuestro autor para referirse a la estudiosidad podríamos preguntarnos qué hay detrás de ella, qué es lo que exige una tal actitud de frente al proceso del conocimiento.

Lo primero que debemos recordar es que nos hallamos dentro del gran campo de la Templanza que trata de ordenar las pasiones, y dentro del anterior, aun otra especificación ulterior dada por la modestia que se ocupa de las pasiones más espirituales. Pues bien, Sto. Tomás entiende que el modo de conocer del hombre es fatigoso y gradual, lo cual convierte a la verdad que debe adquirirse, en un bien arduo. Esto podría llevar a la persona que desea conocer, a renunciar a esa búsqueda de la verdad, precisamente por la dificultad que supone alcanzarla; aquí es donde aparece la necesidad de esta virtud de la

estudiosidad con su nota específica de “aplicación vehemente”, es decir, ardiente, violenta, rigurosa que permita la penetración del objeto y la apropiación de la verdad que éste encierra (26).

Para tender hacia un objeto primero hay que interesarse por él, tiene que crear en el sujeto que lo conoce una cierta atracción precedente al conocimiento mismo. Es interesante esta primera relación que Tomás de Aquino traza entre inteligencia y voluntad, ya que ella nos permite entrever la relación entre verdad y bien presente al interno del mismo proceso cognoscitivo. De este modo la voluntad mueve a la inteligencia y la dirige hacia el objeto por conocer evitando que abandone tal empeño ante la dificultad, y a la vez distracciones que la desvíen de esa intención. Por su parte, la inteligencia presentará la verdad que el objeto encierra, a la voluntad, de modo tal que esta pueda obrar. Podríamos decir con Blanchard “un intelectual sin voluntad sería un distraído y un intelectual sin amor sería un egoísta”.(27)

Así la virtud de la estudiosidad nos permite pasar de la intelectualidad descarada, a la sabiduría, donde la verdad no se busca por sí misma, como fin absoluto, sino en la medida que nos sirve para obrar en la vida aquello que es bueno. Desde este punto de vista el vínculo entre vida intelectual y volitiva, entre verdad y bien, o si se prefiere entre ciencia y moral vá adquiriendo una relación mucho más estrecha de lo que nos ha sido dicho a partir del positivismo.

Pero, concretamente: ¿para qué sirve esta virtud? ¿Cuál es su acción específica sobre la facultad cognoscitiva? ¿Sto. Tomás señala que la función de ésta virtud es doble según se considere el conocimiento respecto del alma o la naturaleza corporal del hombre(28). En el primer caso, el alma busca agotar el conocimiento de las cosas, aquí la estudiosidad pone freno a tal deseo inmoderado; pero en la segunda situación, donde se rechaza el esfuerzo que supone adquirir nuevos conocimientos, la función de esta virtud será, por el contrario, estimular vehementemente a participar de la ciencia de las cosas, a la vez que quitar los obstáculos que puedan impedir tal objetivo.(29)

Es la estudiosidad que dará a la investigación perseverancia en el esfuerzo y estabilidad en la atención. Sin ella “el espíritu iría a la aventura, eligiendo aquello que le gusta(30), sin fijarse a ningún trabajo específico”.(31)

En el caso de que esta virtud faltase la carencia de firmeza , de estabilidad, de regulación, llevaría a la vida intelectual a ser desordenada, egoísta, intermitente, y en consecuencia vana, superficial, ineficaz y peligrosa (32). Pero profundicemos un poco más éstos elementos. Sabemos, por lo que ya ha sido explicado, que la estudiosidad sostiene a la inteligencia en su empeño por conocer la verdad, de ahí que su ausencia, deja a la inteligencia sin la estabilidad que se requiere para un conocimiento verdadero , permitiendo que ante la menor dificultad cambie de objeto (intermitencia, superficialidad y desorden antes mencionados); por otro lado al desaparecer la regulación en el apetito por conocer, la inteligencia podría aplicarse a objetos que aun siendo verdaderos no conducen al bien , con lo cual se vuelve peligrosa: si ignoro o desconozco las consecuencias éticas negativas que se pueden seguir de mi investigación, aun cuando esta sea verdadera, no solo yo me estoy poniendo en una situación de peligro, sino que detrás de mí la humanidad toda se aventura a consecuencias morales que inevitablemente se harán sentir sobre todos.

Para mejor comprender lo anterior, retomemos el ejemplo del supuesto científico que desea investigar sobre el uso bélico de la energía solar. Un tal estudio, traería consecuencias morales que el hombre de ciencia no puede desconocer o ignorar, y que, antes o después afectarán a la humanidad entera. De este modo, una afirmación del tipo: "... solo pretendía abrir un nuevo campo al saber humano, manifestar una verdad oculta hasta el momento a la ciencia; de las consecuencias morales que de ella se sigan yo no soy responsable", además de una justificación vana, manifiesta la ausencia de la estudiosidad que hubiese guiado el conocimiento no sólo a la verdad posible, sino a la verdad en la medida que lleva al bien.

c) El vicio de la curiosidad

Las últimas palabras dichas sobre la virtud de la estudiosidad nos preparan el camino para introducirnos en uno de los vicios que se le oponen: la curiosidad.

Como sabemos, a cada virtud corresponden vicios ya sea por defecto de la misma o por exceso. En el caso de la virtud de la estudiosidad estos vicios toman, respectivamente, el nombre de NEGLIGENCIA y CURIOSIDAD. Lamentablemente, Sto. Tomás nada nos dice sobre la negligencia, dedicando

por el contrario, dos artículos al vicio opuesto, de la curiosidad.

El tema es abordado en la cuestión 167, pero el acento cambia en el artículo 1 (la curiosidad aplicada al campo del conocimiento intelectual) y en el artículo 2 (aplicada al campo del conocimiento sensitivo).

Acabamos de decir que la curiosidad es un vicio y como tal supone un desequilibrio que aleja al hombre de su misma naturaleza racional. En el caso de la curiosidad este impulso desproporcionado a querer saber afecta al hombre bajo dos aspectos: bien porque “alguno se ensoberbece del conocimiento de la verdad, (...), bien porque se usa la verdad para obrar el mal”⁽³⁵⁾. Así voluntad de poder intelectual y la búsqueda del mal, ponen en peligro la moralidad del acto cognoscitivo, a la vez que, ambas formas hacen referencia al mismo vicio: la curiosidad.

Antes de seguir profundizando sobre el tema creo que se impone aclarar un poco el uso habitual que se da a los términos estudiosidad y curiosidad. Generalmente escuchamos hablar de una necesaria cuota de curiosidad que impulse al hombre de ciencia a avanzar en su búsqueda de la verdad, esta frase hecha, que todos hemos escuchado alguna vez, encierra algunos errores conceptuales que el paciente lector de este trabajo podrá ya intuir. En ella se confunde el impulso a perseverar en la búsqueda de la verdad de manera ordenada y conforme a la propia naturaleza racional del hombre (que no es otra cosa que la virtud de la estudiosidad), nada menos que con el vicio por exceso que se le opone, es decir, la curiosidad. Precisamente por lo anterior en el proceso intelectual, la curiosidad, lejos de ser necesaria, debe ser evitada para que se busque la manifestación de la verdad en modo ordenado y objetivo.

Aquí lo que está en juego no es el deseo de conocer, que intrínsecamente es bueno, sino la cantidad, el orden, y la intención con la cual se conoce. Tratemos de profundizar un poco más estos elementos.

¿Cómo puede la cantidad viciar nuestra capacidad de conocer? Al tratar el tema Sto. Tomás señala que una de las formas de desorden en el conocimiento consiste en aplicarse al conocimiento de la verdad por encima de la capacidad de nuestro ingenio, lo cual da lugar a que los hombres caigan fácilmente en errores”. Esta afirmación, por otro lado, está en plena sintonía con la concepción del tema que propone la tradición cristiana, como vemos en varias citas

bíblicas :

“A muchos extravió su temeridad, y la presunción pervirtió su pensamiento” Eclo.3,26.

“...aviso a cada uno de vosotros que no sepa más de lo que debe saber, sino que sepa con cordura.” Rom 12,3

Pero quien nos puede auxiliar en la justa interpretación de estos textos es otro Doctor de la Iglesia, S.Bernardo. El, tomando precisamente esta última cita de s.Pablo nos comenta “(S.Pablo) no prohíbe saber, sino saber más de lo conveniente (*oportet*). ¿Y que es saber con cordura?-continúa ejemplificando- Los médicos estiman como factor curativo la cantidad, el modo y el orden con que conviene tomar los alimentos. Sabemos que todo alimento creado por Dios es bueno, pero si tú al tomarlos no observas un orden y moderación, harás que todos sean nocivos. Lo que digo de los alimentos aplicadlo a las ciencias”

Como vemos este criterio de controlar la cantidad de información que puede ser procesada por la inteligencia humana parte de una realidad evidente: la fallibilidad del hombre. La misma ciencia, que el siglo pasado se veía a sí misma como parte de un progreso constante que nada podía detener, poco a poco fué dando margen al error humano, llegando auna incluirlo en las formulaciones matemáticas como variable a tener en cuenta. El mismo concepto de “exceso” hace referencia a una desproporción respecto de aquello que se considera justo, equilibrado. Bien la curiosidad lleva a este “exceso” en relación a la verdad que puede ser procesada.

Lo segundo que podemos preguntarnos es cómo el orden con el cual conocemos puede, también él, ser vicioso.

Sto. Tomás, trata el tema al hablar del deseo vicioso de conocer la verdad, donde lo primero que señala es el desorden, entendido como la falta de una jerarquía en el conocimiento de la verdad. Con un gran sentido práctico, destaca la importancia de establecer un orden de prioridades “útiles” y “necesarias” para progresar en el conocimiento. Así mientras que el concepto de “útil” hace referencia a los medios para lograr un objetivo, el de “necesidad” puede referirse tanto a éstos como al fin mismo.

Detengámonos un poco más para analizar la última afirmación. El concepto de “utilidad” refiere a una bondad predicada de algo, no en función de sí mismo, sino en la medida que sirve para lograr otro objetivo. En éste sentido de-

timos que es útil un microscopio electrónico, que nos permite alcanzar imágenes que el ojo humano no podría lograr por sí mismo. La idea de utilidad se predica del microscopio, pero sólo en referencia al objetivo que deseo alcanzar, en este caso podría ser observar la correcta estructura de la pared celular.

Pero cuando usamos algo para alcanzar un objetivo también lo definimos como un “medio”(en el ejemplo anterior decimos que el microscopio es un medio para alcanzar imágenes no visibles al ojo humano) .De lo anterior podemos concluir que útil será todo medio conveniente para conseguir un determinado objetivo.Así la utilidad hace referencia a un proceso, con un punto de partida (la limitación de nuestra vista), un objetivo prefijado (la necesidad de observar la composición de la pared celular) y los medios convenientes para lograrlo (el microscopio electrónico) .

Decir que algo es útil es hacer referencia implícita a éste proceso que alterna y ordena medios y fines, permitiendo en el caso de la investigación una mejor comprensión de la verdad. Entendemos por orden, una disposición armónica de las partes que facilita la comprensión del conjunto; cuando esta viene a faltar la búsqueda de la verdad se dificulta, ya que el modo humano de conocer es discursivo y lógico. Podemos afirmar que sin un orden que establezca una determinada jerarquía y los pasos a seguir para la obtención del objetivo final, la inteligencia humana no progresa en el conocimiento de la realidad.

A esta falta de una disposición armónica de las partes alude S.Tomás cuando habla del desorden que supone la ausencia de una jerarquía en el conocimiento que lleva a algunos a dedicarse a las cosas menos útiles, dejando de lado lo que es necesario.

Pero veámoslo con un ejemplo que muchos investigadores comprenderán: ¿Cuánto dinero y esfuerzo se invierte en investigaciones superficiales o en preciosismos científicos que podría dedicarse a cuestiones más urgentes? ¿Cuánto tiempo y recursos insume la “investigación dirigida” que muchos laboratorios imponen a los científicos en áreas ya trilladas, buscando la pequeña variante en la fórmula de un fármaco, que permita la justificación de un nuevo producto en el mercado? ¿Cómo puede ésto coexistir con las llamadas “enfermedades huérfanas” que por carecer de un mercado económico interesante, son olvidadas por la investigación?. También aquí, corresponde plantearse si el mismo conocimiento científico, no supone, una responsabilidad

moral que el investigador debe afrontar, ya que quien en el camino de la búsqueda de la verdad se aleje de lo necesario, atraído por otros factores secundarios, se verá confundido en cuanto a los objetivos que persigue, cediendo a la tentación del desorden, alejándose así de una forma virtuosa de conocimiento.

Otro acento, respecto al desorden posible en el conocimiento, está en equivocar el punto de partida, es decir la fuente de la verdad. En un lenguaje propio de su tiempo, Sto. Tomás dirá que es curiosidad el hecho de afanarse por aprender de quien no se debe, llamando a este tipo de vicio “curiosidad superticiosa”.

Por último, el desorden se manifiesta también al desconocer la finalidad de las cosas. Quien quiera buscar honestamente la verdad, deberá descubrir oculta en el mismo ser de las cosas, cuál es el fin que persiguen (que para nuestro autor no es otro que Dios mismo). Esto, que podría sonar mal a los oídos de un racionalista, es en realidad una exigencia lógica, que aunel mismo Kant (de cuyo racionalismo nadie podrá dudar) propone como postulado de la razón práctica.

El tercer obstáculo a profundizar respecto del vicio de la curiosidad es la intención que perseguimos en la búsqueda de una verdad.

Cuando alguien se propone investigar un tema debe enfrentar dos preguntas: ¿Qué quiero conocer? ¿Para que quiero conocer eso?. La segunda pregunta nos pone frente al tema de la intención. Ella es fundamental pues da sentido a todo el discurso, pero además, porque señala la moralidad del acto haciéndolo virtuoso o viciándolo.

Tratando el tema del conocimiento y su intencionalidad nos encontramos con un texto de S. Bernardo cuya claridad deja poco espacio a ambiguas interpretaciones:

“¿Con qué finalidad (conocer)? (...) algunos desean saber solo por saber; eso es vulgar curiosidad. Otros lo desean para darse a conocer; eso es tonta vanidad. (...) Y otros desean saber para vender su ciencia, por ejemplo para enriquecerse o recibir honores; eso es un negocio vergonzoso. Pero otros desean saber para edificar a los

demás : eso es amor.Finalmente, otros desean saber para su edificación : y eso es prudencia”.

En este texto vemos claramente como un estudio, siendo objetivamente el mismo, sin embargo puede cambiar radicalmente en base a la intención que mueve a quien lo lleva adelante. Curiosidad vulgar, vanidad y negociado son el resultado final de una intención viciosa, mientras que la caridad y la prudencia coronan una investigación que definimos virtuosa.

e) Conclusión

Creemos que lo señalado en este último capítulo da pie para desarrollar una ética del conocimiento, sobre la base de que el hecho mismo de conocer no es éticamente indiferente, sino que, por el contrario en su misma estructura encierra una valoración moral, de la cual la ciencia en general y el investigador en particular, deben dar cuenta ante la humanidad (que se verá beneficiada o perjudicada por dicha investigación) y ante su misma conciencia. Esto es lo que trataremos de presentar en el siguiente capítulo.

Queremos dejar en claro que la aparente separación entre vida intelectual y vida moral es un peligro para el desarrollo mismo de la ciencia que debe ser evitado para permitir un verdadero progreso. En éste sentido hacemos propias las palabras de H. Jonas “...de la ética hay que decir que tiene que existir.(...) Tanto más tiene que existir cuanto mayores sean los poderes de la acción que ella ha de regular. Por tanto, las nuevas capacidades de acción requieren nuevas reglas éticas y quizás incluso una nueva ética”.

CAPÍTULO QUINTO

a) ¿Ética nueva o renovada?

El capítulo anterior terminaba con la sugerencia de buscar una ética acorde a la ciencia actual, que teniendo en cuenta el presente desarrollo pueda guiarlo hacia un verdadero progreso humano.Pero esto se puede hacer de dos formas: creando un nuevo sistema ético (ética nueva), o actualizando los criterios utilizados hasta el momento de modo tal que puedan seguir siendo referentes útiles del obrar humano (ética renovada).

En éste trabajo nos hemos decidido por la segunda opción, en parte porque creemos en el principio lógico que pide no multiplicar aquello que no es estrictamente necesario (retenemos que los principios de la ética aristotélico - tomista, aunmantienen su validez); además porque la multiplicación de sistemas éticos lejos de aclarar la situación, generalmente confunde, llevando, en algunos casos al escepticismo.

Hecha esta aclaración debemos precisar en qué sentido la ética puede ser renovada. El mismo concepto de ética refiere al obrar humano en conformidad a la razón, éstos dos aspectos (práctico-operativo y racional -contemplativo) que se complementan, no reciben el mismo trato. Notamos que se ha desarrollado con abundancia la normatividad de la ética, que mira a guiar la acción, dejando en un segundo plano la fundamentación racional de tal norma. En general se polemiza sobre los criterios a seguir y la oportunidad de aplicarlos o no, olvidándose que el fundamento de ellos reside en la racionalidad del sujeto, y en la verdad objetiva que está por encima de las partes, es decir que ella no es creada por los hombres sino descubierta, a través de la razón por cada uno de ellos.

Con lo anterior queremos expresar que al tratar el tema ético, no debemos caer en el error, de afirmar que las consecuencias que se siguen de un sistema varían según el particular punto de vista de cada persona, en modo tal que pueden coexistir distintos criterios éticos, siendo todos igualmente válidos. Para fundar válidamente un criterio ético no basta la sola elección de cada sujeto, es necesario que también muestre un fundamento racional objetivo que trascienda las personas y resida en la realidad misma. Es allí donde la diversidad de criterios éticos debe demostrar sobre que bases racionales funda su posición. Un sistema que sea incapaz de demostrar objetivamente su posición, no puede ser considerado tal.

En ese sentido el modelo ético propuesto por Aristóteles primero, ampliado luego por Sto. Tomás, presenta una solidez filosófica que aun hoy se muestra útil para seguir guiando nuestro obrar. El trabajo consistirá en confrontarlo con los nuevos planteos científicos, y ésto es lo que entendemos por una ética renovada.

La situación actual del conocimiento científico presenta como características más notorias la especialización y la tecnología, ambas positivas en la me-

dida en que eviten dos tentaciones: en el caso de la especialización, que se pierda el sentido de la globalidad; y en el de la tecnología que aleje de la persona.

Veamos un poco más detenidamente, en que sentido la especialización puede hacer perder el sentido de totalidad. La especialización surge casi como una exigencia del progreso del conocimiento, así, al no poder profundizar sobre todos los temas, se trata de tomar algunos y avanzar por sus laberintos, aun cuando para eso debe renunciar al mismo grado de conocimientos en las demás materias. Como no se puede saber todo de todo, se trata de saber algo de algún tema. De éste modo la humanidad, progresa en la suma del conocimiento que sus miembros poseen .

Hasta aquí todo parece normal y lógico: ¿Dónde está, pues, la dificultad? En que el especialista, acostumbrado al dominio de su ciencia específica, olvide que esta es una parte de la realidad y no la realidad toda. Que el podrá opinar en su campo específico, (y en esto auna riesgo de equivocarse el camino) pero la realidad es algo que lo supera y le exige dejarse ilustrar por otros . Si un científico no reconoce dicha limitación, necesariamente errará el camino, porque desde su especialidad (parcial) tratará de afirmar qué cosa es la totalidad.

Quizás sirva para ilustrar el siguiente ejemplo. Todos hemos escuchado algún especialista en embriología o genetista afirmar que el embrión o pre-embrión es persona a partir de la especificación de las células totipotenciales, dado que hasta el momento si fuesen separadas, podrían formar más de un embrión; o bien que se podría considerar persona a partir de la formación de la línea media del disco embrional o del tubo neural, porque recién allí se encuentra el primer esbozo de la unidad del individuo. Y así, dando interesantes argumentos médicos, tratan de determinar el momento exacto en el cual el embrión es persona. Hasta aquí todo parece normal , salvo el hecho de que el concepto de persona no pertenece a la ciencia médica, porque no es un término médico sino filosófico, teológico, o a lo sumo psicológico, pero seguramente no médico. La medicina es una ciencia objetivo- descriptiva, es decir que sobre el tema que nos ocupa solo podrá decir que se trata de un embrión que pertenece a la especie humana, con tanto tiempo de desarrollo, en tales condiciones sanitarias; pero afirmar que es o no persona humana es algo que, simplemente, excede tal ciencia.

Creemos que el ejemplo es suficientemente claro como para ilustrar sobre el riesgo que se corre cuando un especialista toma su parte del conocimiento como si fuese toda la realidad. Ésto se agrava cuando aquello sobre lo cual se está tratando es la vida humana, porque las consecuencias que se siguen afectan a personas concretas. Además todo intento de definir al hombre desde un aspecto puramente espiritual o material (por citar sólo las formas más evidentes de dualismo) ha llevado siempre al error por reducción.

Contrariamente, la bioética trata, desde el trabajo multidisciplinar, de sumar distintos puntos de vista, que ayuden a recomponer el objeto que cada ciencia abordó primero desde su forma particular.

El otro riesgo sobre el cual advertíamos era el de la tecnificación, que al introducir instrumentos, que fundamentalmente potencian los sentidos del hombre, acercan y, paradójicamente, alejan del objeto investigado. Acercan porque permiten una percepción mucho más exacta de lo observado, y distancian de él porque presentan sólo una parte de la realidad con una intensidad tal que se puede perder la percepción del todo; además, en la relación sujeto que conoce-objeto conocido (persona conocida en el caso de la ciencia médica) se interpone un nuevo elemento de modo que toda relación deja de ser directa para ser mediada por este artificio.

Un ejemplo podría ser un médico que debe tomar una decisión grave respecto de un caso. Seguramente no obrará del mismo modo delante de un microscopio, observando un preparado histológico, que delante del paciente de quien proviene dicho tejido. En el segundo caso jugarán otros factores que hacen a la totalidad de la persona que tiene frente a sí, que antes no había advertido.

Todo avance tecnológico que se erija como único criterio para descubrir una verdad, alejará al investigador de una auténtica percepción de la realidad, mostrándole sólo un aspecto, a la vez que le oculta otros.

Los elementos antes señalados, tienen por objetivo recuperar para el conocimiento científico actual, (sobre todo para las ciencias de la vida) la verdad como punto de partida y el bien como meta a lograr.

Siguiendo el camino trazado por Sto. Tomás, vimos como ambos aspectos, (verdad y bien) se hacen presentes al interno mismo del proceso cognosciti-

vo, en modo tal que la investigación pueda ser un virtuoso crecimiento del saber humano”(studiositas), que a la vez evite todo exceso, desvío o vicio en ese sentido (*curiositas*).

Rubén Oscar Revello.

Universidad Católica Argentina
Instituto de Bioética.
Buenos Aires - 1997

Notas:

- (1) **MATHIEU, Vittorio**, “Il limite del modo di saper”, en “*SCIENZA ETICA*, quali limiti?”, a cura de Jacobelli, Jader, Laterza, Italia, 1990., pp 125 - 128.
- (2) **JONAS, Hans**, “*El principio de responsabilidad*”, Herder, Barcelona, 1995..
- (3) **GRAHAM, Loren**, “*Scienza e Valori*”, ed Armando, Italia, 1990.
- (4) **JUAN PABLO II**, “*vangelium vitae*”
- (5) **GRAHAM, Lorren** “*Scienza e valori*”, Ed :Armando Editore, Roma, 1990, pp 297-322.Recomiendo una lectura atenta a la vez que critica de este artículo.N.del A.
- (6) *op. cit.* II, 6, 1106 a 22-24.pag 97.
- (7) *op. cit.* II . 6 , 1106 b 28-29 pag.99.
- (8) *op. cit.* III. 10-12. pp. 141-149.
- (9) *op. cit* II 6-8. pp. 99-107.
- (10) **Sto.TOMÁS**, “*Summa Theologica*”, I-II, q 55, a.4.
- (11)En el presente trabajo pag.5, sobre la necesidad de reunificar razón y moral para el progreso del conocimiento científico.N. del A.
- (12) **MAUSBACH, G.**: “*Teologia Morale*”, ed.Paolina, Alba, Italia, 1956, 8tava edición,

pp.359-362.

(13) **AGUSTIN DE HIPONA**,s. “*De mor.eccl.*” XXV.

(14) **ARISTÓTELES**,”*Ética Nicomaqua*”, II,6,1106 b, 23-26.

(15) **TOMÁS de AQUINO**,s. “*Summa Theológica*” q.141, a.1 resp 1 “Por consiguiente, es evidente que la templanza no se opone a la inclinación natural del hombre,sino que actúa de acuerdo con ella.Se opone, en cambio, a la inclinación bestial, no sujeta a la razón”.

(16) **TOMÁS de AQUINO**, “*Summa Theologica*”, II-II, q 141, a 2, resp.

(17) *op.ant.*,II-II, q141, a1, ad primum.

(18) *op.ant.*,II-II, q 160, a1 y a2 .

(19) **OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO**, A . *op. cit.*, pag. 515, nota a.

(20) **OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO**, *op.cit.* pp 517-518.notss a y b.

(21) **TOMÁS de AQUINO**, **Sto.**, “*Summa Theológica*, II-II, q.161, a1. resp.

(22) *op. ant.*, II-II,q.162, a. 1, ad 2.

(23) ver en éste mismo trabajo, capítulo V. N. del A.

(24) “*Declaración sobre la investigación biomédica*”, de la Asoc.Médica mundial, Hel-sinsky, 1964.n1-7.

(25) **TOMÁS de AQUINO**,s. “*Summa Theológica*”, II-II, q.166, a. 1, corp.

(26) **BLANCHARD,Pierre**. “*Studiosité et Curiosité*”, en *Revue Thomiste*,n 5, (1953)p.552.

(27)El citado artículo de Blanchard, es de los pocos que tratan específicamente estas cuestiones de la S.Th., y que utilizaremos en éste trabajo como referente.Tambien señalamos de Sertillanges, “*La Vie intellectuelle.*” N del A.

(28) **BLANCHARD,Pierre**, *op. cit.*, p. 553.

- (29) **TOMÁS de AQUINO, S.Th**, q.166, a. 2, ad tertium.
- (30) **MONDIN,B**; *ìDizionario enciclopédico del pensiero di Santo Tommaso d' Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1991, vocablo **STUDIOSITA**.
- (31) No necesariamente de acuerdo a la razón .N del A.
- (32) **BLANCHARD,P.**, *op.cit.*, pag.553.
- (33) *op. ant.*, pag.554.
- (34) **OSUNA - FERNANDEZ LARGO**, *op.cit.* pag.556, nota a.
- (35) ver en éste mismo trabajo pag. 14, parágrafo IV.
- (36) **TOMÁS de AQUINO, S.Th**. II-II, q.167, a. 1, corp.
- (37) **TOMÁS de AQUINO, s.** S.Th. II-II, q.167, a. 1 ., corp. "El conocimiento de la verdad es esencialmente bueno".
- (38) *op. ant* II-II, q.167, a 1, corp.
- (39) **BERNARDO de CLARAVAL,san.** "*Obras Completas de s.Bernardo*", B.A.C.,Madrid. 1961, t V, pag. 519. *ìSermon sobre el Cantar de los Cantares* n. XXXVI.
- (40) **MARTINEZ,R.**, "*La natura fallibile della conoscenza scientifica*", en "*La verità scientifica*", ed.Armando,Roma,1995, pp.73 a 97.
- (41) **TOMÁS de AQUINO,santo**, *op. cit.*, q.167, a.1, corp.: "En primer lugar, en cuanto que por el estudio menosútil se retraen del estudio que les es necesario."
- (42) No hacemos referencia aquí de la ciencia infusa.N del A.
- (43) **TOMÁS de AQUINO, santo**, *op. cit.* q 167, a.1, corp. "En tercer lugar, deseando conocer la verdad sobre las creaturas sin ordenarlo a su debido fin, es decir, al conocimiento de Dios".
- (44) **KANT,E**, "*Crítica della ragione pratica*", trad. de Capra,F., Bari, 1924,3ra ed.,parte I, cap II,pag 148 .Para el tema de la finalidad en la filosofía kantiana aconsejo profundizar en la obra de éste autor *ìLa crítica del giudizio*, trad. de Gargiulo, A., Bari, s/a..N. del A

(45) **BERNARDO de CLARAVAI ,san,**“*Sermon sobre el Cantar de los Cantares*”n XXXVI. en “*Obras completas de san Bernardo de Claraval*”, B.A.C., Madrid, 1961, t.V, pag. 521.

(46) **JONAS,H.** “*El principio de responsabilidad*” Herder, Barcelona, 1995, pag.59



LA HIPOTECA CAMBIARIA Y DE TÍTULOS-VALORES.

por Joaquín Rams Albesa

En España para subrayar que un argumento, raciocinio e incluso un objeto físico está anticuado o, como decimos ahora, obsoleto, decimos que “es de cuando no había tren (ferrocarril)”, la expresión, como frase hecha que es, no tiene valor literal, como bien se pueden imaginar, pero sí tiene un gran valor simbólico, sobre todo en materia de Derecho. La construcción de las principales líneas ferroviarias en la segunda mitad del S. XIX y primeros años del presente requirieron, además del imprescindible soporte técnico e industrial, base de la incipiente industria pesada española de aquella época, un desarrollo jurídico de primera magnitud.

La construcción de la red ferroviaria es la causa de la redacción y promulgación de normas tan importantes como la ley de Aguas, la ley de Expropiación forzosa, la de vías pecuarias, y, a los efectos que ahora nos interesan, está en la base misma de la comprensión, también de la incompreensión y discusión, de la hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones, constituyendo la hipótesis racional sobre la que se construyen los arts. 154 a 156 de nuestra Ley Hipotecaria. Esta, y no otra, es la causa de que entre los juristas españoles no haya sido históricamente pacífica la discusión de la hipoteca en garantía de títulos valores o de letras de cambio, precisamente su visión de estar al servicio de gigantescas operaciones de inversión, y no al potencial servicio de la seguridad de una o varias operaciones de créditos ordinarias, de cuantía asumible por personas físicas o pequeñas y medianas empresas. Es decir, el primer problema ha residido en el objeto.

El segundo escollo, que derivará en problema técnico, se puede encontrar en lo exiguo del desarrollo normativo de la regulación de estas hipotecas. Sólo tres preceptos, en el contexto de una misma ley que bebe en otras fuentes y, lo que es más importante, en otra concepción distinta del crédito y de la hipoteca, no son suficientes para encauzar una discusión teórica.

Esta -la discusión teórica, cada vez más razonable, pero todavía viva- se alimenta, a mi modo de ver, artificialmente de problemas que no están en lo que discutimos, sino en el modo en que históricamente, de nuevo, hemos

abordado la discusión y desgraciadamente la legislación.

Me explico; de una parte, la hipoteca -como concepto y como objeto de estudio- ha estado bajo la óptica que es propia de los civilistas, ligada a operaciones de crédito territorial no sometidas a un intenso tráfico y, por si fuera poco, a un tráfico exquisitamente reglado bajo las formalidades de la práctica notarial y en el reino absoluto de la escritura pública con partes intervinientes perfectamente determinadas; de otra, los títulos valores y la letra de cambio se han presentado y desarrollado, casi en exclusiva, bajo una disciplina y visión comercialista; además, el tratamiento sistemático de los títulos valores ha sido errático y escaso y el de la letra de cambio tradicionalmente causalista durante más de dos siglos, hasta la relativamente reciente ley cambiaria de 1985. Por lo expuesto puede entenderse que la combinación de ambas instituciones en un único planteamiento combinado y autónomo es prácticamente imposible, buena prueba de ello es que la acumulación de estudios del problema sólo superó el estrecho mareo de los libros generales y de texto con ocasión de una Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado, la de 26 de octubre de 1973 por la que se denegaba la inscripción de una hipoteca cambiaria constituida bajo la disciplina de los arts. 154 y siguientes de la ley Hipotecaria y para la que el Centro directivo entendía que sólo podía aplicarse la disciplina de la hipoteca de máximo prevista específicamente en el art. 153 de la misma ley; desde ese preciso momento se asiste, primero, a un torrente de críticas, muchas de ellas muy interesantes, y segundo, a variados estudios constructivos, como el lógico, de calidad irregular, con predominio de los de intrínseco valor, que han ido decantando la opinión científica en favor de la especificidad del fenómeno y su admisión creciente dentro del marco de los repetidamente citados arts. 154 y siguientes de la ley Hipotecaria; por desgracia se ha desaprovechado la ocasión de la profunda reforma de la disciplina cambiaria de 1985 por extenderla a la hipotecaria y a su expresión registral, que hubiera servido para lograr una unificación de los criterios básicos, como mínimo.

Se puede afirmar hoy, con bastante rotundidad que no hay problema en la admisibilidad generalizada de la hipoteca en garantía de una emisión de títulos-valores o de letras de cambio, pero no se puede negar que seguimos teniendo ciertos escollos que me voy a limitar aquí a dejar apuntados, porque se generan y debaten en terreno distinto de la cuestión que ahora nos ocupa,

aunque proyectan sobre él más sombras que luces.

El primero de estos obstáculos se genera con el reverdecimiento de la cuestión de si la hipoteca se debe situar en exclusiva en el territorio de la accesoriedad (con su nota de posición vicaria de otro derecho), como derecho de garantía del crédito, o en otro correspondiente a un derecho real sustantivo, en el que el crédito discurre, en todo caso, en paralelo; debo advertir que, entre los registralistas, esta posición empieza a ser dominante, en tanto que entre los civilistas se mantiene, casi sin discrepancias, la primera posición más tradicional.

El segundo, a mi juicio, es un problema bastante artificial y a la vista de la evolución doctrinal prácticamente insoluble, se genera en torno al problema de la causa y se conecta con su visión moralista, que por desgracia o por fortuna, no sé bien cuál de las dos cuadra, sigue estando omnipresente en el estudio de la teoría general de los contratos, sin que se abra paso una posición a la que podamos declarar pacífica y en el de la “causa de la hipoteca” puede, con cierta exageración de mi parte, definirse de cuestión virulenta; pues si bien es unánime la admisión de que nuestro sistema es “causalista”, no lo es si la causa debe predicarse del negocio, con un valor general y emblemático, del contrato, en particular y con valor de tipo, con la especificidad de la obligación que nace del convenio, o referida en exclusiva a la atribución que se deriva del cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación. Mi posición personal en este punto no serviría de gran cosa para la acotación del problema institucional que nos ocupa.

El tercero de los escollos es de orden menor y puramente académico, no sólo no hay una vocación para la construcción de una teoría unificadora de los aspectos civiles y mercantiles de la disciplina contractual, lo que, a mi modo de ver no es ni bueno ni malo, es una cuestión de hecho, sino que ha dado lugar, esto es malo, a iniciativas legislativas incomunicadas entre la sección civil y la mercantil de la Comisión general de Codificación, dando lugar a un nuevo Derecho mercantil que se despega, innecesariamente, de la disciplina común; por si esto fuera poco, ha aparecido, cubriendo un vacío que era preciso llenar, pero de otra forma, un nuevo Derecho penal que hace hincapié en los problemáticos delitos económicos, con consecuencias impredecibles en el futuro, pero que en el planteamiento actual apuntan hacia objetivos técnicamente desestabilizadores.

Este es a grandes rasgos el planteamiento del problema general.

*Cuestiones singulares que surgen en torno
a la construcción de la hipoteca cambiaria y de títulos-valores.*

Con carácter previo resulta necesario subrayar que el tipo de obligación garantizada acaba por formar un cuerpo tan compacto con la hipoteca que deviene único, por lo que se puede afirmar que se trata de hipotecas especiales, que presentan, en cada caso, perfiles distintos, si bien desde el punto de vista fenomenológico, pueden tratarse conjuntamente las cuestiones que deben obligadamente estudiarse.

Una cuestión básica e importante es la del examen causal o abstracto de los títulos que sirven a su vez de causa a la hipoteca. A este respecto, en el Derecho español, se nos ofrecen soluciones dispares según se trate de una emisión de obligaciones hipotecarias o de garantizar cambiales con hipoteca; para las primeras, o sea las obligaciones hipotecarias se exige, en razón de la causa, que los titulares de las obligaciones hayan hecho la oportuna provisión de fondos o fueren acreedores ya antes de la emisión de las mismas (STS 14 noviembre 1991), en tanto que para la hipoteca cambiaria resultaría imposible la exigencia de este requisito (igualmente, para el pagaré o el cheque) después de haberse declarado la abstracción de la causa en la vigente ley de 1985. Por supuesto, una vez puestas en el tráfico las obligaciones hipotecarias, a los tenedores de buena fe (la sentencia añade la adquisición a título oneroso) no se les puede oponer la falta inicial de provisión de fondos o la ausencia e incluso la falsedad de la causa.

Este tratamiento diferencial, literalmente apegado a una de las lecturas más exigentemente causalistas de las normas generales de los contratos, cada vez me parece menos realista y, a su vez y por el contrario, más peligroso para el tráfico, es fruto y consecuencia de las deficiencias y pobreza de la doctrina de los títulos-valores. Me parece evidente que, fuera del tráfico financiero, los títulos-valores carecen de significado propio, no son cosas y menos pueden servir, en virtud de su vestidura formal, para hacer existir aquello que no existe, pero esto no es así por razón de la causa (que desgraciadamente sirve de atajo racional para vestir lo que se intuye pero no se conoce), sino en razón del fraude cuando exista y cumplidamente se pruebe (entre nosotros hay excesivas presunciones de fraude). Parece claro que el Comisario -figura

necesaria para la emisión de obligaciones por parte de las sociedades- no es parte en el contrato de emisión, ni realiza provisión alguna de fondos, ni representa a acreedores anteriores, con el criterio causal de la Sentencia antes aludida habría que afirmar que el contrato de emisión debía ser nulo, sin embargo la nueva ley de Anónimas consagra la figura.

Los títulos-valores, en mi criterio, deberían tener un único tratamiento y obedecer a unas mismas reglas formales y materiales, entre ellas la de la abstracción de la causa tanto en su creación cuanto en su transmisión, de lo contrario es posible exigir la onerosidad en un título emitido a la orden y ser esto imposible en un título emitido al portador. Sé que esta posición es francamente minoritaria, pues el acausalismo es una suerte de herejía para las escuelas dominantes, que sin embargo resulta incontestable e incontestada cuando se desarrolla y desenvuelve en el ámbito mercantil. ¿Por qué? Creo sinceramente que nadie lo sabe o, acaso, nadie quiere saberlo.

Otra cuestión no menos problemática es la que se relaciona con la unidad o pluralidad de los créditos, es decir, si la hipoteca garantiza a la totalidad de los efectos emitidos entendiéndose todos ellos sindicados en la ejecución hipotecaria o si la hipoteca única garantiza cada título emitido por lo que un único tenedor puede provocar la ejecución cuando para su titular proceda.

De nuevo la solución española es plural, de una parte la ley de sociedades anónimas (artículo. 305) y por extensión la de responsabilidad limitada imponen la sindicación de los obligacionistas y los efectos de la ejecución se extienden, obviamente, a la minoría e incluso a los titulares o tenedores de obligaciones que no hayan concurrido; de otra, para todos los demás supuestos, se entiende que cada tenedor es titular de una situación singular e individualizada. Si bien, por extensión de las reglas propias de la comunidad, puede gestionar la defensa de los intereses comunes (en este sentido se pronuncia la Resolución de 5 noviembre 1990).

En este punto parece conveniente mantener la posibilidad del doble criterio, ya que el segundo tiene que entenderse como criterio mínimo en su ausencia de norma específica para un tipo de emisión y clase de título-valor o en defecto de pacto específico en la escritura de constitución de la hipoteca o del negocio mixto de emisión-constitución.

La indeterminación posible de los distintos titulares o tenedores de títulos-valores parece invitar a la solución de la sindicación preconizada por las tesis comercialistas, que se han convertido en norma particular; pero lo que es cierto para la financiación en masa resulta desproporcionado para financiaciones más modestas en las que los intereses protegidos de los singulares acreedores parciarios no tienen por qué traducirse en el interés propio del inversionista de capital que es el que se contempla en la financiación de las grandes corporaciones.

Interrelacionada con las cuestiones anteriores y con el dogma de la unidad e indivisibilidad de la hipoteca se planea el de si la ejecución hipotecaria ejercitada por uno de los acreedores presupone la extinción de la misma y el vencimiento de todos los créditos garantizados.

Esta es la solución que imponía el artículo 1517 de la ley de Enjuiciamiento civil, siguiendo la posición de una buena parte de la doctrina formada en el pensamiento de la Escuela de la Exégesis, previendo que el importe de la venta de la finca se tenía que prorratear entre los títulos emitidos.

Ahora bien, no era éste el criterio del artículo 155 de la ley hipotecaria que con mejor criterio lógico, no así procesal, dependiza a cada tenedor de títulos-valores, de forma y manera que el adquirente de la finca deviene en deudor hipotecario por los títulos no ejecutados; lo que desde la perspectiva procesal equivale, como afirma Canals (Hipoteca en garantía de títulos al portador; Madrid 1993, Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria, Colegio de Registradores de la Propiedad), a que el tenedor de cada título puede, en teoría, provocar una ejecución hipotecaria individual, sin que se haya previsto ni tan siquiera la acumulación de ejecuciones. Parece claro que este requisito mínimo se debía haber subsanado ya.

Ambas posiciones en el terreno legal han quedado reducidas a la última, puesto que la reforma procesal de 30 abril 1992 ha dejado sin contenido al artículo 1517 de la ley de Enjuiciamiento, pero ninguna de las dos era operativa y consecuente con el fenómeno que nos ocupa. De una parte, la posición sustentada por el ya histórico artículo 1517, además de resolver correctamente el problema procesal, era enteramente coherente para el supuesto de una única emisión de títulos de igual clase y vencimiento simultáneo y único; de otra, el artículo 155 de la ley hipotecaria resuelve el

de una emisión de títulos de vencimiento sucesivo o de distinta clase.

La viabilidad de la solución normativa pasa por la superposición de ambos criterios; es decir, el de ejecución única con efectos para todos los títulos que sean homogéneos en el tipo, clase y vencimiento y el de independencia de ejecución y subsistencia de la garantía hipotecaria con subrogación en la posición de deudor del adquirente de la finca hipotecada en los supuestos de vencimiento sucesivo, de emisiones de distintos tipos y clases de títulos en las situaciones mixtas de unos y otros.

Examen de la hipoteca que se construye

Técnicamente ambas hipotecas son bastante distintas, pero no tanto como para que su especialidad afecte a eso que llamamos un tanto indolentemente y por costumbre “naturaleza jurídica”. Examinemos someramente su estructura:

A) El hipotecante suele ser el deudor, que también acostumbra a ser el librador aceptante o el emisor de las obligaciones. Ahora bien, nada se opone a que el hipotecante sea un no deudor (Res. 20 septiembre 1989).

B) El acreedor hipotecario es inicialmente el tomador y después quien sea tenedor de la cambial o titular de los correspondientes títulos-valores, pues estas hipotecas se constituyen en favor de ellos (Res. 26 octubre 1973).

C) En nuestra legislación no se admite la hipoteca cambiaria a la propia orden ni la de títulos valores que no estén en manos de un tercero, por ser manifestaciones de la hipoteca de propietario figura que no se acepta en nuestro Ordenamiento, por el momento (R. 22 marzo 1988).

D) Está dividida la doctrina en la admisión o rechazo de la hipoteca unilateral, la D.G.R.N. en su R. de 22 de marzo de 1988, citada, la rechaza para la hipoteca cambiaria sin tener en cuenta la analogía que puso de manifiesto la R. de 26 octubre 1973, y en esta última la hipoteca unilateral está admitida (art. 154 LH).

E) No hay especialidad alguna en cuanto a los bienes que pueden ser hipotecados, aquí se aplican las normas generales según éstos sean

inmuebles (supuesto ordinario) o muebles (supuesto especial).

F) En cuanto al crédito asegurado al estar éste incorporado a un título es imprescindible que el mismo quede perfectamente reseñado en la escritura y en la correspondiente inscripción registral y que el título sea perfecto. Aquí las variantes materiales de los títulos son las que, de forma principal, aportan la variación a que constantemente vengo haciendo referencia, con el no pequeño inconveniente de que los arts. 154 y siguientes de la Ley Hipotecaria están pensados y redactados para la emisión en masa de títulos obligacionales al portador, con las dudas, imprecisiones y, sobre todo, subjetivismo que introduce en la vida jurídica la aplicación de normas por la vía de la analogía, cuando en tales normas los aspectos formales constituyen elementos claves para el aporte de seguridad en el tráfico. Esta es la motivación de las tensiones doctrinales que afloraron tras la adopción de la Resolución de 26 octubre 1973, cuyos ecos, ciertamente amortiguados, se dejan sentir hoy todavía en la doctrina y la jurisprudencia españolas.

Los problemas de la letra incompleta, de la letra en blanco y los generados por la emisión de obligaciones al portador por personas físicas siguen dando lugar a polémicas, más o menos animadas según el momento, en las que es difícil adoptar una posición neutral suficientemente operativa, tanto por el fragmentario tratamiento legislativo de la disciplina de los títulos valores en el ordenamiento español, cuanto por la neta insuficiencia de las normas registrales que además al ser interpretadas según la pauta de los denominados principios registrales o hipotecarios, entre ellos el de especialidad, presentan un sinnúmero de inconvenientes muchos de ellos de difícil, cuando no imposible solución, mucho más de generalización a todos los supuestos que aporta la práctica ordinaria.

G) La extensión de la garantía hipotecaria alcanza como es lógico al capital nominal. Para los intereses hay que distinguir: los ordinarios o remuneratorios se pueden asegurar con la hipoteca siempre y cuando se trate de un título pagadero a la vista o en un determinado plazo desde la vista; estén previstos tales intereses, dando razón el título de los mismos y de la fecha del cómputo; por ello y por el momento no se admiten los intereses variables y los intereses moratorios no son de establecimiento libre, hay que estar a los legalmente ordenados (Resolución de 20 mayo 1987). Para los gastos y costas se estará a lo previsto en la escritura de constitución de la

hipoteca, conforme a las reglas generales.

H) La escritura pública no manifiesta más especialidad que las derivadas de las circunstancias de identificación, aunque suelen contener pactos especiales en cuyo examen no puedo descender ahora por razones obvias dada su multiplicidad.

I) La inscripción es naturalmente constitutiva y se tiene que hacer en favor de los tenedores presentes y futuros de los títulos emitidos. La inscripción tiene que reflejarse con nota que dé razón del asiento registral tanto en la escritura como en los títulos emitidos para evitar la necesidad de consultar el registro y, en su caso, la necesidad de anotar cada tenencia en el registro. La práctica y la normativa parcial (ley cambiaria) se han echo eco, en cierto modo, de la previsión que tomó el legislador italiano de 1942 en la adopción de los arts. 2831 y siguientes de su Código civil que evita tales trámites de identificación del titular actual del derecho de crédito.

J) En cuanto a la distribución de la responsabilidad por los distintos títulos o cambiales emitidos ya me he pronunciado, baste decir aquí que es un problema que obliga a mantener la diferenciación, no muy racional por cierto, de los distintos tipos de hipotecas especiales de garantía en razón de la cualificación y naturaleza de cada clase de título-valor con los graves inconvenientes que para la seguridad y generalidad del tráfico financiero ello comporta.

K) El pacto que prevé el pago anticipado de las cambiales o de las obligaciones, bastante frecuentes, no puede tener acceso al registro toda vez que no puede afectar a los terceros tenedores de los títulos verdaderos protegidos por la constitución de la hipoteca; no obstante, no hay nada que objetar en su contra entre las partes suscriptoras de la escritura de hipoteca; lo cual significa que en la intención de las partes constituyentes estaba presente la voluntad de no someter los títulos al tráfico y para este concreto supuesto no ha sido pensada la institución que nos ocupa.

L) La renovación de los títulos presenta fuertes dificultades en orden a la identidad del crédito y debe considerarse como una novación extintiva del crédito anterior por nacimiento de otro nuevo, téngase en cuenta que el crédito está incorporado al título material, por lo que dará lugar, si se produce

tal renovación, a una nueva escritura y a otra hipoteca diferente de la anterior que tendrá, en nuestro sistema, el rango que le corresponda y ocupará el lugar que su nuevo asiento determine. La doctrina de la renovación sólo es útil para los sistemas que admiten la reserva de rango y de posición.

M) Para la ejecución se requiere la presentación de la certificación registral de vigencia de la hipoteca y el acta o testimonio que evidencien el impago o incumplimiento de la obligación asegurada conforme a las reglas de tráfico de cada clase de títulos valores.

N) La cancelación de la hipoteca debería exigir las formalidades escriturarias que se exigen para la hipoteca ordinaria, pero salvo el supuesto del art. 156, que por cierto la exige con constancia de la inutilización de los títulos, no tenemos una regulación específica y clara lo que abre numerosos interrogantes sobre pérdida, sustracción, deterioro y destrucción de los títulos, con la incidencia de si estos hechos anómalos para el tráfico pero no en la práctica se producen antes o después de su pago; para todos ellos la doctrina española prevé la intervención judicial declarativa de extinción de la obligación .

De ordinario se requerirá para la cancelación la escritura pública o el acta notarial que acredite que los títulos o cambiales emitidos estén en poder del emisor y han sido debidamente inutilizados.

Reflexión

No estoy nada convencido respecto de que el actual capitalismo financiero que gozamos o padecemos, ni siquiera se ponen de acuerdo en este punto los más eminentes economistas, ¿cómo podría opinar un jurista al respecto?, pueda ser considerado como dato suficiente y causa eficiente de una profunda revisión de la legislación hipotecaria española.

Ahora bien, no me cabe la menor duda de que la hipoteca no puede mantenerse por más tiempo como una institución que opera, casi en exclusiva, para la financiación de las inversiones de las familias y de las personas físicas; es decir, los sujetos ordinarios del Derecho civil usual.

Esta posición que nos ha llevado a poner múltiples inconvenientes para la

admisión histórica de la hipoteca cambiaria y para la actual vivencia de una sugerente, pero poco práctica, improvisación interpretativa continuada, debe tener en cuenta que históricamente la hipoteca nace para garantizar el tráfico mercantil, no el civil, y que el elemento imperante del crecimiento de las economías personales, societarias y aun nacionales no viene configurado por la riqueza actual, sino por la solvencia y la seguridad del cobro de aquellos que nos prestan capitales o difieren sus créditos a fecha futura.

La mercantilización del Derecho de obligaciones y, en su consecuencia, el de los derechos reales de garantía, que todavía se ve y se predica como un mal intrínseco para el *corpus* de nuestro Derecho civil carece a mi juicio de fundamento, porque el pensamiento moral en el que se funda tal crítica no es otro que el ver el comercio como una práctica siempre asimilable a la usura; lo que se defendía con tales ideas no era otra cosa que el inmovilismo de la sociedad feudal, de esencia desigualadora de los sujetos, y algo queda todavía de ese pensamiento inmovilista.

Lo anterior no quiere decir, ni mucho menos, que el ordenamiento deba plegarse incondicionalmente a lo que se nos presenta, en cada caso y circunstancia, como necesidades del tráfico, conveniencias de la inversión, o presupuestos necesarios del proceso. La seguridad del tráfico no tiene por qué confundirse y reducirse a las conveniencias de la seguridad de los inversores, aunque no se puede negar que hemos vivido y propiciado una poco práctica inflación del principio general del "favor debitorio" sacándolo de su natural contexto. La seguridad del tráfico es vital para el desarrollo sostenido de las economías, con independencia de cual sea su escala, pero implica, como mínimo, certeza en la interrelación e integración de los derechos y de los deberes; la práctica de un sano y realista formalismo en la creación de los derechos subjetivos de crédito; y, más que probablemente, del mantenimiento del "*numerus clausus*" en la creación de derechos reales, específicamente, de los de garantía, pues la seguridad del prestamista no puede construirse, a medio plazo, sobre la inseguridad de los prestatarios, por la sencilla razón de que éstos son más que aquéllos y la salud económica de los primeros depende exclusivamente del cumplimiento generalizado de las obligaciones contraídas por los segundos.

Las nuevas proyecciones del capitalismo internacional obligan, se quiera o no, pensar y llevar a cabo una reforma profunda de la disciplina de las

hipotecas, mal llamadas especiales, de la de los títulos-valores y de la que interrelaciona una y otra institución; de esto no hay duda, la perplejidad aflora en el cómo. Por mi parte no tengo demasiadas dudas sobre la necesidad de poner un límite claro a las crecientes exigencias de los prestamistas y sus organizaciones, pero no basadas, como hasta ahora, en presentar una defensa exagerada de un ordenamiento que no prevé tales movimientos de capital, sino en la adopción de uno que tenga en cuenta los distintos intereses en juego.

Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
EN LAS RELACIONES MERCOSUR - UNIÓN EUROPEA- NAFTA.

por Siegbert Rippe

Sumario: 1. Introducción. 2. El caso Unión Europea. 3. El caso Nafta. 4. El caso Mercosur. 5. Las relaciones entre los bloques. 6. A modo de conclusión.

1. Introducción

Asistimos en los últimos años a la producción de fenómenos político-jurídicos, socio- económicos y culturales, tanto a nivel mundial como en escala regional, signados por una suerte de tendencia a la uniformidad universal en la multidiversidad planetaria, conforme a la cual se plantea y ejecuta un modelo de desarrollo que, por una parte, se fundamenta y conduce a la globalización o mundialización, y por otra parte, tiene como sustento o conlleva a la integración *intra e inter* bloques.

Sea que se trate o se entienda que se trata, bien de la globalización de la regionalización, en la que las regiones o subregiones geopolíticas constituyen presupuestos preexistentes y condicionantes de la globalización, o bien de la regionalización de la globalización, en la que el objetivo o estrategia de la globalización consiste en la conformación de regiones o subregiones que luego se vinculan entre sí a los efectos de su logro, son fenómenos de marcado perfil económico: los mercados interiores de las naciones son normalmente insuficientes para absorber los bienes y servicios que en ellos se producen o prestan, a la vez que tampoco son necesariamente autosuficientes o no tienen posibilidades efectivas en todos los rubros del quehacer económico, sea por excesiva o insuficiente demanda interna, sea por razones humanas, materiales, financieras, tecnológicas, que se traducen en ventajas o desventajas comparativas, según sus singulares circunstancias.

La apertura e integración de los mercados mundiales y/o regionales se constituyen en las obvias respuestas actuales de la economía, como mecanismos o instrumentos estructural o coyunturalmente idóneos para ampliar la demanda y adaptarla a la oferta creciente y diversificada de bienes y servicios; a la vez que la oferta, en una economía abierta a las leyes y reglas de un mercado caracterizado por la libre competencia entre productos y

servicios, sean nacionales o extranjeros, se adapta y moviliza en el mercado ampliado, en procura de mejores condiciones de competitividad productiva, industrial, comercial, de servicios.

La apertura e integración de los mercados nacionales, regionales y mundiales supone, por su parte, eliminar o abatir en mayor o menor grado las trabas a la libre circulación de bienes y servicios en el mercado ampliado, sean arancelarias o no arancelarias, unida, eventualmente, a la libre circulación de personas y de capitales en el mismo espacio geopolítico y económico-social. Dicha libre circulación, de alta variabilidad según la amplitud y profundidad de la apertura e integración, vincula sujetos, personas físicas o jurídicas, ofertantes (empresarios) y demandantes (consumidores) de esos bienes y servicios, potencialmente radicados en países diferentes; vínculos también potencialmente conflictivos, conflictos que deben ser resueltos, judicial o extrajudicialmente, y que implican la definición de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, típicos problemas de derecho internacional privado, y cuya resolución es diversa según el marco jurídico que regula, bien las concretas formas de la apertura e integración, bien las específicas relaciones jurídicas entre partes de Estados distintos.

En la medida que existen varios y variados procesos de integración este trabajo se propone identificar algunas de sus similitudes y diferencias y su reflejo en las respectivas normativas y prácticas de solución de controversias, en el convencimiento de la dificultad y error implícitos que representan extrapolaciones de soluciones que responden a realidades jurídicas y prácticas diferentes.

Para esos efectos debemos considerar que existen diversos niveles de integración que, sin perjuicio de matices, pueden desagregarse sintéticamente de la siguiente manera, de menor a mayor nivel de intensidad: a) zona de libre comercio, un espacio en que productos o servicios originarios de un país de la zona circulan sin trabas arancelarias, y no arancelarias, en los demás países que integran la misma; b) unión aduanera, en la que los países que la conforman definen un arancel externo común, respecto de los productos o servicios provenientes de un país de la extrazona; c) mercado común, en el que circulan libremente mercancías, servicios, personas y capitales originarios de cualquier país integrante de aquél; d) unión monetaria, en la que los países miembros utilizan una moneda común; y e) comunidad

económica, que implica la coordinación del conjunto de las políticas macroeconómicas y responden en materia monetaria y cambiaria a políticas bancocentralistas comunes. Ello, sin perjuicio de mayores niveles de integración política como son las confederaciones o las federaciones.

Para los mismos efectos también debemos considerar la existencia, o no, de acuerdos relativos a la solución de controversias en el marco de los respectivos convenios de integración, conexos o afines, o en el contexto normativo, general o particular, de los Estados Parte del caso.

2. El caso Unión Europea

Tiene sus antecedentes, en primera instancia, en la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) constituida en 1951 y luego, en la Comunidad Económica Europea, cuya carta fundacional fue el Tratado de Roma de 1957, revisado en el Acta Unica Europea de 1985.

El proceso de integración europea se orientó prácticamente desde su inicio a lograr la instauración de las cuatro libertades básicas en que se sustenta un mercado común: libertad de circulación de mercancías, de servicios, de personas y de capitales en el espacio integrado; logro que se concretó en su totalidad en 1992, esto es, treinta y cinco años después de la celebración del Tratado de Roma, año en que a través del Tratado de Maastricht se resolvió la conformación de la Unión Europea, integrada actualmente por quince países, y basada en la definición y aceptación comunitarias de una política económica y de una moneda común, el Euro - moneda física, a diferencia del ECU, que es una unidad de cuenta- a hacerse efectiva, esta última, a partir de 1999, oportunidad en que se celebrará el tratado de Amsterdam, que acordará los términos subsiguientes de la integración europea.

Es para esta fecha que se espera el cumplimiento de cuatro requisitos esenciales, acordados como criterios de convergencia, por parte de cada uno de los Estados Parte de la Unión: una inflación no superior al 1.5% anual sobre el promedio de inflación de los tres países de menor inflación, una tasa de interés no superior al 2% anual sobre el promedio de las tasas de interés de los tres países de menor tasa de interés, un déficit fiscal no superior al 3% de PBI, y una deuda interna no superior al 60% del PBI; metas macroeconómicas de cumplimiento global todavía incierto y que chocan todavía con la decisión

y voluntad políticas de algunos países miembros, divididos entre los que pretenden profundizar la integración (casos de Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, entre otros) y los que se plantean congelarla o rezagarla (casos del Reino Unido y Finlandia, entre otros).

La Unión tiene tres pilares básicos: la Comunidad Económica propiamente dicha, de carácter supranacional e interinstitucional; política exterior y de seguridad común, estructura de cooperación intergubernamental; y política de asuntos internos y de justicia, de similar estructura cooperativa que la anterior.

La institucionalidad comunitaria se conforma con: a) El Consejo de Europa, órgano esencialmente político; b) La Comisión Europea (con sede en Bruselas), de carácter decisorial y ejecutivo; c) el Parlamento Europeo (con sede en Estrasburgo), de carácter deliberativo y consultivo; y d) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (con sede en Luxemburgo), cuyas resoluciones e interpretaciones son obligatorias para los Estados Parte.

El sistema comunitario europeo se caracteriza por la circunstancia de que los tratados en que se sustenta y las resoluciones y decisiones de sus órganos se imponen por sobre las Constituciones Nacionales y deben ser respetados y cumplidos por los Estados Parte y sus propios particulares, los que tienen acceso directo a la Justicia comunitaria, sin perjuicio de que su aplicación concreta corresponda a los órganos administrativos y jurisdiccionales de cada país; sistema que asegura normativa y orgánicamente la existencia de un derecho comunitario supranacional e interinstitucional de aplicación directa, obligatoria y prevalente, y que orienta y compromete las propias soluciones nacionales, de tal manera que éstas deben ser coherentes con aquél en un esquema de adecuada armonización y compatibilidad jurídicas.

Ello determina que la interpretación y aplicación del derecho, apoyada en legislaciones, prácticas administrativas y resoluciones judiciales iguales, similares o de relativa homogeneidad, sean esencialmente comunes, no obstante excepciones o singularidades nacionales, regionales o sectoriales.

3. *El caso NAFTA*

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte se celebró entre Canadá, Estados Unidos de América y México, y entró en vigencia en 1994.

Dicho acuerdo regional establece una zona de libre comercio, esto es, un espacio de libre comercio de bienes y servicios entre los tres países de la región, pero contiene también disposiciones atípicas en la especie en tanto anticipa instituciones e incluye consensos que exceden ese esquema puramente comercial de integración, en la medida que trata, además de la temática del comercio de bienes y servicios, asuntos relacionados con las compras gubernamentales, propiedad intelectual, inversiones, servicios financieros, acuerdos ambientales y laborales, entre otros, además de disposiciones relativas a la revisión y solución de controversias, generales y especiales.

El Tratado se sustenta en tres principios y define seis objetivos.

Son principios zonales: a) el trato nacional para bienes y servicios provenientes de la zona; b) el trato de la nación más favorecida para esos mismos bienes y servicios; y c) la transparencia, en cuanto práctica preventiva tendiente a evitar medidas unilaterales e inconsultas de un Estado miembro contra otro Estado parte, transparencia a asegurar mediante compromisos referidos a clara información, publicación, notificación y procedimientos administrativos referidos a leyes y actos de efectos equivalentes.

Son objetivos zonales: a) la eliminación de obstáculos al comercio y la facilitación de la circulación de bienes y servicios entre los tres países; b) la promoción de condiciones de competencia leal en la zona; c) el aumento de las oportunidades de inversión zonal; d) la protección y aseguramiento de los derechos de propiedad intelectual en la misma zona; e) la creación de procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, su administración conjunta y la solución de controversias; y f) el establecimiento de lineamientos para la cooperación trilateral, regional y multilateral para ampliar y mejorar los beneficios de ese Tratado.

Son instituciones zonales: a) la Comisión de Libre Comercio, órgano de carácter fundamentalmente político; b) el Secretariado zonal, cuyos

miembros son los tres secretariados nacionales y está adicionalmente integrado con los comités, subcomités y grupos de trabajo; y c) los propios comités, subcomités y grupos de trabajo que atienden en sus respectivos ámbitos los asuntos específicamente vinculados con la temática tratada en el referido acuerdo.

El Tratado contiene, como lo hemos anticipado disposiciones relativas a la revisión y solución de controversias, las que establecen diversos mecanismos que son, en síntesis, los siguientes: a) cualquier asunto que afecte el cumplimiento o interpretación del tratado habilita a su desencadenamiento; b) pueden ser activados contra medidas vigentes o en proyecto; c) cualquiera de los Estados Parte tiene derecho a solicitar la integración y funcionamiento de un panel arbitral; d) proceden en relación a bienes y servicios, y a derechos de propiedad intelectual; e) constituyen un recurso directo contra una eventual violación de los principios del Tratado, y en ciertos casos aun sin violación en tanto supongan su anulación o menoscabo.

El régimen de solución de controversias opera en las circunstancias y condiciones siguientes: a) en el caso de controversias relativas a prácticas desleales, las partes son los Estados miembro a requerimiento de los particulares; b) en el caso de controversias relativas a inversiones, las partes son los agentes privados y los Estados; c) en el caso de arbitrajes entre particulares, las partes son los propios agentes privados; d) en los demás casos las partes son los propios Estados.

El Tratado incluye reglas de interpretación generales, pero también de carácter particular como en el caso de las inversiones o de los servicios financieros.

Asimismo, se establece su ámbito de aplicación, tanto en sede no contenciosa, caso que se rige por principios de cooperación y conciliación, como contenciosa, que determina la integración y funcionamiento de paneles arbitrales. Dichos paneles, con preformación cuasi permanente e integrados con base en designaciones cruzadas, se componen de treinta árbitros, esto es, diez por cada país, aceptados por consenso; y sus cometidos consisten en resolver los conflictos que se presenten y sometan a su decisión.

Considera también lo relativo a la elección del foro competente, y de acuerdo

a la solución incorporada en ese texto de integración, esa elección corresponde al reclamante, que puede optar entre el GATT y el NAFTA con excepción de los asuntos ambientales, caso en que el único foro es el de este último. Tratándose de la defensa de los particulares ante la aplicación del Tratado, el reclamante tiene la opción de elegir entre la constitución de un panel arbitral o la de recurrir ante la justicia ordinaria; hecha la opción queda sujeto a la resolución que se dicta en el ámbito procesal, arbitral o judicial, que personalmente decidió en su oportunidad, la que debe acatar sin posibilidad de otro tipo de recurso.

Cabe señalar que el Tratado tiene rango de ley en México, por lo que es de rango inferior a la Constitución, en tanto en los otros países prevalece el principio de interpretación de que los tratados internacionales tienen nivel superior a la propia Constitución.

4. El caso MERCOSUR

El Tratado de Asunción de 1991 -celebrado entre la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, al que se asociarán posteriormente Chile y Bolivia, aunque en el marco de una zona de libre comercio de alcances parciales y progresivos de características singulares diversas- planteaba la creación, a partir de 1995, de un mercado común basado en la libertad de circulación de bienes y servicios, así como de los factores productivos, sin trabas arancelarias o no arancelarias, lo que incluía el establecimiento de una unión aduanera definida en función de un arancel externo común y la coordinación de las políticas macroeconómicas de los cuatro Estados Parte. Esto es, un mercado común al estilo del de la Comunidad Económica Europea.

Estos propósitos iniciales se redefinieron en sus contenidos y plazos de implementación en oportunidad de firmarse el Protocolo de Ouro Preto, en 1994; momento político en que se instituyó una zona de libre comercio incompleta y una unión aduanera imperfecta, en tanto se mantuvo temporariamente el arancelamiento para ciertos productos de la zona y aranceles diferenciales para otros provenientes de la extrazona, respectivamente, resultando igualmente diferida la coordinación de las políticas macroeconómicas nacionales.

Institucionalmente, el MERCOSUR es una persona jurídica internacional que

se integra con: a) el Consejo del Mercado Común, de carácter primordialmente político y decisorio, que actúa a través de decisiones; b) el Grupo Mercado Común, de constitución técnico-política y cometidos decisorios, que opera mediante resoluciones, del que dependen subgrupos de trabajo con cometidos de estudio y recomendación; c) la Comisión de Comercio, dependiente del Grupo Mercado Común, con funciones específicas vinculadas con aspectos comerciales, intra y extra zonales conexos y afines, que puede acordar directivas en su ámbito de competencia y establecer Comités Técnicos; d) la Comisión Parlamentaria Conjunta, órgano básicamente deliberativo; e) el Foro Consultivo Económico y Social, con igual nivel de dependencia, de integración gremial y representativa, y cometidos de estudio y recomendación; y f) la Secretaría Administrativa.

Se trata en la mayoría de los casos de órganos intergubernamentales que actúan por consenso y en consecuencia, no supranacionales.

De acuerdo con el Protocolo de Ouro Preto son fuentes jurídicas del MERCOSUR: a) el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales y complementarios; b) los acuerdos celebrados en el ámbito del tratado y sus protocolos; y c) las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Conforme a dicho tratado esos órganos tienen capacidad decisoria de carácter gubernamental, por lo que las normas emanadas de los mismos tienen carácter obligatorio, pero deberán en su caso ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales de acuerdo a los procedimientos previstos en sus legislaciones respectivas; para lo cual los Estados Parte están comprometidos a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas dictadas por esos órganos.

En la temática que importa en la ocasión interesa destacar algunos protocolos que tienden a constituir una suerte de normativa comunitaria, a la vez que atienden o impactan en el derecho internacional privado de la región, entre ellos:

a) El Protocolo de Brasilia sobre Solución de Controversias

El referido protocolo se acordó inicialmente al amparo del Tratado de Asunción y de su Anexo III, que estableció el compromiso de los países del MERCOSUR de adoptar un sistema de Solución de Controversias a regir durante el período de transición, esto es, desde 1991 a 1994. No obstante, el Protocolo de Ouro Preto prorrogó la vigencia del Protocolo de Brasilia, que regirá hasta el momento en que culmine el proceso de convergencia de la tarifa externa común, previsto en principio para el año 2006, momento en que debería entrar en vigencia un procedimiento permanente de solución de controversias, por lo cual éste debería ser elaborado y aprobado antes de ese mismo año.

Inicialmente, el Protocolo de Brasilia resultaba aplicable en casos de interpretación o de aplicación o no cumplimiento de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en su ámbito, y de las decisiones del Consejo del Mercado Común y/o resoluciones del Grupo Mercado Común. El Protocolo de Ouro Preto amplió el ámbito de aplicación del Protocolo de Brasilia y extendió su sistema de solución de controversias a las directivas de la Comisión de Comercio, sin perjuicio de que se convino en la oportunidad un Procedimiento General sustanciar las reclamaciones para ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

El Protocolo de Brasilia se refiere esencialmente a las controversias que se susciten entre los Estados Parte a la vez que se incluye un capítulo relativo a las reclamaciones de los particulares de un Estado Parte contra actos de otro Estado Parte violatorios del sistema jurídico del MERCOSUR, el que se caracteriza por la circunstancia de que esas reclamaciones deberán presentarse ante la Sección Nacional del Estado Parte en que el reclamante tiene su domicilio habitual o la sede de sus negocios; y salvo que dicha Sección Nacional, previo acuerdo con el reclamante, busque contactos directos con la Sección Nacional del Estado Parte contra quien se efectúa la reclamación y se encuentre, mediante consultas, una solución inmediata a la reclamación planteada, la cuestión debe ser elevada a la consideración del Grupo Mercado Común. La viabilidad de la sustanciación y solución del caso dependerá de este último, quien puede rechazarlo liminarmente o desencadenar un procedimiento administrativo, con intervención de especialistas, que puede culminar en el acogimiento o el rechazo de la reclamación; a la vez que en caso de acogimiento e incumplimiento del Estado Parte reclamado, la reclamación podrá procesarse en el marco de un

procedimiento arbitral, a pedido de cualquier otro Estado Parte que haya requerido oportunamente a aquél, sin éxito, la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas.

Las controversias *intra* Estados Parte pueden resolverse, bien mediante negociaciones directas, bien a través de la intervención del Grupo Mercado Común en la hipótesis de fracaso de aquéllas, bien por vía de un procedimiento arbitral en la circunstancia de que esa intervención tampoco haya tenido resultados exitosos.

b) El Protocolo de las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.

Este Protocolo establece un sistema de cooperación jurisdiccional en las materias indicadas en su propia denominación y alcanza también el reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal.

Dicha colaboración se efectúa a través de organismos especializados en cooperación jurídica internacional, que se denominan Autoridades Centrales y funcionan en la órbita nacional de cada uno de los Estados Parte. Estos organismos se comunican directamente entre ellos y dan intervención a las autoridades nacionales competentes, conforme a las circunstancias.

La cooperación puede consistir, entre otros, en mero trámite y probatorio, como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones, diligenciamiento de pruebas, que deben instrumentarse por medio de exhortos, que deben provenir y ser dirigidos de y hacia órganos jurisdiccionales; exhortos que deben cumplir requisitos formales, destinados a asegurar la autenticación del mismo y la correcta comprensión de rogatorias en idioma extranjero, y a facilitar su cumplimiento, así como requisitos procesales y sustanciales diversos.

En materia de diligenciamiento, el Protocolo se inclina a admitir -sin perjuicio de la solución básica y tradicional en cuanto a la observancia de los procedimientos propios del Estado requerido-, procedimientos especiales a pedido del tribunal del país de origen en tanto no violenten el orden público internacional del país de destino; establece que el diligenciamiento puede

procesarse de oficio, la gratuidad relativa de la tramitación y la posibilidad de aplicar medios coercitivos; la opción de presencia de la parte o de la autoridad del país de origen, la necesidad de comunicar el cumplimiento del exhorto, y la autonomía de los actos de cooperación de mero trámite y prueba.

Se establece asimismo la eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales, para lo cual los mismos también deben ajustarse a ciertos requisitos formales, procesales y sustanciales. Los formales tienen relación con el cumplimiento de las formalidades externas del país de origen y de la traducción al idioma del país de destino. Los procesales, con la jurisdicción internacional de la sede que ha dictado la sentencia, cumplimiento del debido proceso en el juicio del país de origen, e inexistencia de cosa juzgada o de litispendencia con prevención en el Estado Parte en el que se demanda el reconocimiento del fallo judicial o arbitral. Las sustanciales, con la circunstancia de que dicho fallo no afecte el orden público internacional del país de destino. En esta materia el Protocolo también regula el procedimiento para el reconocimiento declarativo o constitutivo, y/o ejecución de la sentencia extranjera.

Por otra parte se legisla sobre el procedimiento para informar el derecho existente en un Estado Parte a los tribunales de otro Estado Parte, se asegura el principio de igualdad en el trato procesal, se reconoce la eficacia de los instrumentos públicos provenientes de un Estado Parte, a solicitud de otro Estado Parte.

El cumplimiento de los términos del Protocolo no está sujeto a reciprocidad.

c) El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.

Este protocolo se aplica a la Jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial, con excepciones diversas (en materia concursal, de familia, sucesoria, contratos de seguridad social, administrativos, laborales, de consumo, transporte y seguro, derechos reales), celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas, cuando las partes tienen domicilio o sede social en diferentes Estados miembro o por lo menos una de ellas lo tenga, y en este último caso se haya hecho una elección de foro a favor de un juez de un Estado miembro y exista una conexión

razonable conforme a las normas de jurisdicción del propio protocolo.

La elección del foro puede acordarse en cualquier momento (en el contrato, durante su vigencia, o surgido el conflicto), a la vez que se entiende prorrogada en favor del Estado Parte en el que se promovió la acción siempre que el demandado la admita en forma voluntaria y positiva, esto es, no ficta. El acuerdo no puede ser abusivo y se admite la prórroga a favor de tribunales arbitrales.

En caso de falta de acuerdo el demandante puede elegir entre los jueces de o del: lugar del cumplimiento del contrato, domicilio del demandado, o su domicilio o sede social cuando demuestre que cumplió con la prestación por él debida; aunque en la hipótesis de conflicto entre socios es competente el juez del lugar de la sede principal de la administración social.

El lugar del cumplimiento del contrato es el Estado Parte donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda.

El domicilio del demandado, persona física, es su residencia habitual, subsidiariamente, el centro principal de sus negocios, y en caso de ausencia de estas circunstancias, el lugar de su simple residencia; el domicilio del demandado, persona jurídica, es la sede principal de la administración, sin perjuicio de que : i) en el caso de operaciones realizadas por sucursales, establecimientos o agencias, puede demandarse en el lugar donde ellos operan; y ii) en caso de contratos celebrados en otro Estado Parte, pueden ser demandados ante los jueces de éste, aunque su sede se localice en otro Estado Parte.

En el supuesto de varios demandados, la jurisdicción corresponderá al Estado Parte del domicilio de cualquiera de ellos.

Las controversias entre Estados Parte relativas a la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones de esta Protocolo se resuelven, bien mediante negociaciones diplomáticas directas, bien, en caso de desacuerdo total o parcial, por el Sistema de Solución de Controversias del Tratado de Asunción, en definitiva, por el sistema instituido por el Protocolo de Brasilia, con las modificaciones introducidas por el Protocolo de Ouro Preto.

Interesa señalar, por una parte, que la jurisdicción internacional regulada en el Protocolo de Las Leñas (ver *supra*) se rige también por el Protocolo de Buenos Aires, y por otra parte, el mayor grado de aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, en la especie.

5. Las relaciones entre los bloques

a) MERCOSUR - Unión Europea.

En diciembre de 1995 se firmó entre los bloques económicos del caso un Acuerdo-Marco Interregional de Cooperación Económica y Comercial que contiene las bases convenidas entre los mismos para avanzar en el establecimiento de una zona de libre comercio común, en los diez años subsiguientes; a cuyos efectos se instituye un Consejo de Cooperación responsable del seguimiento del desenvolvimiento de la asociación creada entre las partes, las que están comprometidas a mantener un diálogo político regular en ese contexto convencional.

Esas bases se orientan en lo principal a asegurar el respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos, respeto que se constituye en una condición indispensable de la vigencia del Acuerdo-Marco mismo; a desarrollar la cooperación económica y comercial, evolucionar progresivamente hacia la liberación comercial, y promover las inversiones; a avanzar y ampliar los ámbitos de cooperación y eventualmente complementarlos mediante la celebración de nuevos acuerdos sobre sectores o actividades específicos.

b) MERCOSUR - NAFTA.

No existen todavía relaciones institucionales convenidas entre esas partes en tanto bloques, pero en mayo de 1991 se celebró entre los cuatro países del MERCOSUR y los Estados Unidos de América el Acuerdo relativo a un Consejo sobre comercio e inversión, conocido también como Acuerdo del "4+1", que no es por lo tanto un acuerdo entre bloques sino y solamente un acuerdo entre los propios países signatarios del mismo.

Dicho Acuerdo establece, entre otros: la creación de un Consejo Consultivo sobre Comercio e Inversión y la participación paulatina y consensuada del sector privado en aquél; y la atribución de ese órgano de mantener consultas sobre aspectos específicos y de establecer grupos de trabajo, consultas referidas particularmente a asuntos de comercio e inversión.

El Acuerdo persigue esencialmente -y ello orienta los trabajos de consulta del Consejo- lograr mercados más abiertos entre los Estados Parte; dar seguimiento al comercio y a las relaciones de inversión y avanzar en su liberalización; y procurar la eliminación de los impedimentos a los flujos de comercio e inversión.

6. A modo de conclusión

Es advertible que los enunciados procesos de integración regional son diferentes, en tanto diversos son sus objetivos y alcances, en consecuencia, también son diversos sus mecanismos e instrumentos de acción.

En términos de la función e incidencia del derecho internacional privado en los procesos respectivos resulta relevante el carácter supranacional de la normativa comunitaria europea, su aplicación directa en el ámbito de los Estados Parte y su respeto inmediato, predominante, obligatorio e inmodificable por las autoridades legislativas, administrativas y jurisdiccionales internas; y el carácter intergubernamental de la normativa comunitaria en el NAFTA y el MERCOSUR, su aplicación condicionada en general al cumplimiento nacional de su previa internalización y su dependencia de las soluciones legales, administrativas y jurisdiccionales de los respectivos Estados Parte, ello, sin perjuicio de las diferencias en la definición de propósitos, de avances y de implementación de la integración regional en los referidos bloques subregionales de nuestra América.

Resulta igualmente destacable la diversidad de soluciones en materia de solución de controversias y de posibilidad de acceso de los particulares, advirtiéndose la supranacionalidad jurisdiccional y el acceso directo en el marco de la Unión Europea, las alternativas de acceso directo en sede judicial nacional o arbitral intranacional en el NAFTA, y las limitaciones, condicionantes y dificultades de acceso de aquéllos en el ámbito del MERCOSUR.

En este punto parece indudable la necesidad de avanzar en la creación de un tribunal supranacional, y en la habilitación al acceso directo de los particulares, como única opción de aplicación e interpretación homogéneas del Derecho en los Estados Parte; sin perjuicio de mecanismos arbitrales, importantes para la solución de controversias particularmente nterempresariales

Siegbert Rippe

Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

Master en Administración Pública (México).

Profesor Titular de Derecho Comercial, Director del Instituto de Derecho Comercial, Cooordinador de la Especialización el Derecho Comercial, Coordinador de la Unidad Central de Estudios del Mercosur de la Universidad de la República, Uruguay.

Miembro del Colegiado del Curso de Doctorado en Integración Regional de la Universidad Federal de Pelotas, Brasil. Miembro Fundador de la *European Community Studies Association*-América Latina (ECSA-AL), Asunción, Paraguay.



**LA CONVENCION UNIVERSAL
SOBRE DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA
CONSTITUCION NACIONAL ARGENTINA.**

por Nora D' Alessandro Halty

1. Introducción

En primer lugar agradezco a las autoridades de la Universidad Católica Pontificia de Argentina y a los organizadores de estas Jornadas la invitación que se me hiciera , brindándome así la oportunidad de dialogar con Uds. sobre un tema que compromete más allá de los padres y la familia, a la comunidad y gobierno de los países como lo es los derechos de los niños, niñas y adolescentes .

La presente exposición se iniciará con una breve referencia al proceso normativo relativo a los menores de edad; luego, entrará al análisis global de la legislación sobre minoridad en los rasgos que la caracterizan, para, posteriormente, detenerse en la situación actual en el ámbito legislativo de la protección de los derechos del niño y su evaluación en la aplicación práctica.

2. Breve evolución

La normativa legislativa sobre niños, niñas y adolescentes- en forma genérica menores para la legislación- permite distinguir tres grandes etapas en su desarrollo:

una primera, en que podría afirmarse la inexistencia de legislación especial. Las normas específicas que tratan sobre la situación legal de los menores es una excepción dentro del sistema jurídico de los adultos;

una segunda etapa, es la que se inicia con la promulgación de leyes especiales que tratan de los menores con fines de protección al menor por un lado, y contralor por parte del Estado. En este período nace la Declaración Universal de Derechos del Niño, aprobada en la Naciones Unidas, en el año 1959 y de gran trascendencia en América Latina; por último, un tercer estadio en el desarrollo de la legislación sobre minoridad, a partir de la Convención

Universal sobre Derechos de los Niños, aprobada por las Naciones Unidas el 6/12/89.-

La primera de las etapas indicadas, se corresponde a las normas contenidas en el Código Civil en que el tratamiento de los menores está contenido en las normas sobre capacidad, incapacidad, representación en sus dos modalidades (patria potestad, y tutela) y la inimputabilidad y atenuantes de responsabilidad en materia penal, posteriormente.

La segunda etapa se caracteriza, en especial en América Latina, por una grande preocupación por la atención de la niñez y la adolescencia. Es el resultado de las manifestaciones operadas a nivel mundial de modo que, el sistema americano reposa fundamentalmente en la Tabla de los Derechos del Niño, formulada en 1927 y en ocasión de la fundación del IIN; la Carta Constitucional de la Niñez (Conferencia de la Casa Blanca, 1930); la Declaración de Oportunidades para el Niño (VII Congreso Panamericano del Niño, 1948; la Declaración Interamericana sobre Derechos de la Familia (1983). El panorama se enriquece con la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969.

Con estos antecedentes, los países del área legislarán sobre todos los aspectos relativos a la minoridad en algunos casos, o estudiarán aspectos parciales del tratamiento de la infancia. Nace así un verdadero derecho de menores que en su extensión (integral o sólo limitado a menores abandonados o infractores) dependerá de las políticas legislativas sobre esta materia.

Este proceso de codificación se consolida a partir de los años 1950 por medio de nuevos Códigos o estatutos de menores y leyes orgánicas de tribunales de menores de Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Paraguay, República Dominicana y Venezuela.

Es entonces que reconociendo antecedentes anteriores a 1924 que por vía de la codificación o de leyes especiales se perfilan las características propias de esta naciente rama del derecho que es el Derecho de Menores.

Se caracteriza por su tendencia a la codificación, ya que es posible agrupar en un cuerpo orgánico de normas diversos aspectos de su estructura normativa,

sin perjuicio de que dicha disciplina también se integra con leyes especiales. Numerosos países han seguido el sistema de la codificación, aunque no todos con la misma amplitud (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela). Los Códigos más recientes e inspirados en la Convención sobre los Derechos del Niño corresponden a Colombia, (Código del Menor de 27.11.89) a Brasil, (Estatuto del Niño y del Adolescente, ley 8069 de 13.07.90), Ecuador (Código de Menores de 4.08.92), Perú (Códigos de los Niños y adolescentes de 28.12.92) y Bolivia (Código del Menor de 18.12.92).

Otros países, sin recurrir al sistema de codificación, igualmente cuentan con importantes leyes sobre niñez (la Argentina, Chile, Honduras, México, Nicaragua y República Dominicana).

El contenido de la codificación y legislación comprende, entre otros, los siguientes aspectos que bien sintetiza Calvento: disposiciones fundamentales, enumeración de derechos; justicia juvenil, menor infractor, procedimiento, medidas de protección y rehabilitación, tratamiento socio-pedagógico, libertad asistida, internación; abandono de niños, familia sustituta, colocación familiar, guarda adopción, tutela del Estado; maltrato; alimentos, investigación de paternidad; trabajo de menores, menores discapacitados; farmacodependencia, instituciones de prevención y defensa (cuerpos tutelares, policía de menores, procuradurías, defensorías). Algunos países junto a estas materias incluyen la organización y cometidos de las entidades administrativas de protección de menores, aunque modernamente se omite esta inclusión.

En la Argentina se promulgan varias leyes importantes relativas a la infancia y la adolescencia tales como: ley no. 10.903 - Patronato de menores-, ley no. 23.264 sobre el Ministerio Público y de Menores que se complementa con las disposiciones del Código Civil y que confiere a sus representantes, amplias facultades procesales en tanto que se crean organismos administrativos nacionales y provinciales de protección a los menores y los Tribunales especiales a que hacíamos referencia en el numeral anterior, primero para la Provincia de Buenos Aires, en el año 1937 y más recientemente en 1983, para la Provincia de Catamarca, ley no., 21.180/75 sobre Tribunales de Familia y Menores.

También en los aspectos sustantivos se promulgaron nuevas leyes que refieren a la infancia, que citamos a título de ejemplo: ley 19.134 sobre adopción; ley 14.367 sobre la situación de los hijos naturales, ley 10.903 que regula la patria potestad; ley 23.464 sobre filiación; ley 22. 278, modificada por ley 22.803 que instaura el régimen penal para menores hoy vigente y la ley 23.575.

Lo dicho se encuadra en el marco constitucional de reconocimiento de los derechos y garantías de los habitantes del país y que alcanza a los menores en tanto revisten esa calidad, sin perjuicio de que muchas constituciones recientes de America Latina, consagran en su texto en forma expresa el reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes. Algunos países han incluido en su Constitución previsiones especiales al respecto, destacando que la enumeración de los derechos no excluye a otros que sean inherentes a la persona humana o se deriven de la forma republicana de Gobierno (Bolivia, Colombia, Ecuador, Uruguay, Venezuela, entre otros) igualmente preceptúan la aplicación inmediata de estos derechos (Colombia, Costa Rica, Ecuador, Uruguay); y que obviamente responden a las mayores garantías que ofrecen las Constituciones de los países en el reconocimiento de derechos, con respecto a si fueran consagrados por vía legislativa, ya que encuadran mayoritariamente en la categoría de rígidas con base al procedimiento que debe seguirse para su modificación.

Un problema importante y vinculado a la hermenéutica constitucional, es el de saber si las normas constitucionales que reconocen derechos y otorgan garantías a los individuos son de aplicación inmediata o su efectividad depende de la actividad legislativa posterior. El tema se ha planteado en reiteradas oportunidades en la segunda mitad de este siglo, recibiendo soluciones encontradas, hoy las soluciones son otras, como veremos más adelante.

En El tercer estadio de desarrollo del derecho de menores se inicia con la aprobación de la Convención Universal sobre los derechos de los niños y la ratificación por los países que se convierten Estados Partes de la misma.

3. *La Convención Universal sobre Derechos de los niños*

1.- Generalidades.-

En esta última etapa irrumpe en este proceso legislativo la Convención sobre los Derechos del Niño, inaugurando una nueva concepción de los mismos e imponiendo obligaciones concretas de los Estados de revisar sus políticas sociales y jurídicas para acomodarlas a los principios y derechos que consagra.

La convención es el instrumento jurídico más importante en el campo de la niñez, expresa una nueva mentalidad frente a la grave desprotección y violación de los derechos del niño que se observa en el mundo. Su aprobación representa la culminación de un proceso iniciado en 1924 y finalizado con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, al cual hicimos referencia anteriormente.

Como se ha mencionado, diversos instrumentos internacionales, declaraciones y convenciones, incluyen principios relativos al orden individual y social y la protección del niño y de la familia que la comunidad internacional estima de vigencia prioritaria, pero ninguno de ellos tienen la unidad que se aprecia en la Convención en estudio.

2.- Como rasgos fundamentales destacamos que:

a) consagra la Doctrina de la Protección Integral, que puede definirse como el conjunto de principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas para la protección de los derechos de la infancia.

b) reconoce como instrumentos de la nueva doctrina los siguientes documentos internacionales:

* La Convención sobre los derechos del niño, como el documento más completo.

* Las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores conocidas como Reglas de Beijing de 1987;

* Las Reglas de Riad para la Protección de Menores Privados de Libertad, 1991:

* Directivas de Naciones Unidas para la Protección de la Delincuencia Juvenil de Riad, abril de 1991;

c) Presenta las siguientes características:

* integralidad, por cuanto supera la clásica distinción entre derechos civiles, políticos, sociales y económicos;

* la consideración que los derechos de los niños consagrados en la Convención en análisis, requieren de efectivas garantías para su cumplimiento mediante un seguimiento eficaz, y;

* la superación de una visión aislada o simplista de los derechos de los niños que se limitaba a diferenciarlos de los demás derechos.

3.- En síntesis:

Podemos decir que a partir de la Convención Universal sobre los Derechos de los Niños:

* tales derechos dejan de ser un conjunto especial de la doctrina internacional de los derechos humanos para integrarse en ese marco;

* por la misma, el niño se transforma en destinatario directo de las normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, pasa a ser un sujeto de derecho internacional, adquiere esa titularidad por el solo hecho de ser persona humana con independencia de la edad que tenga.

* estos derechos no dependen de ninguna condición especial del niño sino que, por el contrario, constituyen derechos- garantías frente la acción del Estado y se transforman en un deber- prestación de los Poderes Públicos.

* Los mecanismos de protección de los derechos del niños tienen carácter nacional e internacional y dotan al niño en tanto sujeto de derecho, de protección especial superior a las otorgadas por leyes especiales de control y

protección que se dictaran en el período anterior.

4. La respuesta de los Estados Partes por ratificación de convención.

Es un imperativo de la Convención la adopción de medidas legislativas, judiciales y administrativas de los Estados ratificantes, para la adecuación de su legislación a la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, fijándose un plazo de 2 años- que fuera prorrogado -para evaluar los avances en el cumplimiento de este compromiso.

La Convención como documento global e instrumento de Derechos humanos, tendrá impacto la legislación interna de los países que la ratificaron. Así:

a) deberá tenerse en cuenta con relación a los países ratificantes - siguiendo la doctrina aceptada pacíficamente en materia de derechos humanos- que sus disposiciones se incorporan al derecho interno, las normas de la Convención derogarán a la legislación anterior que sea incompatible con ella, salvo en los casos en que la propia Convención condiciona su aplicación al dictado de una ley u otro acto jurídico en el derecho interno.

b) sobre el particular debe tenerse presente lo que disponen las normas constitucionales en materia de tratados en general y en particular cuando versan sobre derechos humanos. La Constitución de Ecuador (1983), Chile (1989) y Colombia (1991) incluyen disposiciones que integran a la normativa constitucional los derechos humanos incluidos en los instrumentos internacionales ratificados.

Los diferentes países, adoptaron distintos criterios en cuanto a esa adecuación: unos, recurrieron a la vía legislativa, otros, como Argentina incluyeron en la Constitución Nacional la Convención Universal sobre los Derechos de los Niños en oportunidad de la reforma constitucional, considerándola como parte integrante de aquélla, asignándole así un rango constitucional que no tenía en oportunidad de su ratificación por ley 23.849 de 22/10/90.

La Reforma del Texto Constitucional efectuada en Santa Fe . Paraná en 1994, que en su art. 22 establece entre las potestades del Congreso:.... "Aprobar o desechar tratados incluidos con las demás naciones.....que tienen jerarquía

superior a la leyes...” ; en el segundo párrafo cita los convenios, tratados, convenciones, y pactos - entre los que se encuentra la Convención en estudio, declarando que en “ ... las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”, y; en su tercer párrafo el mismo artículo agrega. “... Los demás tratados y convenciones, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional...”

Sobre el particular entendemos del caso precisar las siguientes características; a) La Convención fue ratificada por la Argentina con una cláusula de reserva en lo que hace al art. 1 de la misma que determina su ámbito de aplicación a Todo ser humano menor de 18 años...; porque el mismo no se concilia con el art. 70 del Código Civil del país que preceptua como fecha de comienzo de la personalidad, la época de la concepción en un todo en concordancia con el del Pacto de San José de Costa Rica; temperamento del que se aparta la Convención en estudio .

b) La Convención complementa, no sustituye, las normas generales sobre derechos y garantías de los habitantes del país que la propia Constitución consagra. De modo que, en principio son de aplicación las normas generales sobre derechos y garantías y sólo de manera complementaria son de aplicación las normas de la convención en todo aquello que no contemplen los textos constitucionales con carácter general, o por la especialidad de que se trata corresponde la aplicación de la Convención.

c) Los tratados, convenciones o pactos para tener jerarquía constitucional, deberán ser aprobados por las dos terceras partes de la totalidad de integrantes de cada Cámara, si la aprobación por el Congreso no reunió esas mayorías, los instrumentos internacionales aprobados tendrán un jerarquía superior a las leyes ordinarias pero estarán en grado inferior a las normas constitucionales, adheriendo así a las posturas constitucionalistas y de derecho público en general, que admiten en la pirámide jerárquica de las normas jurídicas vigentes, la existencia de un derecho infraconstitucional, superior al emanado del Poder Legislativo, pero inferior a las normas constitucionales a las que se subordina. Y esta categoría de normas responde siempre a los diferentes instrumentos internacionales que no reunieron en oportunidad de su aprobación, las mayorías suficientes para tener rango constitucional. Por lo tanto en nuestra opinión estas normas infraconstitucionales requieren para el

reconocimiento de tales de un elemento material: el contenido - tratados, convenciones, pactos internacionales, y; de un elemento formal: que en su proceso de ratificación no se hayan obtenido determinadas mayorías en ambas Cámaras.

c) en oportunidad en que el interprete deba determinar las normas aplicables al caso concreto, deberá atender a los principios de Jerarquía de las normas y de derogación. Así toda norma posterior al actual art. 22 Constitución que lo contraviniera será inconstitucional, toda ley que siendo anterior al texto constitucional fuere contradictoria o no compatible, se entenderá tácitamente derogada por la ley anterior en todo lo que no fuere conciliable.

A los efectos de determinar si la norma anterior mantiene su vigencia o quedó derogada total o parcialmente o si hay complementación entre las mismas, el interprete deberá considerar con carácter general ante normas en posible conflicto - como dicen De Castro y Bravo - "*la voluntas abrogandi*" de la nueva ley (que exige: igualdad de materia; identidad de destinatarios y contradicción entre los fines de los preceptos) y, con carácter especial, si responden o no a la doctrina de la protección integral y atienden al interés superior del niño, apreciaciones que además deberá hacerse también en atención al contenido específico de las normas que componen la Convención. Esto es:

a) si estamos frente a normas de ejecución inmediata - que no requieren norma reglamentaria para su ejecución y es suficiente para su vigencia la ratificación y el acaecimiento del plazo de vacación legal si lo hubiere-, como es el caso de los arts: 1 (ámbito de aplicación de la Convención, que en el caso de Argentina tiene una ratificación parcial como viéramos anteriormente); 2 (derecho a la no discriminación); 3 (que consagra el principio del interés superior del niño a aplicarse en todos los casos en que un niño está involucrado); 5 (sobre los derechos y deberes de los padres y personas que tienen menores a su cargo); 7 (derecho al nombre); 8 (derecho a la identidad); 12 (derecho a expresar su opinión en las causas que le conciernen); 13 (derecho de libre expresión); 14 (libertad de conciencia); 16(derecho a la privacidad); 17 (favorecer los medios de comunicación para acceder a la información de los niños); 18 (responsabilidad de ambos padres en el desarrollo integral del niño); 23 (derecho de atención especial a niños discapacitados); 25 (derecho a examen médico de niños internados); 40 (trato

digno y garantías de proceso de menores infractores) .

El segundo grupo de derechos contenidos en el texto convencional, son de carácter complementario con la legislación interna de los países ratificantes que hacen a las relaciones del niño con el Estado y la familia y están contenidos en los siguientes artículos de aquélla: 6 (sobre supervivencia y desarrollo); 9 (situación del menor frente a la separación de los padres); 10 (previsiones sobre la reunificación familiar); 17 (derecho a la información adecuada); 21 (regulación de la adopción); 22 (atención de la salud y servicios médicos); 26 (derecho a la seguridad social) ; 27 (derecho a un nivel de vida adecuado); 28 (derecho a la educación) ; 32 (derecho a la protección en el trabajo); 34 (sobre uso y tráfico de estupefacientes); 39 (recuperación de los niños infractores y reinserción social).

A los que se suman aquellas normas que hacen a la regulación de las relaciones paternas filiales previstas en los artículos: 5 (deberes y responsabilidades de los padres o personas a cargo de niños); 7 (derecho al nombre); 8 (derecho a la identidad); 9 (derechos del niño de padres separados); 12 (derecho de opinión en los asuntos de familia que le conciernen).

Y por último un tercer núcleo, en que incluimos aquéllas normas que comprometen la acción del legislador internacional, previstas en los artículos 4 sobre retención y traslado ilícitos de menores; 21 que refiere a la adopción internacional, 27 sobre prohibición de venta y tráfico con niños, a los que ha dado firme respuesta la Conferencia Interamericana de Especialización en Derecho Privado (CIDIP) a través de distintas convenciones sobre: Adopción internacional de Menores, La Paz 1984; sobre Obligaciones alimentarias, Montevideo, 1989; Restitución de Menores, Montevideo, 1989 y Tráfico de niños.

5. A modo de reflexión

Por todo lo expresado, resulta innegable la importancia que tiene la Convención en estudio y la respuesta de los países para mejorar las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes a nivel mundial.

Pero no escapa a nuestra inteligencia que la vigencia de los derechos del niño

está determinada por las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas que a menudo se presentan adversas en especial en nuestro Continente, caracterizado por la pobreza, la enfermedad, la violencia y la injusticia social. La realidad hace que los derechos del niño sean una verdad a medias si no cambian dichas condiciones, que permitan convertir en realidad la efectiva aplicación de las normas vigentes.

La distinguida jurista Groisman, mencionaba una reciente nota periodística para expresar en qué medida la protección y bienestar del niño se hallan asociados indisolublemente a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de sus progenitores: "...En una sola pieza de la Capital Federal- relata- viven 43 personas de las cuales 24 son niños; una sola persona tiene empleo fijo; hacen sus necesidades en un balde y sólo comen arroz", "Clarín", 15 de junio de 1996.

Igualmente conmovedor es el testimonio de un adolescente infractor sobre su vivencias del mundo, la familia y la escuela que nos hiciera conocer la Magistrada uruguaya Prigue De Vi— a, que transcribimos:

"... yo me peleaba con todos los botijas del barrio, y por suerte siempre le ganaba, pero yo también salía con la cara rota, y me "patotiaban" hasta que empecé a salir con una navaja y nadie se metía conmigo, pero yo cuando los botijas iban a ir al almacén en bicicleta, se las sacaba, andaba en ellas hasta que me aburría, después la dejaba en el almacén de vuelta, pero ya habían hecho la denuncia a la seccional... estaba en la comisaría 24 o 48 horas, hasta que me venían a buscar mis padres, me sacaban y salía con miedo porque cuando me sacaban, él o mi padre, se sacaba el cinto y me ataba las manos para que yo no me escapara y como si fuera poco me agarraba el brazo, cuando llegaba a mi casa me pegaba una paliza que me dejaba el "lomo" violeta y el cinto cruzado en la cara, pero yo era masoquista y me volvía a escapar, rompía vidrios en la casa de los vecinos y de vuelta a la comisaría, y la misma operación, eso era cuando yo tenía 5 o 6 años..."

"Cuando yo iba a la escuela, o sea cuando yo empecé a ir a la escuela yo veía una flaca vestida de blanco que parecía ser espantapájaros, un maestro que parecía Cantinflas por los bigotes, una gorda que le púsimos con mi hermano la ballena rubia y la cocinera que parecía cualquier cosa, la flaca vestida de blanco era mi maestra de primer año, pero ella ya sabía de mi fama en el

barrio, un día un botija chico se cayó y se pegó en el hueso, entre la rodilla y el tobillo y todas las maestras y el maestro y 5 o 6 chicos me culparon a mí pero todos los demás me defendieron, porque yo estaba con ellos y aparte no fui yo, pero las maestras y el maestro dijo si fui yo y llamaron a la policía de la seccional..., cuando yo vi que vinieron a buscarme, me escapé salí corriendo tan rápido y asustado que no me alcanzaron, pero fueron a mi casa yo estaba arriba del techo pero mi mamá no sabía y les dijo que yo no estaba y entonces cuando se fueron yo bajé y tuve que explicarle a mamá como más de 30 minutos lo que había pasado, pero cuando llegó mi papá no me salvé de la paliza, me dejó el “lomo” y toda la espalda morada, me pegó con un cinto que tiene como 5 centímetros de ancho y uno de alto, yo tenía 7 años, en esos 7 años me pegó más de 100 veces, me pegaba y yo más “ bronca” le tenía, se hacía odiar al santo botón estoy ahora diciendo esto y cada vez que me pegó más bronca le tengo y ganas de reventarlo a piñazos, yo hacía de las mías, lo reconocía a veces, pero no era para tanto, ustedes imagínense cuando le dejan el lomo violeta morado con el cinto, les digo la verdad a veces prefería que me agarrara un ferrocarril antes que él con su cinto en mano, sólo eso les pido, que se imaginen a un loco con un cinto en mano que le deja a su hijo franjas violetas en la cara.”

“... por primera vez mi padre me mandó a vender caramelos, y en un ratito hice \$ 110, y con esa plata cocinaban, después salí de vuelta, pero mi padre no quería que subiera a los trenes porque me robaban los caramelos, pero yo igual subía y una banda de patoteros me robaron todo, hasta las pilchas que yo tenía me robaron como 10 veces pero mi padre no me creía y me pegaba, hasta que me cansé de que me pegara y me fugué de mi casa y conocí a un pinta bien vestido y medio de lentes, me dio bronca y le pegué un piñazo en la cara, cuando se cayó al suelo se sacó los lentes y me dijo somos amigos o que somos, medio desconfiado de que me “garroniara” le pregunté cómo se llamaba y me dijo..., le pregunté donde vivía y me dijo donde me agarre la noche, esa noche dormimos juntos en los vagones de la Estación Central..., él compró unos cigarros, fumamos, le pregunté si sabía manejar me dijo más o menos, nos dormimos como angelitos, toda la noche como angelitos”.

Dra. Nora D'Alessandro Halty

(Universidad de la República, Montevideo, Uruguay)

BIBLIOGRAFIA.

- CALVENTO, UBALDINO: *Lineamientos sobre derecho de la niñez en América Latina*, I,I,n., edic. provs. ,año 1993.-
- CILLEROS, MIGUEL: *Leyes de menores, Sistema penal e instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, Doc. presentado en Jornadas sobre Sistema Judicial y menores infractores, Chile, 1996.—*
- D' ALESSANDRO HALTY, NORA: * *Responsabilidad del Estado en la protección de los Derechos del Niño, en Jornadas Uruguayas sobre los Derechos del Niño, I.I.N, publicada en Unicef, noviembre de 1989.*** *La Convencion Universal sobre Derechos del Niño en Sede de familia, Jornadas sobre Derecho de Familia, Salto, noviembre de 1996- en prensa.*
- D'ANTONIO, DANIEL: *Derecho de Menores*, Astrea, Bs.As., 1986.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España, T.I y II, Inst.Estudios Políticos, Madrid, 1952.*
- FUCHSLOCHER, EDMUNDO: *Derecho de menores de la tuición, Edit. Jurid. de Chile, 1983.*
- GROS ESPIELL, HÉCTOR: *Los tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho interno, en Revista de Derecho Procesal, Montevideo, 1987, no. 2.*
- GROSMAN, CECILIA: *El derecho infraconstitucional y los derechos del niño, en Congreso internacional sobre La persona y el Derecho a fin de Siglo, Santa Fe, 1996.*
- MENDIZABAL OSES: *Derecho de menores, Edit.Piramide, Madrid, 1977.*
- PEREZ RIESTRA, GUALBERTO: *Los núcleos temáticos en la Convención Universal sobre los Derechos del niño. Jornadas Uruguayas sobre la Convención.... publicado en Unicef, noviembre de 1989.*
- RODRIGUEZ, VAZQUEZ y OTROS: *La protección y la formación integral del menor, Plus ultra, bs. As., 1986.*
- SAJON, RAFAEL: *Introducción al Derecho de menores, Montevideo, 1970.*
- ROMPANI, SANTIAGO I. : *Introducción al Estudio del Derecho, ed. García y &, Montevideo.*
- VIÑA DE PRIGUE, ELSA: *Derechos del niños frente al sistema de administracion de justicia Interamericano, en Jornadas Uruguayas sobre la Convención de los Derechos del niño, I,I. N., publicada en Unicef, noviembre 1989.*



1. Introducción

El Derecho Civil, como Derecho general y común, constituido por un conjunto de principios y normas jurídicas relativas a la personalidad, a las relaciones patrimoniales y de familia, se preocupa específicamente de la sucesión por causa de muerte, por medio de la cual, se transmite el patrimonio del causante a sus herederos. En efecto, informa el Derecho Sucesorio, tratado principalmente en el Libro Tercero del Código Civil chileno denominado De la Sucesión por Causa de Muerte, y de las Donaciones entre Vivos, el principio de la inmortalidad jurídica en virtud del cual, “ los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se los califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles y son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas” (artículo 1097). En igual sentido, lo reconocen los artículos 1155 del Código Civil colombiano, 735 del Código Civil peruano y 3279 del Código Civil argentino. Este principio nos fue legado del Derecho Romano, en el cual, se distinguía dos especies de sucesión universal *mortis causa*, la *hereditas* y la *bonorum possessio*. El llamado a recibir la *hereditas* era el *heres*, es decir, el heredero según el Derecho Civil, quien era un sucesor universal, pues era el continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, lo que le permitía exigir los créditos de que era titular el difunto y le imponía además sus deudas, obligación que era ilimitada. La *bonorum possessio* difería de la *hereditas* entre otros factores, en su origen, pues siendo también una sucesión universal *mortis causa*, fue introducida por el pretor, quien asignaba un señorío de facto o *bonorum possessio* a personas que no siempre eran herederos conforme al *ius civile*. Así el *bonorum possessio* no era heredero, pero ocupaba el lugar de tal. Sin embargo, no sustituía al difunto, no era el continuador de su personalidad jurídica y en consecuencia, el principio de la inmortalidad jurídica nos viene legado de la *hereditas*. El heredero o asignatario a título universal, ya sea heredero universal, de cuota o de remanente, adquiere la totalidad o una cuota del patrimonio del causante (artículo 951) identificándose con él, de tal suerte que responderá incluso con sus propios bienes de las deudas hereditarias y testamentarias. Las primeras

son aquellas que el causante tenía en vida en tanto que las segundas, nacen por el testamento mismo y, están representadas fundamentalmente por los legados. Habiendo varios herederos, las deudas hereditarias y testamentarias se dividen entre ellos a prorrata de sus cuotas (artículos 1354, 1360 y 1373). En igual sentido, lo señalan los artículos 1411, 1417 y 1430 del Código Civil colombiano, 1265 del Código Civil boliviano y 3498 del Código Civil argentino. Por su parte, el artículo 871 del Código Civil peruano prescribe que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria. Esta forma de división sufre alteración cuando el heredero goza del beneficio de inventario (artículos 1354 y 1247), situación en la cual no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda, conservando la facultad de aceptar con beneficio de inventario mientras no haya hecho acto de heredero (artículo 1252); y cuando por testamento o por convención entre los herederos o por la partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor de la sucesión podrá dirigirse o contra este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata (artículos 1526 N. 4 que consagra una excepción a la divisibilidad, 1358 y 1359). Por otra parte y en virtud de esta identificación que se produce entre el heredero y el causante, sus patrimonios se confunden, salvo que los acreedores hereditarios y testamentarios invoquen el beneficio de separación, por medio del cual, tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan sus créditos con preferencia a las deudas propias del heredero (artículo 1378 y siguientes del Código Civil). Siendo los continuadores de la personalidad jurídica del causante, los herederos le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, esto es, en su patrimonio, quedando al margen en materia de deudas, solamente las obligaciones intransmisibles, es decir aquellas que podemos calificar como *intuitu personae*, como son entre otras, las derivadas del mandato, salvo la hipótesis del mandato *post mortem* (artículo 2169), y las obligaciones de hacer y de no hacer cuando la aptitud del deudor ha sido determinante en el nacimiento de la obligación. Frente a la situación de los sucesores a título universal en relación a los acreedores de la sucesión, se encuentran los legatarios o sucesores a título singular, que a diferencia de los primeros no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan, sin perjuicio de su

responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en caso de la acción de reforma (artículos 1104,1362 y 1363 del Código Civil chileno y 1162 del Código Civil colombiano). Así también, el artículo 3796 del Código Civil argentino señala que: “Cuando la sucesión es solvente, los legatarios no son responsables por las deudas y cargas de la sucesión, aunque las deudas hubiesen sido contraídas para la adquisición, conservación o mejora de la cosa legada”, agregando el artículo que le sigue: “cuando la sucesión es insolvente, los legados no pueden pagarse hasta que estén pagadas las deudas. Si hay herederos forzosos, los legados sufren reducción proporcional hasta dejar salvas las legítimas.” En consecuencia para que pesen sobre el legatario las deudas del causante, es necesario que expresamente éste se las imponga, salvo su responsabilidad subsidiaria cuando al momento de abrirse la sucesión no hubiere bienes bastantes para el pago de las deudas hereditarias o cuando el testador hubiere invadido con los legados las asignaciones forzosas. En general, los legatarios concurren al pago de las deudas hereditarias a prorrata de los valores de sus respectivos legados y la porción del legatario insolvente no grava a los otros. Sin embargo, las legislaciones peruana y boliviana señalan que los legatarios sólo responden de las deudas hereditarias cuando el testador los ha gravado con ellas (artículos 879 del Código Civil peruano, 1269 y 1192 del Código Civil boliviano). Considerando estas ideas preliminares, se analizarán los derechos de los acreedores en el proceso sucesorio, respecto de los que cabe mencionar entre otros, ciertas medidas conservativas y el beneficio de separación, para terminar con el beneficio de inventario que coloca a los acreedores en una posición especial frente a los herederos y, la situación del cónyuge sobreviviente en el régimen de participación en los gananciales creado por la ley N. 19.335 de 23 de septiembre de 1994, cuando éste cesa por muerte, pues dicho estatuto legal le asignó el carácter de acreedor.

2. Medidas Conservativas

“Son aquellas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan de su poder los bienes que lo forman” que en el tema que nos ocupa, tienen por finalidad conservar íntegro el patrimonio de el o los herederos, en quienes se identificó la personalidad del causante en virtud del principio de la inmortalidad jurídica, produciéndose una confusión de los patrimonios de cada uno de éstos con el del difunto. Su fundamento, radica en la necesidad de posibilitar el cobro de los créditos, ya sea, porque

existe temor de pérdida o disposición de bienes, que amenazan la solvencia de el o los herederos obligados al pago de las deudas hereditarias y testamentarias. Entre otras medidas, se citarán las siguientes:

a. EL DESASIMIENTO que se produce como consecuencia de la declaratoria de quiebra. La ley 18.175 de 28 de octubre de 1982 que modificó la antigua ley y fijó su nuevo texto, dispone en su artículo 50 que la sucesión del deudor puede ser declarada en quiebra a petición de cualquier acreedor, siempre que la causa que la determine se hubiere producido antes de la muerte del deudor y que la solicitud se presente dentro del año siguiente al fallecimiento. La declaración de quiebra produce de derecho el beneficio de separación a favor de los acreedores del difunto y entre otros efectos inmediatos, el desasimiento, en que la sucesión queda inhibida de pleno derecho de la administración de los bienes, procediéndose por el tribunal al nombramiento de un síndico provisional titular y de otro suplente, pasando el primero a representar a la sucesión (artículos 52 N. 2 y 64 de la ley). En todo caso, las disposiciones de la quiebra se aplicarán sólo al patrimonio del causante.

b. LA GUARDA Y APOSICIÓN DE SELLOS que reglamenta el artículo 1222 del Código Civil y en términos idénticos el artículo 1279 del Código Civil colombiano, en virtud del cual, cualquier persona que tenga interés en ello, o se presume que pueda tenerlo, entre quienes se entiende desde luego a los acreedores hereditarios, puede pedir al juez desde el momento de abrirse la sucesión, que los muebles y papeles de ésta se guarden bajo llave y sello hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. Esta diligencia deberá practicarse por el ministerio del juez con las formalidades legales, siendo el Código de Procedimiento Civil el que las fija entre sus artículos 872 a 876 inclusive, señalando el primero de ellos, que el tribunal procederá por sí mismo a practicar estas diligencias, o comisionará al efecto a su secretario o algún notario del territorio jurisdiccional, quienes se asociarán con dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del secretario o notario, debiendo nombrar además a una persona de notoria probidad y solvencia que se encargue de la custodia de las llaves, o las hará depositar en el oficio del secretario.

c. ASISTENCIA A LA CONFECCIÓN DE INVENTARIO SOLEMNE. El artículo 1255 de nuestro Código Civil y su análogo 1312 del Código Civil colombiano, facultan a los acreedores hereditarios que presenten el título de

su crédito a asistir a la confección del inventario solemne de los efectos hereditarios, teniendo además el derecho de reclamar contra él, en lo que no pareciere exacto. La confección de inventario solemne que regula el Código de Procedimiento Civil entre sus artículos 858 a 865 inclusive, produce el efecto de limitar la responsabilidad del heredero hasta concurrencia del valor total de los bienes que ha heredado, esto es, goza del beneficio de inventario (artículos 1245 y 1247 del Código Civil). Asimismo, si el difunto estaba casado bajo el régimen de sociedad conyugal, sólo el inventario solemne tendrá valor en juicio y podrá hacerse valer en contra de los acreedores hereditarios que lo hubieran debidamente aprobado y firmado (artículo 1766), principios que también deben tener aplicación al finalizar el régimen de participación en los gananciales. Por su parte, el Código Civil boliviano dispone que el heredero tiene un plazo de seis meses contados desde que se abre la sucesión para aceptar la herencia con beneficio de inventario; pasado el término prescribe su derecho, y si opta por aceptar la herencia con beneficio de inventario, debe comenzar a levantarlo dentro de los dos días siguientes a la última citación hecha a los acreedores de la sucesión y a los legatarios, y terminarlo en el lapso de dos meses (artículos 1032 y 1034).

d. DECLARACION DE HERENCIA YACENTE. Los artículos 1240 de nuestro Código Civil y 1297 del Código Civil colombiano, con el fin de conservar los bienes hereditarios y posibilitar a los acreedores hereditarios el cobro de sus créditos gestionando ante el curador de la herencia yacente, señalan que pasados quince días desde la apertura de la sucesión, si no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo, a instancias de cualquier interesado o de oficio, el juez declarará yacente la herencia y procederá a designarle un curador. En este mismo sentido, el Código Civil argentino establece que después de citados por edictos durante treinta días a los que se crean con derecho a la sucesión, o después de pasado el término para hacer inventario y deliberar, o cuando habiendo repudiado la herencia el heredero, ningún pretendiente se hubiese presentado, la sucesión se reputará vacante y, todos los que tengan reclamos que hacer contra la sucesión, pueden solicitar se nombre un curador de la herencia, el que puede ser nombrado también de oficio a solicitud del fiscal. El curador debe proceder a inventariar la herencia ante escribano público y dos testigos, ejerce activa y pasivamente los derechos hereditarios, y sus facultades y deberes son los del heredero beneficiario (artículos 3539 3541).

e. FACULTAD PARA PEDIR JUDICIALMENTE AL HEREDERO QUE ACEPTE O RENUNCIE LA HERENCIA. Todo asignatario será obligado, en virtud de demanda de cualquier persona interesada en ello, y desde luego son personas interesados los acreedores hereditarios, a declarar si acepta o repudia, debiendo hacer esta declaración dentro de los cuarenta días subsiguientes al de la demanda, pudiendo prorrogarse este plazo hasta un año, si el asignatario se encuentra ausente o cuando los bienes están situados en lugares distantes. El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia (artículos 1232 y 1233 del Código Civil chileno, 1289 y 1290 del Código Civil colombiano). Asimismo el Código Civil boliviano dispone (artículo 1023) que cualquier persona interesada puede pedir al juez, transcurrido nueve días del fallecimiento del *de cuius*, que fije un plazo razonable, el cual no puede exceder de un mes, para que en ese término el heredero declare si acepta o renuncia la herencia y vencido este plazo sin que el heredero haga la declaración, a diferencia de lo que ocurre en la legislación chilena y colombiana, se tendrá por aceptada la herencia en forma pura y simple, es decir, el heredero no gozará del beneficio de inventario. Por su parte, el Código Civil argentino permite que los terceros interesados puedan exigir que el heredero acepte o repudie la herencia en un término que no pase de treinta días y, si hubiere sido declarado heredero, será tenido como tal para los demás acreedores o legatarios sin necesidad de nuevo juicio (artículos 3314 y 3332). En cambio, la legislación peruana consagrando un sistema más eficaz en favor de los acreedores hereditarios, establece una presunción que señala: “La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella, agregando que estos plazos no se interrumpen por ninguna causa (artículo 673).”

3. Beneficio de separación

Los artículos 1378 a 1385 del Código Civil chileno y 1435 a 1442 del Código Civil colombiano, regulan esta institución en idénticos términos, en virtud de la cual, los acreedores hereditarios y testamentarios pueden pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero con el objeto de que de los bienes de la herencia, se les cumplan las obligaciones hereditarias y testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero. Esta institución encuentra su fundamento en la equidad, pues “puede acontecer

que la herencia dejada por el causante estuviere muy poco gravada, de modo que sus acreedores estén en cómoda situación para el pago de sus deudas y, en cambio, el heredero tuviere un pasivo enorme”. “En estas condiciones, el perjuicio de los acreedores hereditarios sería manifiesto, y por eso el legislador, teniendo en vista la equidad, les concede la facultad de impedir la confusión de los bienes hereditarios con los del heredero, invocando el beneficio de separación.” Tiene su origen esta institución en el Derecho honorario, en la denominada “*separatio bonorum*” concedida a favor de los acreedores del difunto que solicitaban al pretor este beneficio por medio del cual, satisfacían sus créditos con los bienes hereditarios y sólo cuando estuvieren pagados, el remanente favorecía a los acreedores del heredero, facultad que además podían hacer valer los legatarios. Como contrapartida, a los acreedores separatistas les estaba impedido dirigirse contra los bienes del heredero. Sin embargo, el Derecho justiniano admitió que cuando los acreedores separatistas no hubieran satisfecho íntegramente sus créditos con los bienes de la herencia, pudieran accionar contra los bienes del heredero, siempre que hubieran sido pagados los acreedores personales de éste. El plazo para solicitar este beneficio era de cinco años. Pueden invocar la separación tanto los acreedores hereditarios como testamentarios puros o simples y también aquellos cuyos créditos estuvieren sujetos a plazo o condición, salvo que sus derechos hubieran prescrito, como también, cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero, cuando estos bienes se han confundido con los de los herederos, de manera que no sea posible reconocerlos y, cuando hubieren renunciado a este beneficio. No habiendo fijado la ley un procedimiento especial, la respectiva demanda deberá tramitarse de acuerdo a las normas del juicio sumario, toda vez que dicho procedimiento se aplicará en defecto de otra regla particular, en aquellos casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza una tramitación rápida para que sea eficaz (artículo 680 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil) y, deberá entablarse en contra de los herederos, pues éstos son de fácil determinación por el auto de posesión efectiva, aunque jurídicamente sería correcto dirigirla en contra de los acreedores personales de los herederos, toda vez que son éstos los perjudicados con este beneficio. En consecuencia, el beneficio de separación produce efectos desde que se dicta la sentencia judicial que lo concede, sin perjuicio que la declaración de quiebra de la sucesión del deudor, lo produce de pleno derecho (artículo 50 de la Ley de Quiebras, N°18.175) y, que tratándose de bienes raíces, para producir efectos respecto de terceros, deba primeramente inscribirse en el Registro de

Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar a cargo del Conservador de Bienes Raíces respectivo (artículo 52 N° 4 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). Obtenido este beneficio por alguno de los acreedores de la sucesión, aprovecha a los demás acreedores de la misma que la invoquen y cuyos créditos no se hubieren extinguido por prescripción o renuncia y, produce la separación de patrimonios del causante y de los herederos. En efecto, el artículo 520 N° 3 del Código de Procedimiento Civil dispone que podrá ventilarse conforme al procedimiento de las tercerías el derecho del heredero que reclame del embargo de sus bienes propios efectuado por acción de acreedores hereditarios o testamentarios que hayan hecho valer el beneficio de separación, procedimiento al cual se sujetará también, la oposición deducida por los acreedores personales del heredero. Los acreedores hereditarios y testamentarios tienen un verdadero privilegio para pagarse con los bienes de la herencia, sin embargo concurriendo ambos, prefieren los acreedores hereditarios y si los bienes de la sucesión no fueren suficientes, sólo tendrán acción contra los bienes del heredero, cuando los acreedores personales de éstos, hubieran satisfecho íntegramente sus créditos. Finalmente, los acreedores hereditarios y testamentarios beneficiarios pueden pedir se rescindan las enajenaciones de bienes hereditarios hechas por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión siempre que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios. Si bien la ley utiliza el término “rescindir”, lo hace erróneamente, pues se rescinde un acto jurídico anulable por un vicio de nulidad relativa, en tanto que en esta hipótesis se trata más bien de una acción revocatoria. La legislación boliviana también regula esta institución, llamándola derechamente “beneficio de separación de patrimonios (artículos 1055 a 1058 del Código Civil) concediéndosela tanto a los acreedores hereditarios como testamentarios. Sin embargo, presenta algunas diferencias con las legislaciones chilena y colombiana: por una parte se establece un plazo de caducidad de seis meses contados desde la apertura de la sucesión para invocar el beneficio, y por la otra, se prescribe la necesidad de ejercer una acción sólo si se trata de bienes muebles, demanda que se dirige contra los acreedores del heredero, sean conocidos o no, lo cual se les hará saber mediante una sola publicación en la prensa. En este caso, el juez ordenará se levante inventario, si no ha sido levantado ya, y dispondrá las medidas de seguridad y conservación respecto a los muebles. Si algunos o todos fueron enajenados por el heredero, la separación comprenderá los bienes que queden y el precio no pagado todavía. En cambio, tratándose de inmuebles y muebles

que pueden ser hipotecados, el derecho de separación se ejerce mediante la inscripción del crédito o del legado sobre cada uno de esos bienes en los registros respectivos haciéndose constar en ellos los nombres del *de cuius* y del heredero, y que se inscriben a título de separación de bienes, aplicándose a este caso las normas sobre las hipotecas. Por su parte, la legislación peruana sin necesidad de demanda judicial ni de trámite administrativo previo, le otorga de pleno derecho una preferencia a los acreedores hereditarios. En efecto, dispone el artículo 872 que los acreedores del causante tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria, agregando que el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago y, si no obstante la referida oposición, se procede a la partición sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiera a los derechos del oponente. Por su parte, el Código Civil argentino regla esta institución bajo el nombre “separación de los patrimonios del difunto y del heredero” (artículos 3433 3448) concediéndole este beneficio a todo acreedor de la sucesión, sea privilegiado o hipotecario, a término, o bajo condición, o por renta vitalicia, sea su título bajo firma privada, o conste de instrumento público, ya se trate de un acreedor cuyo crédito no sea actualmente exigible, aunque sea eventual o sometido a una condición incierta, incluyéndose también al heredero de una parte de la herencia que sea al mismo tiempo acreedor del difunto, pues deducida su porción viril, tiene los mismos derechos que cualquier otro acreedor y, al legatario. La demanda debe intentarse contra todos los acreedores del heredero o individualmente contra alguno o algunos de ellos, por privilegiados que sean sus créditos, quienes deberán proceder a la formación de un inventario a costa del demandante. La separación puede demandarse colectivamente contra toda la herencia o respecto de cada uno de los bienes de que ella se compone y se aplica a los frutos naturales y civiles que los bienes hereditarios hubiesen producido después de la muerte del causante, con tal que su origen e identidad se encuentren comprobados. Si los bienes hereditarios hubiesen sido enajenados por los herederos antes de la separación, ésta puede aplicarse al precio cuando es debido por el comprador y a los bienes adquiridos en reemplazo, cuando conste su origen e identidad. Sin embargo, no se aplica a los bienes muebles de la herencia que se han confundido con los muebles del heredero. Para evitar que los herederos dispongan de los bienes hereditarios antes de la separación, los acreedores pueden impetrar medidas conservativas. Decretada la separación, los

acreedores del difunto gozan de preferencia sobre los bienes hereditarios, sobre todo acreedor del heredero de cualquier clase que sea, incluso tienen derecho de entrar en concurso sobre los bienes personales del heredero con los acreedores particulares de éste, y aun con preferencia a ellos, en el caso en que la calidad de sus créditos los hiciera preferibles, conservando los acreedores personales del heredero sus derechos sobre lo que reste de los bienes de la sucesión, después de pagados los créditos del difunto. Sin embargo, el derecho de los acreedores de la sucesión a demandar la separación, no puede ejercerse cuando ellos han aceptado al heredero por deudor, abandonando los títulos conferidos por el difunto.

4. Otros Derechos de los Acreedores en la Sucesión

a. LAS DEUDAS HEREDITARIAS COMO BAJA GENERAL DE LA HERENCIA. Dispone el artículo 959 del Código Civil (artículo 1016 del Código Civil colombiano): “ En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirá, del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios: N° 2 Las deudas hereditarias”, norma que es reiterada por el artículo 4 N° 3 la Ley de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones N° 16.271 de 10 de julio de 1965. En consecuencia, sólo una vez efectuadas las bajas generales de la herencia, entre ellas, las deudas que tenía en vida el causante, se obtiene el acervo líquido o partible, lo que indudablemente constituye una prerrogativa en favor de los acreedores hereditarios, no así, de los acreedores testamentarios. Así también, el Código Civil boliviano se encarga de señalar en su artículo 1069, la porción disponible, señalando al efecto que, para determinarla, se forma una masa de todos los bienes que pertenecían al *de cuius* en el momento de su muerte, deduciendo de ella las deudas, y se calcula sobre el caudal así formado la porción de la cual el difunto podía disponer, todo ello, sin perjuicio de la aplicación de las normas contenidas en el título de las colaciones. Por su parte, en la legislación peruana, se señala que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria, agregando que el heredero puede pedir que las deudas de la herencia, debidamente acreditadas y que carezcan de garantía real, sean pagadas o se asegure su pago antes de la partición (artículos 871 y 873 del Código Civil). Consagrando estos mismos principios, el Código Civil argentino prescribe

que “ en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión”, agregando que “ los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos” (artículos 3474 y 3475).

b.DERECHO DE PROCEDER EJECUTIVAMENTE CONTRA LOS HEREDEROS, CUANDO PODIA HACERSE EN IGUAL FORMA EN CONTRA DEL DIFUNTO, PREVIA NOTIFICACIÓN DE AQUELLOS DEL TÍTULO RESPECTIVO. Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos (artículos 1434 del Código Civil colombiano y 1377 del Código Civil chileno, modificado este último, parcialmente por el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que los herederos tienen el término de emplazamiento para contestar demandas para comparecer a la ejecución contado desde que se les da noticia de su estado, cuando el causante falleció mientras se ventilaba el procedimiento en el que litigaba por sí mismo). En igual sentido, el artículo 3432 del Código Civil argentino dispone que “ los acreedores de la herencia gozan contra el heredero, de los mismos medios de ejecución que contra el difunto mismo, y los actos ejecutorios contra el difunto lo son igualmente contra el heredero”.

c. OBLIGACIÓN DE LOS ALBACEAS O EJECUTORES TESTAMENTARIOS DE VELAR POR EL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS Y LEGADOS. Sea que el testador haya encomendado o no a el albacea el pago de sus deudas, será éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas. Con el fin de que los acreedores tengan conocimiento de la muerte del causante, el albacea está obligado a dar noticia de la apertura de la sucesión por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere. Si omitiere estas diligencias, será responsable de todo perjuicio que ello irroque a los acreedores, pesando estas mismas obligaciones y responsabilidades sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores, y el marido de la mujer heredera, que no está separada de bienes. El albacea encargado de pagar deudas hereditarias, lo

hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente en su caso. Sin embargo, aunque el testador haya encargado a el albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarles. Por otra parte, el albacea deberá pagar también los legados que no se hayan impuesto a un determinado heredero o legatario, para lo cual, exigirá a los herederos o al curador de la herencia yacente el dinero que sea menester y las especies muebles o inmuebles en que consistan los legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies. En todo caso, los herederos podrán hacer el pago de dichos legados por sí mismos, y satisfacer a el albacea con las respectivas cartas de pago, a menos que el legado consista en una obra o hecho particularmente encomendado a el albacea y sometido a su juicio. Si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados, el albacea con el beneplácito de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles para pagarlos, pudiendo los herederos oponerse a ello, entregando a el albacea el dinero necesario al efecto (artículos 1285 1293 del Código Civil chileno y 1342 1350 del Código Civil colombiano). Por su parte, el Código Civil boliviano señala que si el testador no ha especificado las atribuciones del albacea, le son propias entre otras, la de efectuar la inventariación y administración de los bienes; promover la partición y división de los bienes, y lo que, en general, corresponda a las obligaciones y deberes del heredero beneficiario, obligaciones entre las que se incluye, la de pagar las deudas hereditarias y los legados hasta donde alcancen los bienes de la herencia (artículos 1225 y 1041 N° 1). Así también, el Código Civil peruano señala entre las obligaciones del albacea las de hacer inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia, con citación de los herederos, legatarios y acreedores de quienes tenga conocimiento; pagar las deudas y cargas de la herencia, con conocimiento de los herederos; pagar o entregar los legados y vender los bienes hereditarios con autorización expresa de los herederos o del juez, en cuanto sea indispensable para pagar las deudas de la herencia y los legados (artículo 787 Nos. 3,5,6 y7). Por otra parte, si el testador no instituye herederos, sino solamente legatarios, la posesión de los bienes hereditarios corresponde al albacea, hasta que sean pagadas las deudas de la herencia y los legados (artículo 790). Finalmente, el artículo 3852 del Código Civil argentino establece que “habiendo herederos forzosos, o herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde a los herederos, pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanto fuese necesaria

para pagar las deudas y legados, si los herederos no opusiesen, respecto de los legados, que en ellos van a ser perjudicados en sus legítimas”.

d. ALGUNAS NORMAS ESPECIALES DENTRO DE LA PARTICION DE BIENES. El juez partidor, aunque no sea requerido a ello por el albacea o los herederos, está obligado a formar el lote o hijuela para pagar las deudas hereditarias, según lo disponen los artículos 1336 del Código Civil chileno y 1393 del Código Civil colombiano. Si así no lo hiciere, será responsable de todo perjuicio respecto de los acreedores. Por su parte, como señaláramos en páginas anteriores, en la legislación peruana, mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria. Como consecuencia de ello, el acreedor hereditario puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados mientras no se le satisfaga la deuda o se le asegure el pago y, si no obstante la referida oposición, se procede a la partición, sin que se le pague ni se le asegure el pago de su crédito, se reputará no hecha la partición, en cuanto se refiera a los derechos del acreedor oponente (artículos 871, 875 y 876). Tratándose de la legislación argentina, los terceros que se funden en un interés jurídico, y desde luego entre ellos se encuentran los acreedores de la sucesión, pueden oponerse a que se haga una partición privada, caso en el cual, ésta será judicial (artículo 3465 N°2) y, ya se trate de partición judicial o extrajudicial, deben separarse bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión, pudiendo los acreedores de la herencia reconocidos como tales, exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos (artículos 3474 y 3475).

e. SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES HEREDITARIOS Y TESTAMENTARIOS FRENTE AL BENEFICIO DE INVENTARIO. Como consecuencia de la confusión de dos esferas patrimoniales, la del *de cuius* y la del *heres*, por efecto de la adquisición de la herencia, el heredero respondía de las deudas del difunto, *ultra vires hereditatis*, es decir, incluso con sus bienes personales, con lo cual, podía ver amenazado su propio patrimonio. Para evitar este inconveniente, se creó por el Derecho romano en el período justiniano para los herederos voluntarios, el beneficio de inventario, en virtud del cual, los herederos tenían la posibilidad de obtener la separación entre el patrimonio del difunto y el propio y reducir de esta manera, su

responsabilidad por el pasivo de la herencia hasta el monto de los bienes heredados. Para gozar del *beneficium inventarii*, el heredero voluntario debía levantar un inventario de los bienes hereditarios dentro de los treinta días de tomar conocimiento de la delación y terminarlo en el plazo de sesenta días, o de un año si el heredero residía lejos de la mayor parte de los bienes de la herencia. El mencionado inventario debía otorgarse ante un notario (*tabularius*), de peritos y de los legatarios y acreedores, y en ausencia de éstos, ante tres testigos, siendo necesario además que el heredero lo suscribiera con su firma, expresando el monto de la herencia y declarando que todo lo señalado correspondía a la verdad. Los acreedores y legatarios eran pagados, a medida que se fueran presentando, a través de la venta de los bienes de la herencia. El Código Civil chileno regula el beneficio de inventario entre sus artículos 1247 y 1263 (artículos 1304 al 1320 del Código Civil colombiano) y exige como único requisito para su procedencia, la confección de inventario solemne de los bienes hereditarios, esto es, aquel que se hace previo decreto judicial ante un ministro de fe y dos testigos, previa publicación de tres avisos en el periódico y citación de los interesados, y protocolizado en una notaría (artículos 858 y siguientes del Código de Procedimiento Civil). En efecto, el artículo 1245 inserto dentro de las reglas particulares relativas a las herencias dispone que “el que hace acto de heredero sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda”, agregando que “habiendo precedido inventario solemne, gozará del beneficio de inventario.” En el inventario solemne debe hacerse además la tasación de los bienes hereditarios, requisito, que si bien la ley no lo exige expresamente, se desprende de la propia definición que de esta institución hace el artículo 1247. En efecto, la ley dispone que el beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia “**del valor total**” de los bienes que han heredado. Por regla general, el heredero puede siempre aceptar o no con beneficio de inventario. Sin embargo, no pueden acogerse a este beneficio el asignatario a título universal que hizo acto de heredero, sin previo inventario solemne y aquel que omitiere de mala fe mencionar determinados bienes en el inventario. Por otra parte, ciertos herederos deben aceptar con beneficio de inventario, como son los coherederos, cuando los demás asignatarios a título universal aceptan con beneficio de inventario, los herederos fiduciarios, las personas jurídicas de derecho público y los incapaces. Si tratándose de estos dos últimos grupos de

herederos, no se aceptare la herencia con beneficio de inventario, éste les es concedido por la ley de pleno derecho. Aceptada la herencia con beneficio de inventario, produce como principal efecto, el de limitar la responsabilidad del heredero hasta el monto de lo que ha recibido por herencia. Sin embargo, en doctrina se discute si este beneficio produce o no la separación de los patrimonios del heredero y del difunto. Se ha sostenido mayoritariamente, que en este caso no se produce la separación de patrimonios, entre otros argumentos, porque la ley no limitó la facultad de disposición de los herederos beneficiarios y porque si bien, el artículo 520 N° 4 del Código de Procedimiento Civil dispone que si se le embargan bienes propios al heredero beneficiario para pagar deudas hereditarias, éste puede ventilar por el procedimiento de las tercerías su oposición, ello puede hacerlo sólo cuando se encuentre en alguna de las situaciones previstas en los artículos 1261 a 1263 del Código Civil, esto es, cuando se ha extinguido su responsabilidad por haber abandonado (estimado este abandono como una transferencia del dominio en virtud de una dación en pago) los bienes de la sucesión a los acreedores hereditarios o, por haberse agotado lo que recibió en la herencia en el pago de las deudas hereditarias y testamentarias. En consecuencia, si el heredero beneficiario no se encuentra en alguna de las situaciones descritas, los acreedores hereditarios pueden perseguir sus bienes personales para cubrir sus créditos. En todo caso, el heredero beneficiario limita su responsabilidad hasta el valor de los bienes al momento de recibirse de la herencia, por lo cual el aumento o disminución posterior del valor de los bienes hereditarios, le beneficia o perjudica, conforme al principio que las cosas producen y perecen para su dueño. El Código Civil boliviano regula por su parte el beneficio de inventario entre sus artículos 1031 a 1051, pudiendo anotarse algunas importantes diferencias que presenta en esta materia con las legislaciones chilena y colombiana. Así y en primer término, exige al heredero para gozar de este beneficio, una declaración expresa y escrita otorgada ante el juez y precedida o seguida de la confección de un inventario que debe levantarse de la manera y con las formalidades prescritas en el Código de Procedimiento Civil en el plazo fatal de seis meses contados desde la apertura de la sucesión. Sin embargo, se le concede al heredero la opción, siempre que se encuentre dentro de los seis meses señalados, de aceptar con beneficio de inventario o pedir que previamente se levante éste para luego, deliberar si acepta o no. Si el heredero opta por declarar que acepta la herencia con beneficio de inventario, debe comenzar a levantarlo dentro de los dos días siguientes a la última citación hecha a los acreedores de la sucesión y a los legatarios, y

terminarlo en el lapso de dos meses, sin perjuicio de otras normas especiales. Si ha transcurrido el plazo sin que el inventario haya terminado, se tendrá al heredero como aceptante puro y simple. En cambio, si el heredero opta porque se levante previamente el inventario para luego deliberar, debe levantarse y terminarse el inventario en el mismo plazo señalado anteriormente y transcurrido que sea el referido término sin que el inventario haya terminado, se tendrá al heredero por renunciante. Terminado el inventario, el heredero tiene un plazo de veinte días para deliberar si acepta o no la herencia. Vencido el término, sin que hubiera deliberado, se tendrá al heredero por renunciante. En segundo lugar, puede anotarse como otra diferencia importante, el hecho de que el heredero beneficiario no puede vender los bienes de la sucesión, sean inmuebles o muebles, corporales o incorporales, sino mediante autorización judicial, debiendo hacerse la venta en pública subasta, previa tasación, consecuencia de lo cual, los patrimonios del *de cuius* y del heredero no se confunden y se mantienen separados, lo que se traduce entre otras consecuencias, en que los acreedores del *de cuius* y los legatarios tienen preferencia sobre el patrimonio del difunto frente a los acreedores del heredero. Así también el heredero beneficiario no está obligado a pagar con sus bienes propios, sino cuando queda constituido en mora en su obligación de rendir cuentas. Si oportunamente el heredero rinde cuentas de su administración, no puede ser obligado a pagar con sus bienes propios, sino sólo hasta la concurrencia de las sumas por la cuales es deudor, según resulte de la rendición de cuentas. Tratándose de la legislación peruana, es interesante destacar que se concede de pleno derecho el beneficio de inventario. En efecto, el artículo 661 del Código Civil dispone que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta, agregando que, incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial. Sin embargo, el heredero pierde este beneficio que le concede la ley si oculta dolosamente bienes hereditarios, simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión (artículo 662). Finalmente en la legislación argentina, desde la dictación de la ley No. 17.711 del 22 de abril de 1968, toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga (artículo 3363). Pero el heredero puede perder el beneficio si ha ocultado valores de la sucesión, si ha omitido fraudulentamente en el inventario algunas cosas de la herencia o si hubiere vendido bienes inmuebles de la sucesión, sin conformarse a las disposiciones de la ley, sin perjuicio que también puede renunciar a él

(artículos 3404 3406). En todos estos casos, es considerado heredero puro y simple desde la apertura de la sucesión. Cabe destacar que a diferencia de lo que ocurre en la legislación chilena en la cual, si de muchos coherederos los unos quieren aceptar con beneficio de inventario y los otros no, todos ellos serán obligados a aceptar con beneficio de inventario (artículo 1248), en la ley argentina, cuando son varios los herederos, el beneficio de inventario se concede separada o individualmente a cada uno de ellos. Uno puede aceptar la sucesión con el beneficio de inventario, mientras que otro la acepte pura y simplemente (artículo 3360). El beneficio de inventario evita la confusión patrimonial, y por lo tanto, los acreedores de la sucesión no pueden perseguir los bienes del heredero que no recibió del causante, según puede deducirse de los artículos 3371, 3379 y 3398, entre otros. Así, el primero de ellos señala que el heredero beneficiario responde por las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia, agregando que el patrimonio del heredero no se confunde con el del difunto, y puede reclamar como cualquier otro acreedor los créditos que tuviese contra la sucesión.

f. SITUACIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO AL CESAR EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. Uno de los objetivos fundamentales de la ley N° 19.335 (publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1994) actualmente incorporada al texto del Código Civil (D.F.L. N° 295 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley de Matrimonio Civil; de la Ley sobre Registro Civil; de la ley N° 7.613, que establece disposiciones sobre Adopción; de la ley N° 18.703, que dicta normas sobre Adopción de Menores y deroga la ley N° 16.346, y de la ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, Diario Oficial del 26 de diciembre de 1996) fue introducir el sistema de participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios, como régimen económico matrimonial de carácter convencional y alternativo. En efecto, el artículo 1792 N°2 del Código Civil dispone: “En el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente”, agregando el mismo artículo en su N° 5 que: “ a la disolución (debió decir cesación o término, pues no hay nada que disolver) del régimen

de participación en los gananciales, los patrimonios de los cónyuges permanecerán separados, conservando éstos o sus causahabientes plenas facultades de administración y disposición de sus bienes”, disponiendo en su inciso 2º que: “ a la misma fecha se determinarán los gananciales obtenidos durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales.” En consecuencia, se trata de una participación con compensación de beneficios y no de una participación con comunidad diferida, que tuvo como fuente de inspiración sin lugar a dudas, a la ley francesa del 13 de julio del año 1965 que estableció este sistema en Francia como un régimen convencional y, a la ley alemana sobre igualdad de derechos del hombre y de la mujer en el campo del Derecho Civil de 1 de julio de 1958 que adoptó una participación restringida en las ganancias con compensación de beneficios, como régimen legal. Este sistema cesa entre otras causas, por la muerte natural real y por la muerte natural presunta, normalmente en virtud del decreto de posesión provisoria (artículos 1792 N°27, Nos. 1 y 2 y 84 inciso 1 del Código Civil), debiéndose proceder a la determinación y cálculo de los gananciales, proceso puramente contable de ajuste de cuentas. Se entiende por gananciales, la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge (artículo 1792 N° 6). Por su parte, el patrimonio originario de cada cónyuge es el existente al momento en que éstos optan por este régimen y resulta, de deducir del valor total de bienes de que el respectivo cónyuge sea titular al iniciarse el régimen, el valor total de las obligaciones de que sea deudor en esta misma fecha. Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio, originario se estimará carente de valor. Por lo tanto, el patrimonio originario presenta un activo y un pasivo, dando la ley normas tanto para la valorización como para la prueba de ambos (artículo 1792 Nos. 11 y 13). El patrimonio final en cambio, es el que existe al término del régimen de participación y, resulta de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de finalizar la participación, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha, distinguiéndose en él también, un activo y un pasivo, dando la ley normas tanto para la valoración como para la prueba de ambos (artículo 1792 Nos. 6 inciso 2; 14, 16 y 17). Efectuada esta operación contable, puede originarse el crédito de participación, cuando uno de los cónyuges ha obtenido ganancias, no así el otro o, cuando ambos cónyuges hubiesen obtenido ganancias pero por distinto valor, caso en el cual opera una compensación hasta las de menor valor, naciendo el derecho de participación para aquel que obtuvo menores ganancias, para que el otro le pague, a título de participación, la mitad del

excedente (artículo 1792 Nos. 19 y 20). Este crédito de participación es irrenunciable, por regla general puro y simple, debe ser pagado en dinero, sin perjuicio de que se pueda convenir una dación en pago, nace de él una acción personal que prescribe en el plazo de 5 años contados desde la terminación del régimen y, goza de una preferencia de la cuarta clase (artículos 1792 Nos. 20,21,22 y 26 y 2481 N° 3 del Código Civil). Como se trata de un crédito o derecho personal, se transforma al cónyuge viudo en acreedor. En efecto, este crédito nace al fallecer uno de los cónyuges, por lo cual, se origina directamente en el patrimonio de el o los herederos la obligación correlativa y no tiene en consecuencia la calidad de deuda hereditaria y por lo mismo, no es una baja general de la herencia. Por lo tanto, se trata de deudas personales de el o los herederos, colocándose al cónyuge sobreviviente en la misma situación que los acreedores personales de éstos, sin perjuicio de la débil protección que se le otorga en el artículo 2481 N° 3 del Código Civil, lo que se agrava al tenor de lo dispuesto en el artículo 1792 N° 25 del Código Civil: “Los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales.” Al respecto, considero que habría sido del todo conveniente incluirlo dentro de las bajas generales de la herencia que regula el artículo 959 del Código Civil.

Dra. Claudia Schmidt Hott

Profesora de Derecho Civil I
en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
y de Derecho Civil II
en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae

Notas:

(1) ARGÜELLO, LUIS RODOLFO, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1981, págs. 427 429.

(2) ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las Obligaciones y sus principales Fuentes* en el Derecho Civil Chileno, Editores López Viancos Distribuidores, Santiago, Chile, 1971, pág. 479.

(3) SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, pág. 523.

(4) ARGÜELLO, LUIS RODOLFO, ob. cit., pág. 466.

(5) SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL ob. cit., pág. 525.

(6) ARGÜELLO, LUIS RODOLFO, ob. cit., págs. 464 466.

(7) SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, ob. cit., pág. 389.

(8) SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, ob. cit., págs. 390 393.

(9) SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *Nuevo Régimen Matrimonial*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile 1995, págs.9 13, 27, 30 46.



AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD: PROBLEMÁTICA ACTUAL

por María Carmen Gómez Laplaza

Abordar el tema de la autonomía de la voluntad supone arrostrar un doble peligro. Ante todo, dada su amplitud y las muchas implicaciones que conlleva, se corre siempre el riesgo de incurrir en generalidades que poco o nada aporten de nuevo. A ello se suma el hecho de que pocos tratadistas, del siglo XIX para acá, han logrado sustraerse a la tentación de aportar su pensamiento, con mayor o menor fortuna, a este tema central no ya del Derecho de Obligaciones sino del propio Derecho civil o quizá del Derecho Privado. Sólo por referirme a la Argentina quiero destacar, relegando ahora otros importantes trabajos, la monografía de los Dres. Alterini y López Cabana “La autonomía de la voluntad en el contrato moderno”, creo que de 1989. Riesgo pues de incurrir en lugares comunes, en repeticiones de lo que ya muchos maestros, como los que acabo de citar, han aportado. Siendo consciente del riesgo, he de anticipar que no he salido airosa del peligro y que, seguramente, incidiré en temas o adoptaré actitudes frente a ellos que a ustedes, versados en Derecho, les resultarán conocidos.

Parto de una idea central: quizá donde el Derecho Civil actual juega de modo primordial la baza de su identidad es, sin duda, en la dinámica del principio de autonomía contractual. Con este punto de partida, en mi exposición, abordaré, en primer lugar, la realidad a que creo asistimos. Recorreré luego las manifestaciones de lo que se ha venido llamando “crisis del principio o del dogma de la autonomía de la voluntad”. Y terminaré con lo que yo pienso debe ser el camino en que debemos empeñarnos los juristas actuales.

Excuso el aludir al origen del propio dogma de la autonomía, a los principios que derivan de él (libertad de contratación, fuerza obligatoria del contrato y eficacia relativa del mismo) y, en fin, a como se enseña de todo el siglo XIX y sus manifestaciones en los Códigos. Etimológicamente es darse a sí mismo la norma, autonormarse. Es poder de autorregulación de los propios intereses. Yéndome a ámbitos más concretos, es casi obligado el partir del propio Código civil y recordar los arts. 1089, 1091 y 1255 del mismo. El primero de ellos nos dice que “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. El segundo, “Las

obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”. No son ley, ni siquiera “*inter partes*”, sino que tienen “fuerza de ley”. En cualquier caso, ya resalta aquí con fuerza esa “*lex privata*” respecto de la cual el último de los preceptos citados dispone que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes a la **moral, ni al orden público**”. He de hacer notar que ninguno de los tres preceptos citados se encontraba en lo que puede considerarse el principal antecedente de nuestro Código, esto es el Proyecto de 1851 o Proyecto de García Goyena. Fue en el Anteproyecto 1882-88 (concretamente el proyecto de 1886) donde se introduce el último de estos preceptos y en los trabajos aparece con el subrayado de “Nuevo”. Incluso en la primera edición oficial del Código en 1887 el art. 1255 aparece suprimido (Lasso Gaité, pág. 5657 T] 4).

Ustedes tienen el art. 1197 tributario, como sucedía en nuestro Proyecto de Goyena, del art. 1134 del *Code*. Pero, como ha dicho Lacruz, este precepto no encarna necesariamente la ideología del liberalismo económico, fue su interpretación por cierta doctrina la que acentuó su faceta individualista. Además, y como es sabido, el art. 6 del *Code* establece que no se pueden derogar, por convenciones particulares, las leyes que interesan al **orden público y a las buenas costumbres**. Creo que es la idea recogida en su art. 21 del Código civil. Abandonando Códigos decimonónicos, sólo recordaré ahora, en relación con los del siglo XX, que el *Códice civile* italiano de 1942 dedica un precepto específico al tema, el 1322, que aparece bajo la rúbrica “*Autonomia contrattuale*” y que dispone: Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley (y por las normas corporativas). Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, siempre que se dirijan a realizar **intereses merecedores de tutela** según el ordenamiento jurídico. Aparece, pues, aquí directamente abordado el tema de los contratos atípicos. Por último, el reciente Código holandés, en su Libro 6 (aprobado en 1992), art. 248-1 establece: “Un contrato no tiene solamente los efectos jurídicos convenidos por las partes, sino también los que se deriven, según la naturaleza del contrato, de la ley, la costumbre o las exigencias de **la razón y de la equidad**”; y el apartado 2 del propio artículo prevé que “una obligación que exista entre las partes contratantes será inaplicable en tanto que, en las circunstancias dadas, fuera inadmisibles según los criterios de la

razón y de la equidad”. (trad. Van Reigersberg). Naturalmente, ya se han alzado voces que, reconociendo la justicia del precepto, temen por la falta de seguridad jurídica.

Con una u otra consagración positiva, a la que no aludo (aunque no desdeñe pues podría dar lugar a alguna reflexión de interés), lo cierto es que aparece aquí consagrado ese dogma de la autonomía de la voluntad, que, quiero subrayarlo ya, encuentra una serie de límites en todos los Códigos, como claramente se refleja en nuestro art. 1255: las leyes, la moral y el orden público. Esto es, la autonomía no es simplemente un poder de autonormación entregado a los particulares, sino que hay siempre un conjunto mixto de “*lex privata*” y “*lex publica*”. Lo que Lacruz llamó “el carácter mixto de la norma contractual”. O, como dice Duguit, la voluntad no es sino un conmutador que da paso a una corriente cuya fuente se halla en otra parte: la sociedad.

Por lo demás, a lo largo del Código encontramos otras limitaciones de las que destaco, por la fuerza que creo debe dársele hoy, la nulidad de la renuncia a la acción para exigir la responsabilidad procedente del dolo (art. 1102) pero, sobre todo, las limitaciones en relación con la causa del contrato. “Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral” (art. 1275). Del comentario de Portalis, al comentar el texto del homónimo francés (art. 1131), deduce Ghestin que a través de la causa ilícita se trata de tener en cuenta la **utilidad social** del contrato.

Todo lo anterior, por no referirme a otro ámbito más amplio, como sería el del art. 77 de que los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe y que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

A partir de la constatación de estos datos codificados, si repasamos Tratados, Monografías o Manuales es muy habitual el encontrar ahora la historia de una evolución que, a lo largo del siglo XX, parecería conducir a lo que se ha venido llamando, con caracteres de tópico, la “crisis del principio de autonomía de la voluntad”, multiplicando ejemplos de ello a los que luego me referiré y brindando soluciones al problema.

Yo me voy a permitir el partir de la idea contraria. Frente a la idea de crisis, pienso que asistimos en el momento actual, y en la últimas décadas, a lo que

no dudo en calificar de enorme apogeo, excesivo apogeo, enorme vitalidad del principio o dogma aludido. Con palabras del Dr. Videla Escalada “goza de buena salud”. O lo que, como siempre en feliz expresión, ha llamado el Dr. Alterini “ un festival de la autonomía de la voluntad”, referido por el a los llamados “megacontratos” o contratos entre grandes empresas. Creo que basta con mirar el entorno de la vida negocial diaria para apoyar esa afirmación. No solo se multiplican los contratos atípicos, en los que, ocioso es decirlo, el ámbito de la autonomía es amplísimo, diríamos que es el “reino” de la autonomía de la voluntad, sino que en la mayoría de las ocasiones, y haciendo precisamente uso de esa autonomía, encontramos contratos mixtos que combinan esquemas tipificados clásicos y nuevas previsiones en un crisol muy difícil de reconducir a las figuras contractuales clásicas.

He aquí algunos ejemplos de todos conocidos. Dejando aparte otros supuestos (cesión de solar a cambio de locales/ viviendas construidas o a cambio de participación en beneficios por ventas. Explotación de máquinas recreativas de azar...), vivimos en una sociedad de servicios y en ella encontramos múltiples ejemplos: contratos de turismo, tarjetas de crédito, franquicias, “*Know how*”, peaje de autopista, mantenimiento, asesoramiento, auditorías.... Todos utilizan el molde contractual y, como decía, presentan en ocasiones una complejidad extrema. Pensemos en la articulación de un arreglo de vivienda, más alquiler de la misma, más ventas o cláusulas de otros contratos que se insertan de locales de negocio. No se trata ya de que, como sucede en el ámbito anglosajón, los contratos son largos y farragosos al carecer de Derecho codificado y, por tanto de normas dispositivas, sino de que la articulación jurídica de lo querido (de lo que pueden querer ejercitando esa autonomía) por las partes desborda los instrumentos y los esquemas tradicionales codificados.

No hago ya incursiones en terrenos menos conocidos por como los Fondos de capital/riesgo y sus sociedades gestoras con las responsabilidades por balances, los contratos con empresas de bancos de datos, con los compromisos de no disponer o gravar acciones sin permiso, más cláusulas penales, compromisos de auditorías, de aumentos salariales, compromisos de contratos de seguros de bienes, de responsabilidad civil de los consejeros.... ¿Y qué decir de los llamados préstamos participativos, que gozan de reconocimiento normativo? En ellos encontramos desde seguros de vida para los socios, fianza solidaria, prenda, intereses de demora y desviaciones de lo

que podría considerarse un contrato de cuentas en participación (arts. 239 y 243 C de C) pero con la particularidad de que no hay más que participación en los resultados prósperos pero no en los adversos como establece el Código de Comercio, con lo que se produce, a mi modo de ver, una clara ruptura del equilibrio contractual. ¿Hará falta seguir recalcando la complejidad de estos supuestos que, repito, se articulan bajo la flexible cobertura del contrato?. Auge, desde luego, del contrato, recurso excesivo a él, pero, como acabo de señalar, se conculca en ellos uno de los principios tradicionales en el ámbito contractual: el del equilibrio de las prestaciones. Pero hay más y voy a tomar ejemplos muy sencillos y próximos a todos. El tema de la deuda de intereses.

Existe, como es sabido, un interés legal pero, en la práctica se fijan convencionalmente tipos de interés que duplican o triplican aquél. A la pregunta de si esto es lícito, y dejando aparte la respuestas que daría el Derecho canónico medieval con su condena tajante, podría contestarse que sí lo serían los que se aproximaran a ese interés legal. Pero ¿y los notoriamente superiores a él? El Código civil nunca ha contenido norma que límite los intereses y el Código de Comercio incluso afirma que “podrá pactarse el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie” (art. 315). Pero, desde 1908 existe en España una vieja Ley, la llamada Ley de represión de la usura o Ley Azcárate que está vigente (también en el ámbito mercantil) y que mostrando notable flexibilidad, no es que establezca un tope a partir del cual los intereses se consideran usurarios sino que considera nulos, por usurarios, aquellos supuestos (préstamos y, en general, obligaciones dinerarias) cuyo tipo de interés fuese “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivo para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

Pues bien, en la actualidad y de nuevo al amparo del principio de autonomía, se pactan intereses notoriamente superiores al normal y el Tribunal Supremo afirma que sólo pueden considerarse usurarios los tipos superiores al veintitantos o 30 por ciento anual. Si tenemos en cuenta que el interés legal se ha venido moviendo en los últimos diez años en una franja que va del 10,50 al 7 u 8 puede entenderse la posible aplicación de aquella ley en nuestra realidad actual.

Igual sucede con el tema de saldos negativos en las cuentas Bancarias (los llamados números rojos). La SAP de Madrid de 29 enero de 1993. Reclamación de 500.000 pts. por “intereses de descubierto”. No mas de 132.000 por intereses de mala fe en el cobro de lo indebido (art. 1896 C. C.).

O pensemos en el “*leasing*” que, como contrato atípico favorece el mayor juego de la autonomía de la voluntad. Estamos ante un arrendamiento financiero con opción de compra. Se acude a una entidad financiera y ella es la que compra-alquila y concede la opción. En realidad se está pagando el precio más los intereses. Es un caso de financiación a comprador, operaciones de compraventa a plazos. Pero no se puede dejar de pagar si existen defectos en la cosa. No se tiene la propiedad (nueva reserva de dominio). Habría de incluirse en el art. 10-1,c-4 de la Ley de Consumidores como condiciones abusivas de crédito.

Finalmente recordar el tema de los llamados contratos blindados en los que la indemnización no se corresponde con los daños sufridos. O las comisiones, es decir, cantidades desproporcionadas para el servicio o la colaboración, que sitúan a los empresarios en márgenes demasiado ajustados, disparan los precios o disminuyen las calidades. O pensar en lo frecuente de la exigencia de garantías duplicadas o excesivas (hipotecas más fianzas, con seguros de vida) que, de nuevo no son sino condiciones abusivas de crédito.

Esto es, el contrato es un instrumento flexible, amplio, apto para acoger los más variados contenidos y tiene un indudable valor. Pero no es, o no debe ser, instrumento de lo que se ha llamado “el abuso de principio de libertad de contratación”.

Todo esto se halla favorecido por la política actualmente en alza: libertad de mercado, neoliberalismo que, por ello mismo, vuelve a entronizar el valor máximo de la autonomía de la voluntad. Por eso, puede ser fructífero comenzar a traer a colación ciertos preceptos que se encuentran en nuestra Constitución.

Aparte del art. 33-1 y 2, en donde : “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, pero también que “ La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”, la Constitución nos sitúa claramente en el marco de una economía de mercado. En efecto, el

art. 38 afirma que: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Pero, en este marco, naturalmente, hay otros valores constitucionalmente protegidos. Así, en el art. 10-1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. O los artículos 1, 9 ó 14 a los que después me referiré.

Antes insistir en que hoy el culto del mercado es el culto del contrato en el que, como se decía en el siglo pasado todo lo pactado vale, o, con frase de Fouillé, quien dice contractual dice justo. De aquellos principios de la Revolución francesa, libertad, igualdad y solidaridad (en lo que traduzco la fraternidad), es el primero el que amenaza a los otros dos. Por lo tanto es primordial el preocuparse por los límites de la autonomía, por los límites de una de sus máximos exponentes que es la libertad contractual. La realidad cotidiana nos muestra continuamente ejemplos en los que parece que debería ponerse coto a esa autonomía que no es sino fuente de abusos, de escándalo y, a veces peor, de asunción de la moral de que todo vale si se paga o si alguien en el mercado está dispuesto a adquirirlo. Esto es, los derechos también son mercancías.

Y es aquí donde ha de traerse a colación la reacción, para mí todavía indudablemente tímida y limitada por sectorial, que se ha dejado sentir a lo largo de todo este siglo. En ella no puede olvidarse el papel que está cumpliendo el Derecho del Consumo. Un Derecho que, teniendo por finalidad proteger a lo que se considera la parte mas débil, en definitiva asegura la “contractualidad efectiva”, garantizando el conocimiento, la libertad y voluntariedad de conclusión del contrato. Los límites a la autonomía contractual se articulan para lograr una auténtica autonomía, aunque parezca un juego de palabras. Porque existe una correspondencia estructural entre sistema económico de mercado, autonomía contractual y Derecho Privado (Mestmaecker), y es precisamente aquí donde la crisis se presenta más aguda. El Estado deroga la autonomía allí donde existen relaciones de poder o dominación social; cuando el principio de igualdad formal de los contratantes no se corresponde con un equilibrio en la estructura económica del tráfico, el principio de “abstracción” del sujeto pierde su razón de ser. El Derecho civil,

que aparece en los Códigos como garante de la igualdad entre los sujetos desemboca por su propia dinámica en crecientes situaciones de desigualdad real.

Pero también el Estado interviene en terrenos en los que, aunque no esté en juego la desigualdad de los contratantes, si lo están valores constitucionales que tiene la obligación de salvaguardar, derechos básicos de los ciudadanos protegidos constitucionalmente. El ejemplo más claro lo tenemos en relación con los arrendamientos urbanos. La Ley española de 1994 diferencia nítidamente los arrendamientos de vivienda y los de locales de negocio. En estos segundos se consagra el principio de libre acuerdo de las partes, mientras que para los primeros hay un cierto carácter tuitivo en la regulación. Y ello no es porque en un caso sí y en el otro no exista desigualdad entre las partes, que puede darse o no en los dos casos. Lo que sucede es que, respecto de los arrendamientos de vivienda, el Estado ha de realizar una política “orientada por el mandato constitucional consagrado en el art. 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (Art. 47-1 Constitución española: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”).

De todos son conocidas las muestras de derogación de esa autonomía en el mundo actual. Quizá donde más se haya hecho hincapié es en relación con los contratos en los que una de las partes ocupa posición de inferioridad, el contratante débil, aunque, como hemos dicho, no sea el único campo en que se limita la autonomía de la voluntad. Haremos una breve incursión en las mismas no sin volver a repetir que la derogación no es muestra de la crisis del dogma sino defensa frente a ese enseñoramiento del mismo a que he venido aludiendo.

Podemos elegir varios caminos para esta rápida incursión. O comparar la tradicional libertad en las distintas fases contractuales e ir señalando los llamados fenómenos nuevos. O ir viendo cómo estos fenómenos nuevos afectan a cada uno de los corolarios de la autonomía de la voluntad (libertad contractual, fuerza obligatoria del contrato, eficacia relativa del mismo), o, en fin, aludir a los remedios que se han ido abriendo paso en todos los países

frente a las situaciones de desigualdad ya reseñadas.

El primer camino nos llevaría, y sólo lo señalamos, a contraponer la libertad de contratar o no hacerlo, la de elegir al otro contratante, la de elegir la forma del contrato, la de determinar su contenido etc., con los llamados “contratos forzosos” o “impuestos”, instrumento imprescindible, en muchas ocasiones, para garantizar derechos básicos de los ciudadanos, o con los contratos predispuestos o los contratos por adhesión o las condiciones generales de la contratación.

La segunda opción nos llevaría a analizar no sólo los atentados a la libertad contractual, sino también a la fuerza obligatoria del contrato (plazo de arrepentimiento, modificación del contrato mediante la eliminación de cláusulas abusivas, revisión judicial del contrato), y a la eficacia relativa del mismo (el contrato a favor de tercero, convenios colectivos).

Señalado esto, preferimos optar por el último de los caminos dada su mayor facilidad de síntesis a efectos de esta exposición.

Aunque en realidad las manifestaciones se extienden a todo el Derecho de la contratación, con afán de sintetizar destacaremos:

1) Fijación de contratos tipo cuando el interés social impone una “heterointegración” de los intereses en juego (L. G. D. C. U.).

2) Nulidad radical de las renunciaciones previas a derechos, cuando esa renuncia está motivada por la presión de relaciones de dominación en el mercado. Las leyes especiales de arrendamientos, la Ley de protección al consumidor o en el ámbito de los derechos de la personalidad, encontramos claras muestras de ello. Dimensión extraordinaria adquiere este fenómeno en la masificación contractual y la fijación de condiciones del contrato, especialmente en lo referente a las cláusulas de exoneración de responsabilidad por la parte más fuerte (De Castro).

3) Prohibición de cláusulas contractuales que modifican “*in peius*” de la parte más débil las condiciones de una regulación legal, que por esta misma razón deja de conservar el carácter de “dispositivo” que generalmente se atribuye a las normas que regulan el Derecho de Obligaciones. El legislador ahora

valora la situación de inferioridad en el mercado y las reglas de contratación (generalmente en leyes especiales) tienden a adquirir una función “ordenadora” (De Castro) que no puede ser desplazada sin una razón suficiente, lo que se traduce en una relevancia de la causa del contrato como control de la abstracta libertad de regulación privada (Mestmaecker). De esta manera, el “justo equilibrio de las prestaciones” (art. 10-1 Ley de Consumidores) aparece como contenido necesario en la fijación de las condiciones del contrato.

4) Exigencia de buena fe y justo equilibrio del sinalagma, lo que acarrea la nulidad parcial de las cláusulas abusivas, entendidas como aquellas que no se ajustan a la buena fe objetiva, causando un desequilibrio injustificado en la posición contractual de las partes. Igual invalidez de las cláusulas “sorpresivas”, es decir, aquéllas no conocidas ni esperadas en la economía normal del contrato.

5) Interpretación del contrato de acuerdo con la función económico social del mismo, de una forma objetiva, aunque teniendo en cuenta la posición de la parte más débil por lo que, en caso de ambigüedad, se interpretaran contra el predisponente.

6) Invalidez de cláusulas de exención absoluta de responsabilidad o de limitación de la misma cuando no existe justificación a la misma en el equilibrio del contrato.

7) Renacimiento del formalismo protector como medio para lograr una adecuada reflexión a la hora de celebrar el mismo.

8) En la misma línea, lo que se ha llamado una “ralentización” del momento de perfección del contrato que, no en vano, se fija en unos siete a diez días, como se ha puesto de relieve repetidamente, para que transcurra un fin de semana en el que se pueda meditar la decisión y, en su caso, “arrepentirse” sin consecuencia económica alguna.

9) Atención especial a la fase formativa del contrato, exigiendo concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas; ampliando los deberes precontractuales (y con ello la responsabilidad) y desarrollándose ampliamente el concreto deber de información; integrando el contenido

contractual con las promesas o anuncios publicitarios. No olvidemos que, como acertadamente se ha dicho (Scannicchio), “el contrato es el resultado de reacciones psicológicas en el cual la intensidad de la necesidad depende de la fuerza del estímulo, y éste, en muchos casos, es fruto de la propaganda”.

10) Introducción de las llamadas “cláusulas de buen funcionamiento”, es decir, se regulan garantías que pueden exigirse para asegurar el buen funcionamiento de productos o servicios, para hacer efectivos los niveles de calidad o de prestación.

11) Una vitalización de las normas dispositivas, entendidas como “regulación normal”, en aquellas situaciones en las que el desplazamiento de las mismas por parte de los contratantes no encuentra razón suficiente.

12) Proliferación de leyes sectoriales en aquellos ámbitos en los que se detecta un mayor abuso del principio de libertad de contratación.

13) En último extremo, esta función protectora se desarrolla en el propio Derecho codificado, violentando en ocasiones el sentido de la ley, mediante la creación - generalmente por vía jurisprudencia - de remedios “extraordinarios” y acumulativos de defensa de la parte más débil, con ejemplos que van desde la doctrina jurisprudencial progresiva en torno a la protección de los adquirentes de viviendas, utilizando el marco del art. 1591 del C. C., hasta la responsabilidad objetiva por daños causados por inmisiones (incluso inmisiones autorizadas administrativamente) como mecanismo de distribución del riesgo según módulos de capacidad contributiva.

Aparte de las reacciones legislativas que en todos los países y, desde luego, en el seno de la Unión Europea a través de Directivas en sectores concretos del ordenamiento, yo quisiera centrarme en remedios más generales que no sólo se muevan en el ámbito del consumo y de forma sectorial o limitada. Porque el Estado no debe tampoco cooperar cuando existan cláusulas similares a las abusivas, aunque no estén insertas en contratos realizados en base a condiciones generales, o no se trate de la parte débil o no se trate de consumidores. Esos remedios creo hallarlos en el propio Código civil y en particular en los arts. 1255 y 1275, ya citados.

Las nociones de ambos preceptos de moral y orden público creo que pueden

servir de base para redescubrir el auténtico sentido de la autonomía. Son lo que De Castro ha llamado en 1982 “limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, basadas en su misma naturaleza jurídica. Como afirma alguna sentencia, “El concepto de orden público es un término jurídico indeterminado que ha de ser interpretado y aplicado de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural de nuestro país, en primer lugar con la Constitución, en cuanto se trate de norma jurídica directa, pero atendiendo también a los principios civiles, procesales y sustantivos....; y por ello el árbitro y el juzgador deberán atender a ese sustrato jurídico que sirve de base y referente a la totalidad del ordenamiento, o, en particular, a cada una de las instituciones, destacando aquellas reglas o principios que la sociedad entiende como intangibles en el actual contexto cultural, económico y político; estos criterios o valores vienen consagrados constitucionalmente, diseñando un marco ético jurídico en el que se desenvuelven los ciudadanos entre sí y con respecto a las organizaciones supraindividuales, entre las que desataca el Estado, e incluso las supraestatales o internacionales; líneas de actuación que son la apoyatura de una convivencia pluralista, justa, libre, igualitaria y tolerante, siendo éstos los contenidos esenciales de nuestra Carta Magna”.

Ya en el Derecho común, los canonistas y los autores sobre teología moral, afirmando el principio de la autonomía de la voluntad, lo habían subordinado, frente a la deformación del mismo por parte de los iusnaturalistas no católicos, a las exigencias de la justicia y la equidad en cada caso y, de ahí las instituciones correctoras como la causa suficiente y lícita, la equivalencia de las prestaciones, la lesión, el precio justo, la cláusula “*rebus sic stantibus*” o la condena de la usura.

La noción de orden público (uno de los “enigmas del derecho”, “suplicio para la inteligencia”, como se la ha calificado), como superación del estricto legalismo, nos conduce a hallar los principios informadores de las instituciones jurídicas en cada momento, la justicia en cada momento. Porque, como cláusula general será de contenido variable actuando, con palabras de Ferrara, “como órganos respiratorios del sistema positivo”. Y digo de cada momento para superar el liberalismo que sirvió de base a estos preceptos.

Las nociones de buenas costumbres y de moral no son sino la positivación de

valores éticos y de justicia: el Estado no tiene el papel de mero espectador neutral, el Estado es custodio de las mismas, y no puede recabarse su colaboración, acudir al respaldo de los jueces y Tribunales, para obligar a lo contrario. Por lo tanto, hay una función de los poderes públicos y, especialmente, del juez. Porque la noción de “moral” no puede entenderse sino es por referencia a los propios valores morales en que descansa nuestro ordenamiento jurídico.

Se ha señalado (De Castro) que mientras se constata una progresiva desatención respecto de la moral sexual y de la ordenación de la familia, reductos clásicos de las “buenas costumbres” junto con la organización del Estado, se atiende hoy más a la ética en la ordenación social y económica, considerándose indicio suficiente de ser un contrato contra las buenas costumbres, el de la ruptura de la equivalencia entre las respectivas prestaciones de los contratantes.

El criterio puramente economicista del mercado y de la competencia tiene que ser juridificado moralizando el mercado con instrumentos que tenemos ahí, en los Códigos decimonónicos pero, interpretando esos criterios cambiantes de acuerdo con “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas”, como reza nuestro art. 3-1 del C. C. en materia de interpretación. El centro de gravedad del sistema ha de desplazarse desde la voluntad individual hasta la propia función típica que el contrato ha de satisfacer en una economía social de mercado.

Pero volvamos un momento a la noción de orden público. Al parecer, fue Ripert quien introdujo el término y su difusión actual se debe a la gran aportación de Ghestin sobre el orden público económico (de protección a la parte débil y de dirección para coadyuvar a la realización de ciertos objetivos económicos del Estado) es una noción clave en la tarea que tenemos planteada los juristas. (Ghestin distingue entre un orden público político y moral, tradicional, y un orden público económico y social, mucho más reciente).

Nuestro orden público económico es el propio de una economía de mercado, aunque en un Estado social de Derecho. De ahí la dificultad para tratar de encontrar el adecuado equilibrio entre la libertad necesaria para asegurar la circulación de los bienes y, al propio tiempo, una distribución más igualitaria

y justa.

La primera vez que en nuestra legislación aparece el término y el concepto de orden público económico es en la Exposición de Motivos de la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Dice que el concepto tradicional de orden público es un concepto en blanco, que la legislación va en cada momento concretando y que “su idea comporta una limitación a la libertad genérica de los particulares”. Añadiendo que con la Ley “viene a delimitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándolo dentro de un sistema de economía libre y configurando así un orden público económico”.

Se ha dicho (Alterini) que hay que acudir a normas de orden público pero “un orden público distinto del clásico: no el orden público fundado en la moral y en las buenas costumbres, como dice Farjat, un orden público de contenido negativo, un orden público que invalida los actos contrarios a sus preceptos, sino el orden público económico, un orden público que impone conductas, que exige haceres, que establece abstenciones necesarias; con la misma esencia del orden público tradicional, pero con una manifestación diversa, que es típica de esta zona y de las características de la autonomía de la voluntad en el sector que nos ocupa”.

Yo comparto estas afirmaciones pero creo que ninguno de los sentidos, positivo y negativo, deben desdeñarse por los juristas a la hora de buscar, de seguir buscando, ese necesario equilibrio entre autonomía de la voluntad y justicia contractual. Y que las nociones de orden público y buenas costumbres, por su flexibilidad y contenido variable, son “útil cobertura” para adaptarse a la necesaria evolución. Porque no pueden identificarse las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad (orden público jurídico) y el orden público económico, salvo en el sentido de que ambos pueden imponer restricciones a la libertad de contratación. Porque si bien es cierta la eficacia positiva del orden público económico, hay que matizar lo que el término positivo significa aquí. Positivo porque impone deberes o haceres para establecer la prevista ordenación económica. Mas, como se ha dicho (De Castro) puede tener motivaciones de interés general pero también clasistas o a favor de determinados particulares. El orden público económico puede, en cada momento, favorecer la inflación, establecer un trato discriminatorio respecto de ciertas personas no productoras o pasivas,

establecer privilegios para exportadores o importadores etc. Frente a él, o puede que al lado (si la motivación es de interés general), el orden público jurídico, conectado indisolublemente a las buenas costumbres o a la moral (sin identificar las buenas costumbres “con las concepciones morales de la magistratura”), ha de traducir en cada momento (por obra de jueces y Tribunales) los criterios básicos del sistema jurídico en vigor, que son los que moderarán o limitarán la libertad de los contratantes.

Es más, habría de buscarse la faz positiva del orden público tradicional y de las ideas de moral y buenas costumbres. Podría hablarse de un orden público social (de utilidad social habla Ghestin) como límite a la libertad contractual. Y podría hablarse de una moral no abstracta sino anclada en los propios principios morales en que se basa nuestro ordenamiento jurídico y que se explicitan en la Constitución.

Antes recordaba determinados artículos de nuestro primer texto legal. Ahora traigo otros, ya anunciados, a colación. El art 1 en el que se afirma que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. También el 14 que afirma que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Pero creo que es precisamente en el seno del art. 9-2 de nuestra Constitución donde el Derecho civil codificado tiene planteada su principal batalla: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” . Porque el ordenamiento reacciona ante el desequilibrio reseñado mediante una articulación creciente de las relaciones civiles (Calasso), por encima del principio de autonomía de autorregulación. La relevancia de este dato se extiende a todo el derecho de la contratación, como anteriormente hemos constatado.

No olvidemos que, a pesar de las apariencias, y aunque es cierto que las normas imperativas parecen asumir un papel más bien negativo en relación con lo querido por las partes, se olvida a menudo que hay normas imperativas

positivas y que, además, no sucede así con otras normas. El ejemplo más característico lo encontramos en nuestro art. 1258 cuando declara que el contrato no es sólo lo querido por las partes sino que se integra en sus consecuencias con todo aquello que, según su naturaleza, sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley. Este artículo, que tiene su precedente inmediato en el art. 1135 del *Code* procede de Domat, el cual, en sus “Leyes Civiles”, ya afirmaba que las convenciones obligan no solamente a todo lo expresado, sino también a todo lo que la equidad, las leyes y el uso dan a la obligación en que se ha entrado (“*les conventions obligent non seulement a tout ce qui y est exprimé, mais encore a tout ce que l’équité, les lois et l’usage donnent a l’obligation ou l’on est entré*”). Como puede observarse, nuestro Código, ha sustituido la equidad por la buena fe.

Pero lo que interesa ahora resaltar de todo ello es que el ordenamiento jurídico adopta un papel positivo al imponer consecuencias a un contrato, no sólo no previstas por lo contratantes sino incluso diferentes a lo previsto por ellos, si, por ejemplo esas previsiones son contrarias a la buena fe. Como dice la sentencia de 29 de enero de 1965 “las consecuencias a que alude el art. 1258 al referirse a la buena fe, han de ser tenidas en cuenta no sólo como complemento de lo convenido, sino como reguladora de los efectos que durante la vigencia del pacto, pueden y deben producir determinados acaecimientos o la reacción ante los mismos de los propios contratantes”.

Y es que, en relación con la autonomía, no basta con hacer constar su existencia o su expansión o retroceso, sino que ha de atenderse a su valor, a su real significado. El concepto de autonomía cambia en el contexto social y en los presupuestos ideológicos y aun políticos, que se traducen después en el ordenamiento ya que, como decíamos antes, existe un claro paralelismo entre el desarrollo de los poderes del ordenamiento y los poderes de los particulares. por eso, el tema de la autonomía no se limita al campo del Derecho civil sino que afecta al campo de los derechos fundamentales remitiéndonos a la Constitución. El siglo actual ha hecho visible que la llamada crisis de la autonomía no procede sólo de causas exteriores a ella sino de su propia naturaleza sociológica (De Castro). Esa naturaleza es la que va a determinar una tensión constante entre libertad e igualdad.

La frase “autonomía privada” contiene en sí misma una potente carga valorativa. Porque resulta engañoso el decir, sin más, que la autonomía en

Derecho privado consiste en una libertad de hacer o de no hacer, en demarcar un círculo de libertad, exento de la intervención del Estado. Se oculta que se pretende algo más: se pide que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor específico, que sea vinculante, con lo que, implícitamente, se niega, por un lado, la libertad de retractarse y, por otro, se afirma que hace falta la intervención de aparato coactivo del Estado que imponga el cumplimiento de lo acordado.

De aquí que la defensa por el Estado de la autonomía supone ya la intervención de aquél. Intervención moderadora o armonizadora de las libertades individuales que, después, tiende a ampliarse a costa de la misma autonomía que pretende proteger. Frente a los abusos de fuertes poderes sociales y económicos, los particulares reclaman el apoyo del Estado para que limite los excesos de la autonomía privada. De ello resultan presiones, tensiones de un lado y otro que inciden en la dinámica del principio. Pero, la autonomía privada se expande por un lado y se comprime por otro, precisamente en base a los encontrados intereses de las fuerzas sociales. En definitiva pervive por esa necesidad interna que siente toda organización jurídica de justificarse en principios de justicia.

María Carmen Gómez Laplaza

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid



ACTUACION DAÑOSA DE LOS GRUPOS

por Ricardo de Angel Yagüez

Sumario: I. Objeto de esta exposición. II. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. III. Caso en que la víctima del daño causado por un producto defectuoso no puede establecer la identidad del fabricante.

I. Objeto de esta exposición

Con el presente trabajo persigo dos objetivos:

1. De un lado, actualizar con algunas novedades doctrinales y legislativas lo que en su día expuse en torno a un problema de la responsabilidad civil no muy atendido por la doctrina española pero muy sugestivo: me refiero a la hipótesis *de daño que con seguridad se sabe que ha sido producido por uno de los miembros de un grupo o colectividad, pero ignorándose cuál de esos miembros ha sido el autor del resultado lesivo* ⁽¹⁾.

Se trata de una cuestión estudiada por la doctrina argentina con particular profundidad. En efecto, la producción científica del *civil law* (me refiero a la europea) dista mucho de las numerosas y sugerentes aportaciones de la doctrina de este país en punto a la denominada *responsabilidad colectiva* ⁽²⁾. Sin ánimo de exhaustividad, sino como simple referencia *ad exemplum*, me vienen ahora a la mente obras del propio Bustamante Alsina, de Llambías ⁽³⁾, en cuyo homenaje me honro en participar con este trabajo, y de Zavala de González ⁽⁴⁾, Alterini (A.) ⁽⁵⁾, López Cabana ⁽⁶⁾, Mosset Iturraspe ⁽⁷⁾, Kemelmajer de Carluchi ⁽⁸⁾, Gesualdi ⁽⁹⁾ y Bueres ⁽¹⁰⁾.

2. Y de otra parte, pretendo analizar el problema en un ámbito muy concreto, como es el del daño causado por un producto defectuoso. Esta reflexión viene inspirada por el artículo 5 de la Ley española sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, de 6 de julio de 1994, que es transposición al Derecho español de la Directiva sobre la misma materia de la entonces Comunidad Económica Europea, de 25 de julio de 1985.

El artículo 5 de la mentada ley dice que "*el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos*" ⁽¹¹⁾.

Si me ocupo de esta cuestión es porque el precepto mencionado no establece, entre los elementos de la carga probatoria del perjudicado, el relativo a la

identificación, por su parte, del fabricante del producto que dice ser defectuoso y por cuya virtud demanda. No obstante, me parece que esta omisión es explicable, pues *está en la raíz del derecho a ser indemnizado el que el actor demuestre la identidad de quien le ha causado el daño*. No es infrecuente en la doctrina decir que entre los extremos que debe probar el demandante está la “individualización”, esto es, la identificación del fabricante responsable⁽¹²⁾. Y esto parece innegable, puesto que de otro modo estaría mal constituida la relación procesal por falta de legitimación pasiva de un fabricante que no lo hubiese sido del producto causante del daño o, quizá mejor, porque el “juicio sobre el fondo” conduciría a la desestimación de la demanda al no haber acreditado el actor -en realidad- ni siquiera cómo se produjo su daño. En efecto, probar el demandante, por ejemplo, que ha sufrido una intoxicación como consecuencia de la ingestión de unas galletas es acreditar un hecho irrelevante, a efectos jurídicos, si no demuestra que las galletas en cuestión han sido las de tal o cual marca, esto es, de tal o cual fabricante.

II. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

1. Hoy es pacífica la opinión (por otra parte explícita en no pocos códigos) de que cuando se produce un evento dañoso imputable a la acción conjunta de varios agentes (es decir, un caso de coautoría) responden solidariamente todos los agentes.

Pero la cuestión se torna vidriosa en el caso del que ahora me ocupo, en que no existe una actuación concertada de varias personas sino un daño imputable a uno solo de los miembros de un grupo, pero no identificado⁽¹³⁾.

El Profesor Llambías planteó muy atinadamente el problema medular que en esta hipótesis concurre. Escribió: “La cuestión que ahora encaramos es la de saber si existe responsabilidad colectiva o anónima de cada integrante de un grupo circunstancial que resultó dañoso, por haberse determinado que un agente no identificado de su seno causó el daño. ¿Sería justo que, en tal caso, la falta de identificación del agente dañoso condujera a la irresponsabilidad de todos los posibles responsables y al consiguiente desamparo de la víctima? O bien, ¿será aceptable que por esa falta de identificación del agente dañoso se imponga la responsabilidad sobre todos los sospechosos, aunque se tenga la convicción de que uno solo es el culpable y los demás inocentes? He aquí un interesante capítulo de la teoría de la responsabilidad civil ...”⁽¹⁴⁾.

2. Expongo a continuación casos extraídos de la jurisprudencia española, en los que el Tribunal Supremo ha optado por la fórmula de *la condena solidaria de todos los miembros del grupo del que formaba parte el integrante (desconocido) que produjo el daño*.

Cito al efecto las siguientes sentencias: las de 8.2.83, 11.2.85, 13.9.85, 8.7.88 y 26.6.89.

En la primera se trataba de la lesión sufrida en un ojo por un menor, cuando jugaba con otros niños lanzándose entre sí pequeños trozos metálicos punzantes, uno de los cuales alcanzó a la víctima; no se pudo determinar cuál de los menores, hijos respectivamente de los seis demandados, fue el causante del lanzamiento que motivó las lesiones del hijo del actor, sin que cupiese duda alguna de que fue uno de ellos. La sentencia declara que “la circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo B. no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código civil, artículos 1.910, 1.564, 1.683 y 1.784, y la Ley de caza de 4.4.70 (artículo 33.5), contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, del matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado los padres de los menores causantes de los daños; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que, participando varias personas en la causación de daños a terceros, no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo”.

La de 11.2.85 versó sobre la reclamación entablada por Telefónica contra una compañía suministradora de energía eléctrica, un contratista que realizaba obras por encargo de ella y un tercero que resultó absuelto; como consecuencia de una operación de instalación efectuada por el contratista,

rompió la protección de los cables telefónicos a causa de una picadura realizada por una máquina perforadora. Condenados en la Audiencia la empresa eléctrica y su contratista, recurre en casación este último. La Sala, después de señalar que aparece clara la culpabilidad del recurrente en la causación de los daños, sin que conste acreditada la intervención de un tercero como productora de aquéllos, de modo que pudiera interrumpir el nexo causal entre la acción culposa y el resultado perjudicial para la recurrida, y después de decir también que “no consta nada probado que permitiera hablar de una autoría alternativa o conjunta en la causación dañosa”, concluye que en el supuesto de concurrencia de varios en un acto ilícito, cada uno de ellos, en defecto de otra prueba, debe responder del mismo. Y, en lo que ahora nos interesa, el Tribunal Supremo añade: “... o bien, en el mismo caso, cuando no pueda determinarse cuál de los varios copartícipes ha causado el daño mediante su conducta, responderán todos ellos, lo que no es opuesto a que habiéndose demostrado únicamente culpa en el recurrente y en la entidad concedente respondan ambos solidariamente”.

En el caso de la sentencia 13.9.85, un niño había sufrido graves lesiones al ser alcanzado por un proyectil cuando otros dos niños disparaban una escopeta de aire comprimido y sin que pudiera saberse cuál de ellos en concreto lanzó el balón causante del daño, si bien ambos tuvieron una “coparticipación directa”, pues alternativamente uno cargaba y otro disparaba la escopeta con la que tiraban a los pájaros. El Tribunal Supremo dice que es insistente la jurisprudencia en orden a que “se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las respectivas responsabilidades” (15).

En la sentencia de 8.7.88 se trataba también de un caso de daño producido por persona indeterminada; de su lectura se desprende que, siendo cinco los demandados, no se había probado cuál de ellos había sido quien causó graves daños a un niño (hijo del actor) que con otros estaba jugando en el lugar en que se desarrollaba la partida de caza, integrada por los cinco demandados; dice la sentencia que en aquel lugar “no había otras partidas de caza” y que los demandados “habían efectuado disparos”, datos de los que -añade la Sala- “no cabe sino establecer por elemental percepción intelectual que los recurrentes fueron los autores materiales de los disparos que impactaron en el

grupo de niños”. En cuanto a esta sentencia, hay que tener en cuenta que aplicó las previsiones específicas de la Ley de caza, aunque se debe advertir que el niño lesionado no cazaba.

La sentencia de 26.6.89 contiene una doctrina que debe tenerse presente en la cuestión de que venimos tratando. Recayó en la reclamación entablada por las compañías aseguradoras de daños de una empresa que había montado una central automática en un edificio de Telefónica; sobre los equipos automáticos de la central, que instalaba dicha empresa, se había precipitado una filtración de agua, proveniente de la unidad climatizadora que a su vez había instalado otra empresa, por encargo también de Telefónica. Las aseguradoras promovieron juicio contra esta última, dictándose por el Juzgado sentencia que estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada también la empresa que sufrió el daño (y en subrogación de la cual actuaban las aseguradoras demandantes) y la que había instalado la unidad climatizadora de la que había procedido el agua. La Audiencia estimó la demanda y condenó a Telefónica a pagar a las coaseguradoras demandantes la cantidad reclamada. Interpuesto recurso de casación por Telefónica, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo (16).

3. Los códigos civiles de la familia del francés no se plantearon la cuestión que nos ocupa, probablemente porque, al estar imbuidos de la idea de que la culpa es *personal*, no podían admitir que se considerase responsable a un individuo al que no pudiera atribuirse con seguridad la actuación causante del daño.

Antes de los novísimos códigos civiles de Holanda y de Québec, a que enseguida me referiré, pocos textos legales abordaron el problema.

Se podría citar a este respecto el parágrafo 830 del Código civil alemán que establece: “Si varias personas han causado un perjuicio por una acción ilícita hecha en común, cada una de ellas es responsable del daño. *Lo mismo ocurre cuando no puede descubrirse cuál ha causado el perjuicio por sus actos particulares.* Deben asimilarse los instigadores y los cómplices a los coautores.”

Enneccerus, comentando el texto que acabo de subrayar, dice que la ley hace

responsables de la indemnización a todos los protagonistas de la *participación culposa en una conducta peligrosa*, si el peligro que implica esta conducta llega a tener realidad en virtud de un acto cuyo autor no puede ser descubierto ⁽¹⁷⁾. Ahora bien, las aplicaciones que de este precepto hacen los autores germanos se reducen casi exclusivamente al caso de la riña tumultuaria, exigiendo algunos que la conducta común constituya un delito, si bien Enneccerus considera este criterio demasiado restringido y juzga aplicable la norma a daños causados en juegos que son notoriamente peligrosos para el público o a quien dispara con otros sobre una pieza de caza, hiriendo a un tercero, aunque no viole una ordenanza de policía. Para este autor, la conducta es *culposa*, en cuanto tenía que preverse la posibilidad de la lesión de bienes jurídicos ajenos.

Larenz, sobre el mismo parágrafo 830 del BGB, dice: “Por excepción, es suficiente para fundamentar la responsabilidad que se dé la *posibilidad* de que una persona haya podido causar un daño; o sea, cuando ha participado con otros varios en una acción susceptible de producir daños, en cuyo desarrollo éstos se han realizado, sin que pueda averiguarse quién fue el verdadero autor del daño... cada uno de los varios ‘partícipes’ responde por la totalidad del daño, presuponiendo que le afecte un reproche de culpa. No es necesario que la actuación peligrosa de varios se base en un acuerdo entre ellos; basta que según el criterio de la práctica integre un fenómeno unitario. Así, cuando varios, aunque sea ‘espontáneamente’, participan en una riña o insolentemente arrojan piedras por la ladera de un orca; si en la riña o por una piedra es muerta o lesionada una persona, no se podrá normalmente determinar cuál de los partícipes en el hecho dio el golpe funesto o arrojó la piedra causante de la muerte o las lesiones; pero es seguro que ha sido uno de ellos y por ello debe afectar a todos la misma culpabilidad. La igualdad de inculpación justifica la responsabilidad solidaria de todos los ‘partícipes’, aunque sólo uno de ellos haya producido el resultado. Pero no será responsable el que pueda probar que no ha podido ser ‘posible’ causante del daño; por ejemplo, porque la lesión sobrevino por una cuchillada y el partícipe en cuestión era el único de los que intervinieron en la riña que no llevaba cuchillo” ⁽¹⁸⁾.

Por su parte, el artículo 719 del Código civil japonés dispone: “Cuando varias personas han causado un daño a otra por un acto ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. *Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cuál de los coautores del acto ha causado el daño.*”

Y el artículo 137 del Código de las obligaciones de Polonia reza: “*Cuando el daño ha sido causado por varias personas, éstas responden solidariamente de él, a menos que se establezca cuál de entre ellas y en qué medida ha contribuido a causar el daño.*”

Ahora bien, como se pregunta Marty ⁽¹⁹⁾, *¿resuelven estos textos la cuestión?*

Parece que es significativa, aunque habría sido deseable más claridad, la fórmula del BGB, por el contraste entre los incisos primero y segundo del párrafo 830.

El texto del Código japonés y el del polaco siguen suscitando la duda, pues en ambos casos hay -en términos literales- perpetración del acto ilícito por varias personas; esto es, coautoría, lo que constituye un supuesto distinto del que aquí tratamos, en que el autor -no se olvide- es por hipótesis uno solo. Aunque también es cierto que la dificultad del problema que planteo queda patente en los textos mentados, pues en el caso del Código japonés se habla de aquel de los coautores que ha causado el daño; pero si es uno el agente productor, no cabe, por definición, hablar de coautoría. Más que de “coautores del acto” tendría que haberse hablado (para coincidir con nuestro supuesto y con lo que manda la lógica) de “coparticipantes” (o expresión similar) “en la actuación productora del daño”. En cuanto al Código de las obligaciones polaco, también se incurre en la contradicción de decir que el daño ha sido causado por varias personas, pero admitiendo que sólo algunas de ellas han contribuido a la producción de ese daño.

En el Derecho anglosajón, el *case system* ha llegado a la misma solución: hay un tipo especial de situación en el que la regla clásica de que la carga de la prueba de la causalidad corresponde al demandante se ha suavizado. Es la de “doble culpa claramente establecida y responsabilidad alternativa”; cuando, por ejemplo, dos personas disparan negligentemente en un camino y el demandante es alcanzado por un disparo sin saberse de qué fusil procede. Está claro que ambos sujetos fueron negligentes, pero sólo uno ha causado la lesión. En vez de rechazar la acción contra ambos por falta de prueba, los tribunales han desplegado notable agudeza para encontrar un concierto de acciones y poder imponer a ambos la indemnización.

4. Las últimas aportaciones legislativas son las de los códigos civiles de

Holanda y de Québec, de 1992 y 1991, respectivamente .

El primero, en el artículo 166 del Libro 6, dice:

“1. Si un miembro de un grupo de personas causa injustamente un daño, y si el riesgo de causar ese daño debería haber prevenido a dichas personas sobre su conducta colectiva, ellas son solidariamente responsables si la conducta les puede ser imputada.

2. Deben contribuir entre ellas a la reparación del daño a partes iguales, a no ser que, por las circunstancias del caso, la equidad exija una distribución diferente” (20).

Por su parte, el artículo 1.480 del Código civil de Québec dispone:

“Cuando varias personas han participado en un hecho colectivo culposo que ocasiona un perjuicio, o cuando han incurrido en culpas distintas, cada una de las cuales es susceptible de haber producido el perjuicio, sin que sea posible, ni en un caso ni en otro, determinar quién lo ha causado efectivamente, todas ellas están obligadas solidariamente a la reparación del daño (21).

5. En su día tuve ocasión de analizar esta cuestión a la luz de dos sentencias, casi coincidentes en el tiempo, de sendas Audiencias Territoriales ⁽²²⁾. Una era de la de Burgos, de 4 de diciembre de 1980, y la otra muy poco posterior, de la de Palma de Mallorca, de 24 de enero de 1981.

El caso de Burgos era el siguiente: dos niños se hallaban disparando sendas escopetas de aire comprimido; en un momento determinado, un proyectil alcanzó el ojo izquierdo de un tercer niño, ocasionándole la pérdida casi total de la visión; el padre del lesionado entabló demanda de indemnización de daños y perjuicios, reclamándosela a los padres de los niños que en el momento del accidente habían estado disparando las escopetas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, en base a que no se había acreditado cuál de los niños portadores de las escopetas era el que había realizado el disparo causante del accidente (era indudable que se trataba de uno de ellos, desde luego).

La Audiencia de Burgos desestimó el recurso interpuesto, confirmando

íntegramente la sentencia recurrida. Reproduzco la parte que interesa del *considerando* en que la Sala apoyó su fallo: “...pues bien es cierto que el día 8 de agosto de 1977, hallándose ambos menores disparando con sendas escopetas de aire comprimido, resultó alcanzado en el ojo izquierdo el hijo del actor por uno de los proyectiles disparados, quedando irreversiblemente con visión prácticamente nula de dicho ojo, es lo exacto que ni en el curso de estas actuaciones, ni anteriormente por el Tribunal Tutelar de Menores, se pudo determinar quién fue el autor del único disparo que produjo la referida lesión, por lo que, aun teniendo presente que con su actitud los dos menores, hijos de ambos demandados, creaban una situación de peligro, generadora, en potencia, de posibles daños, no puede olvidarse que el ilícito civil que sancionan los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil con la responsabilidad de indemnizar los daños causados, ha de referirse siempre y en todo caso a conductas u omisiones culposas cualificadas por el resultado dañoso, y nunca por una situación de mero peligro, en base a la cual únicamente habría de ser producida la condena de ambos demandados en este caso, y por tanto, absolutamente improcedente. Y *descartada, naturalmente, toda forma de intencionalidad, acuerdo o concierto previo para producir el resultado lesivo, en la medida que no se pudo determinar el autor del único disparo causante de la lesión, es obvio y evidente que faltando por carencia total y absoluta de prueba la necesaria relación de causalidad, no existen ya términos hábiles para que entre en juego la doctrina de la culpa*, ni aun por mecanismos de presunción en aplicación de la teoría del riesgo u otra equivalente” (los subrayados son míos).

El caso enjuiciado por la Audiencia de Palma de Mallorca era, como decía antes, de sorprendente semejanza. Dos niños de doce años de edad, cuando estaban esperando a entrar en la escuela, tiraban piedras a un tercero, al que no alcanzaron. Pero una de las piedras así arrojadas, sin que se pudiera determinar de cuál de aquellos niños procedía, fue a dar a otro, causándole una herida en el ojo izquierdo, que tuvo que ser objeto de enucleación quirúrgica.

El Juzgado de Primera Instancia había desestimado la demanda por no haberse acreditado -en criterio del juzgador- cuántos niños habían participado en el lanzamiento de las piedras y cuál de ellos, en concreto, había sido el autor de la pedrada lesiva. En la parte final de su último *considerando* dice el juez: “1. No sabemos con probable verosimilitud ni quiénes tiraban piedras ni

cuántos tiraban piedras. 2. No sabemos con probable verosimilitud qué mano lanzó la piedra que hirió al hijo del actor. 3. Conocemos únicamente con certeza el hecho de la herida y sus enormes consecuencias para el menor Andrés V.B. 4. En base a todo ello, este juzgador no puede condenar a los demandados y por tanto debe absolverlos.”

La Audiencia estimó como hecho acreditado, por el contrario, que de todos los niños que se hallaban en las proximidades sólo los dos hijos de los demandados habían sido autores del lanzamiento de piedras, aunque también dio por sentado que no se había probado de cuál de los niños procedió la piedra causante de la lesión (*considerando* primero).

La sentencia dedica un considerando al problema fundamental del caso, esto es, el de resolver acerca de la responsabilidad, habida cuenta de que se desconocía la identidad del autor de la pedrada lesiva. Y dice al respecto: “La acción culposa de los hijos de los demandados es obvia, no ya en atención a la teoría del riesgo creado (sentencias de 25 de marzo de 1954 y 30 de octubre de 1963), sino por la finalidad que en acción conjunta perseguían de dañar a otro niño al que no alcanzaron (aunque, como por evidente hay que darlo, no tuvieran el propósito de causar un mal tan grave como el que resultó); y siendo esta notoria culpa a ambos atribuible, y siendo la misma finalidad conjunta de ambos niños, determinante a su vez de que haya de ser calificada como necesariamente culposa, no cabe que se pueda amparar la acción particularizada de ninguno de los dos en orden al resultado producido y a la responsabilidad que ha de ser su consecuencia, a pretexto de la imposibilidad práctica de la prueba de cuál de ellos hubiera sido el lanzador de la piedra precisa que causó la herida, dejando así inerte al lesionado en su manifiestamente justa pretensión de ser indemnizado. Hay una evidente culpa conjunta en una acción común, y un resultado que es su consecuencia, por lo que, de no conculcar los presupuestos lógicos de la culpa extracontractual, a varios agentes que así hayan participado en el hecho es atribuible su consecuencia; en cualquier caso, si se admitiera que sólo al que hubiere arrojado el concreto proyectil vulnerante correspondería la atribución del resultado, no obstante ser éste cualitativamente -en cuanto previsiblemente dañoso, aunque no ciertamente cuantitativamente en la magnitud de su daño- la finalidad de la acción conjunta, habría que entender que a quien afirmase no haberlo sido correspondería la prueba sobre este particular que lo excluyere de la responsabilidad consiguiente, y en modo alguno puede ser

exigible que sea el perjudicado el que en un inútil intento probatorio tenga que deshacer un anonimato que de ordinario garantiza, en situaciones como la de autos, una pluralidad de personas” (los subrayados son míos).

Este caso de la Audiencia de Palma de Mallorca mueve a pensar que quizá no se tratara de un genuino supuesto de *responsabilidad colectiva*, sino de un caso de *intervención conjunta o común*. En efecto, y aunque la doctrina penal lo ha discutido, parece que no existe inconveniente en admitir la coautoría en delitos culposos. En la doctrina argentina, Bustamante Alsina ⁽²³⁾ dice que “hay coautoría cuando los que intervienen conciben en común la ejecución conjunta de un hecho, sea con intención dolosa de causar un daño (coautoría delictual), sea con intención de realizar actos imprudentes de los que resulte un daño a un tercero (coautoría cuasidelictual)”. Y en la doctrina española, Pantaleón Prieto ⁽²⁴⁾ habla del “acuerdo de voluntades que la coautoría presupone, ya referido a la producción del resultado lesivo, ya a la realización de la actividad imprudente generadora del mismo” ⁽²⁵⁾.

6. La doctrina francesa ha formulado algunos análisis de interés sobre el problema que nos ocupa. Muy significativo es el tratamiento que de él hace Viney ⁽²⁶⁾, que se inclina hacia la fórmula -mayoritaria entre los autores de aquel país- *de la solidaridad de todos los miembros del grupo de que hubiese formado parte (sin identificación individual, insisto) el causante del hecho lesivo*.

Esta autora trata de la que ella denomina “la responsabilidad *in solidum* de los miembros de un grupo cuya acción dañosa no es individualmente imputada”. Después de plantear el problema de los daños ocasionados por grupos no constitutivos de personalidad jurídica, aborda el estudio de la jurisprudencia francesa, recaída sobre todo con ocasión de accidentes de caza y poco propicia en principio a imputar responsabilidad cuando el autor del daño queda indeterminado. La justificación de esta doctrina, dice Viney, encuentra su último origen en la repugnancia filosófica y moral por la condena de los inocentes. Curioso contraste- añade- si se tiene en cuenta que las posiciones de quienes reclaman la imputación de responsabilidad al grupo -a pesar del anonimato del autor real- también se asientan sobre razones de equidad. Para esta autora, la clave de la cuestión se halla en lo que ella considera el dualismo de los problemas que encierra la responsabilidad civil y en la profunda evolución experimentada en la conciencia colectiva en relación con las “dos caras gemelas de la institución”. Si la responsabilidad civil se contempla

desde el lado del autor del daño y como una sanción de sus actos reprobables, la solución jurisprudencial mentada es doctrinalmente irrefutable. Ahora bien, considerada la responsabilidad civil como un instrumento de reparación, entra en juego sobre todo en función de los derechos de la víctima, igualmente imperiosos cuando no existe identificación del autor del daño ilícito. Y es en virtud de esta última consideración por lo que Viney se muestra decididamente partidaria de la responsabilidad *in solidum* cuando el reparto de la prueba de la imputabilidad es imposible, abundando en los argumentos que la jurisprudencia y la doctrina francesas habían acuñado al respecto (la culpa colectiva, la pérdida de los medios de prueba en perjuicio de la víctima, la sanción por el descuido en la guarda de las cosas, etc.).

La doctrina francesa moderna ha seguido la evolución marcada por su jurisprudencia, que inicialmente -como decía- descartó la responsabilidad si la causalidad (es decir, la acción) no podía ser individualizada. Pero la propia jurisprudencia encontró paliativos para aminorar la injusticia del resultado, sobre todo por el camino de encontrar una responsabilidad del grupo, estimando que es conducta culposa del conjunto el no tomar las precauciones para evitar el daño o el montar inadecuadamente una actividad colectiva (jugar de forma imprudente en la calle, cazar de manera mal organizada, etc.) (27).

Besson (28) menciona el criterio de Ripert, según el cual el buen sentido y la equidad demuestran las inconsecuencias a que a veces conduce la aplicación rigurosa de las reglas jurídicas. Sin duda -decía Ripert- toda víctima debe establecer la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador de la responsabilidad. Pero cuando varias personas han cometido juntas el hecho dañoso, ¿no es singular que la situación de la víctima sea peor que si se hubiese tratado de un solo autor? No cabe, concluía el prestigioso Decano, imponer a la víctima la prueba diabólica consistente en atribuirle la obligación de demostrar el hecho preciso causante del daño.

Puede citarse en el mismo sentido la sentencia del Tribunal de Casación francés de 5 de junio de 1957, anotada por Savetier (29) y relativa a un caso en que al final de una partida de caza de siete tiradores, que habían acordado cerrarla con una salva de disparos, hirieron a un octavo cazador que se retiraba. Demandados los siete citados tiradores, fueron todos ellos condenados solidariamente a la reparación del daño, según decía la sentencia

“porque la causa real del accidente ha residido en la acción concertada de los siete demandados, que han participado en los disparos no constitutivos de un acto normal de caza, en condiciones de imprudencia y de torpeza que eran imputables a todos”. Se observa que el tribunal, ante la dificultad técnica que resulta de imponer responsabilidad a todos por el acto de uno, opta por considerar que el *acto colectivo mismo* es el que entraña culpa. Así, dice la sentencia en otro pasaje: “... en efecto, varios individuos pueden, por medio de una acción concertada o *incluso espontáneamente bajo el efecto de una excitación mutua*, entregarse a una manifestación en la que cada uno debe compartir la responsabilidad por las consecuencias dañosas, en tanto en cuanto éstas procedan, *bien de un acto único, en el cual todos han participado, bien de una pluralidad de actos conexos*, que la coherencia en su concepción y en su ejecución no permite separar...” Obsérvese que el tribunal se evade del hecho de que el daño en el caso de autos fue producto directo de un disparo (de autor desconocido); se orienta hacia la culpa del grupo por su actividad común (¿por su “actividad peligrosa”, diríamos con palabras de hoy?) (30). Y es digna de mención también la circunstancia de que la sentencia no requiere concierto o confabulación expresa; le basta un acto común, producto *espontáneo de una excitación mutua*.

También se hallan sugerencias de interés en un trabajo monográfico de Aberkane (31), que estudia con todo detalle el planteamiento histórico del problema, las posiciones jurisprudenciales y las explicaciones doctrinales, estas últimas tanto desde el punto de vista de los autores presuntos del daño como desde la perspectiva de la víctima. En definitiva, Aberkane se pronuncia por la tesis de la solidaridad, con muy agudos argumentos, sin ocultar los aspectos negativos de su teoría, concretados sobre todo en el problema de la *condena de los miembros del grupo que no hubiesen podido ser materialmente autores del daño* y en el de la *influencia de la diferencia de gravedad de las culpas individuales* en que se hubiera podido incurrir por los diversos integrantes del conjunto. Este autor considera argumento decisivo el hecho de que un grupo humano de formación intencionada entraña en sí mismo una dosis de solidaridad -en el sentido menos jurídico de la palabra-, bastante para propugnar también la solidaridad como fórmula de Derecho en los casos de daños producidos por el grupo. En suma, la clave, para Aberkane, está en el concierto o acuerdo para realizar una actividad, lo que da lugar -en su opinión- a una situación comparable con una persona jurídica, justificativa de la responsabilidad de todos los integrantes del grupo (32).

7. En mis trabajos antes mencionados formulé la propuesta de que el

problema que me ocupa se resolviese conforme a la doctrina que podría denominarse “de la actividad colectiva peligrosa” o “del peligro causado por una colectividad”; cuya expresión podría ser: *cuando un grupo de personas desarrolla, bien de forma concertada, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes de ese grupo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor o no se demuestra quién no pudo ser.*

Ha discrepado de esta opinión Pantaleón Prieto ⁽³³⁾, que comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 8.2.83 dice que, en contra de una imputación de responsabilidad a todo el grupo, puede militar *lo que no dice ahora el artículo 1.910 Código Civil* ⁽³⁴⁾. El autor hace un minucioso estudio de las fuentes clásicas, para llegar al texto del artículo 1.904 del Proyecto del Código civil de 1851 (correspondiente al actual artículo 1.910), en el que en relación con el caso de daño causado por una cosa que cayese o se arrojase de una casa se disponía: “Cuando sean dos o más, y se ignorase la habitación de que procede el daño, responderán todos mancomunadamente de su reparación”. Advierte Pantaleón Prieto que este texto desapareció en el Anteproyecto 1882-1888, en el que se eliminó la mención a la hipótesis en que se desconoce de qué lugar o habitación de la casa ha caído o se ha arrojado el objeto dañoso. Desterrándose, por tanto, la fórmula de la responsabilidad *de todos*, en la misma línea de lo que luego había de ser la redacción del artículo 1.910 del Código civil ⁽³⁵⁾.

Es claro que el reparo formulado por Pantaleón Prieto no cabe en el caso del Código civil argentino, puesto que su artículo 1.119, al referirse al mismo supuesto de hecho, dice que “*cuando dos o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado*”. Y el artículo termina con las siguientes palabras: “*Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será responsable*”. Sobre la base de este texto es posible construir una tesis de responsabilidad objetiva con presunción de causalidad, tal y como expone López Cabana ⁽³⁶⁾.

III. Caso en que la víctima del daño causado por un producto defectuoso no puede establecer la identidad del fabricante.

1. Me ocupo ahora de la segunda de las cuestiones que he mencionado al

comienzo; esto es, la hipótesis en que una persona sufre daño como consecuencia del uso o consumo de un producto defectuoso, pero sin poder establecer la identidad de su fabricante. Y la planteo, según decía, a la luz de la Ley española de 1994, que instaura un sistema de responsabilidad objetiva del fabricante, aunque no absoluta, según resulta de su artículo 1 y de su expresivo preámbulo.

2. Normalmente, el perjudicado por un producto defectuoso conoce la identidad del fabricante (y la puede acreditar) porque el propio producto la hace constar (desde un alimento hasta un automóvil, pasando por un aparato extintor de incendios o un juguete), bien en sí mismo, bien en su envase o envoltorio. A estos efectos, hay que estar a lo que sobre el “concepto legal de fabricante o importador” establece el artículo 4 de la Ley. Se dispone en él que se entiende por fabricante “*cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación*”. Esta norma facilita sensiblemente la carga probatoria que nos ocupa, aunque es claro que la infinita gama de productos propios de nuestros días y la no menos variada forma de producirse daños con su uso o consumo pueden convertir este objeto de prueba a cargo del demandante en una actuación nada fácil, sobre todo si se trata de productos que elaboran numerosos fabricantes y cuyos elementos de presentación son frágiles y de ordinario se destruyen enseguida por el consumidor. A este respecto puede ser instrumento probatorio inexcusable, y lo es en muchas ocasiones, la testifical de personas que vieron al perjudicado utilizar o consumir el producto ⁽³⁷⁾. En todo caso, como advierte Gorassini ⁽³⁸⁾, la pertenencia del producto a la esfera del fabricante demandado constituye objeto de la valoración del juez, lo que significa que en este punto acaso no sea justificado hablar de *onus probandi*, en el sentido que tradicionalmente se asigna a esta expresión.

3. Una delicada situación, susceptible de varios enfoques, se plantea cuando el perjudicado aduce que su daño se ha debido a un producto (es decir, determina con precisión de qué objeto se trata, en cuanto “género”; por ejemplo, un alimento o una medicina), pero sin poder establecer la identidad del concreto fabricante que lo ha elaborado. No es el caso en que, por no figurar en el producto la identidad del fabricante o no constar de otro modo,

responde el suministrador de acuerdo con el artículo 4.3 (39).

4. En el supuesto al que propiamente se refiere este apartado, la experiencia judicial norteamericana suministra algunos ejemplos, sobre todo en casos de “daños en serie” (los producidos por el amianto, por el “agente naranja”, por el medicamento llamado DES, etc.). El caso *DES* consistió en un curioso pleito, entablado por una mujer, víctima de un cáncer, contra Laboratorios Abbott. El cáncer se había debido a la absorción, por la madre de la demandante, de ese medicamento nocivo (el DES) durante el embarazo de aquélla. No siendo posible identificar exactamente a la firma farmacéutica responsable, la actora demandó a los mayores fabricantes de aquel producto que habían vendido un volumen apreciable de ese medicamento en California durante el período en que su madre lo había tomado, imputándoles la demandante la carga de establecer qué empresas demandadas no habían producido lo que su madre había absorbido. El tribunal, en sentencia de 1980 (40), admitió esta inversión de la carga de la prueba y condenó a todos los fabricantes de DES que no habían aportado la prueba de su inocencia, siendo la condena proporcional a la parte de mercado dominada por su medicamento en el momento de la absorción. En definitiva, se aplicó el principio que se ha dado en llamar “*market share responsibility*” (o “*liability*”), es decir, un modo convencional de establecer la cuota de responsabilidad a partir de la porción de mercado dentro del total de las ventas del producto en la zona geográfica de que se trataba. Dicho en otros términos, lo que los tribunales tuvieron en cuenta fue la participación previsible de todas las empresas demandadas en la producción del daño, en proporción a su contribución al riesgo global que la distribución del medicamento había supuesto (41). *La justificación fundamental que adoptó el tribunal para tomar esta decisión fue la de que establecer la responsabilidad del demandado por su cuota de mercado produce como consecuencia, a fin de cuentas, una responsabilidad para el demandado (cada uno de ellos) aproximadamente igual a los daños que ese mismo demandado causó en realidad* (42).

Esta fórmula era una manera original de orientar la llamada, en la doctrina norteamericana, “*alternative liability*”, uno de cuyos ejemplos fue el caso *Summers v. Tice*. El demandante y los dos demandados estaban cazando y los demandados llevaban idénticas armas y munición; durante la caza, los demandados dispararon simultáneamente al mismo pájaro y el demandante fue alcanzado por el disparo del arma de uno de los demandados; el tribunal,

sobre la base de que había incertidumbre en relación con qué demandado causó el daño, estableció que “la carga (de la prueba) corresponde a cada uno de los agentes, en el sentido de probar que él no causó el daño”. El razonamiento básico para esta inversión de la carga de la prueba fue el de que de otro modo ambos demandados podrían limitarse a no decir ni hacer nada, con la consecuencia de que el demandante no sería indemnizado; con esta “responsabilidad alternativa”, sin embargo, los demandados quedan obligados a hablar y a revelar la identidad del culpable, pues de otro modo serán responsables conjuntamente; por tanto, el uso de esta doctrina requiere de ordinario que los demandados estén en mejores condiciones para obtener información que en la que está el demandante, así como que todos los posibles causantes del daño hayan sido demandados ⁽⁴³⁾.

También fue un caso de aplicación de “responsabilidad alternativa” el de *Hall v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, de 1972. Trece niños demandantes, todos ellos lesionados como consecuencia de accidentes (por separado) de explosión de cápsulas de explosivos, demandaron a cada una de las seis sociedades demandadas. Los demandados argumentaron que a los actores no les asistía la inversión de la carga de la prueba, dado que las cápsulas podían haber sido fabricadas por empresarios no demandados en el pleito, incluyendo fabricantes extranjeros y empresas nacionales ya desaparecidas. El tribunal, sin embargo, sostuvo que si los demandantes podían dejar establecido que “*era más probable que no*” ⁽⁴⁴⁾ que uno de los demandados hubiera fabricado la cápsula concreta que causó cada daño, en ese caso la carga de la prueba recaía sobre cada demandado, en el sentido de que éste tenía que demostrar que su cápsula no tuvo nada que ver con cada concreto accidente.

5. Una variante de la teoría “*market share liability*” ha sido, en Estados Unidos, la denominada “*de actuación concertada*” (“*concert of action*”). No se trata de la suposición de que entre los demandados hubo un plan común para dejar de realizar las pruebas necesarias (del producto) o para no *hacer* las suficientes advertencias al consumidor, ni de que se ayudaron o animaron unos a otros para incurrir en estas omisiones, sino que lo que esta teoría sostiene es que el “*concierto*” *consiste (para cada fabricante condenado) en no llevar a cabo esas pruebas o esos avisos fiándose de las pruebas realizadas por otro fabricante y beneficiándose de las técnicas de promoción y de mercado de cada uno de esos otros industriales* ⁽⁴⁵⁾.

6. Una tercera teoría, en línea parecida, es la de la denominada “*responsabilidad de empresa*”. Según esta propuesta, el demandante por un daño como el que nos ocupa alegaría una “empresa común” y una colaboración entre los demandados en la producción, comercialización, promoción y ensayos o pruebas del producto por ellos elaborado. Como en el caso anterior, no es que se suponga o presuma una especie de “acción concertada” para producir el daño, sino que, de acuerdo con esta teoría de la “responsabilidad de empresa”, cada fabricante es responsable de los daños causados por su producto como consecuencia de su adhesión a unos cánones de seguridad vigentes a escala nacional (“*industry-wide standard of safety*”) (46).

7. La particularidad del *caso DES* consistió en que hubo un gran número de posibles causantes del daño, que entraban y salían del mercado en épocas diferentes y alguno de los cuales no había tenido una larga duración; por otro lado, en muchos casos había transcurrido un largo plazo entre la ingestión del medicamento y el daño; por tanto, los demandados en este pleito no estaban en mejor posición que la demandante para identificar al fabricante del DES tomado en un caso determinado, ni existía una verdadera posibilidad real de llevar al tribunal a todos los posibles fabricantes. Finalmente, como reparo adicional a la solución del *caso DES*, se aduce que mientras puede ser adecuado hacer uso de la “responsabilidad alternativa” en supuestos que afectan a un pequeño número de potenciales causantes del daño, la oportunidad de la fórmula desaparece a medida que decrece la probabilidad de que cualquiera de los realmente demandados hubieren causado el daño (47). Cuatro años más tarde del *caso Sindell*, el Tribunal Supremo de Wisconsin resolvió el de *Collins v. Lilly & Co.* La sentencia entendió que cada demandado es responsable en proporción al volumen de riesgo, por él creado, de que el demandante hubiera sido dañado por el DES. En la sentencia *Collins*, el “riesgo” por el que cada demandado responde constituye una cuestión de hecho en cada caso, de suerte que las “cuotas de mercado” son relevantes para su determinación; pero cabe siempre la posibilidad de que los demandados se vean exentos de responsabilidad demostrando que su producto no pudo haber causado el daño del concreto demandante. Otro paso en esta misma orientación fue dado por el Tribunal Supremo de Washington, en el pleito *Martin v. Abbott Labs.* En este juicio, el tribunal declaró que a los demandados les estaba permitido liberarse de responsabilidad probando que

ellos no fueron los fabricantes del DES que causó el daño al demandante, de suerte que serían los no excluidos de responsabilidad los que indemnizaran; se presumiría que han de responder en cuotas de mercado similares, hasta completar el 100%, pero de suerte que cualquier demandado gozaría de la oportunidad de destruir esta presunción demostrando que su real porción de mercado era menor que la supuesta.

8. Sin embargo, estas soluciones, por muy gratas que puedan ser a los ojos de los consumidores (sobre todo la de *market share liability*, no dejan de suscitar considerables reparos ⁽⁴⁸⁾. Parece que en cualquier caso pesa sobre el perjudicado demandante la carga de probar qué fabricantes, dentro de los que lo fueron del producto que él genéricamente identifica, pudieron serlo de la concreta o de las concretas unidades causantes del daño ⁽⁴⁹⁾. Estimo que es fundada la opinión de Calvao da Silva ⁽⁵⁰⁾ cuando afirma que el demandante debe identificar al fabricante específico causante del daño, aunque se considere suficiente la prueba de la razonable *probabilidad* de que el demandado contra el que se dirige fuera el responsable en el caso de que se trate. Sostiene este autor que, delimitando con un criterio de razonabilidad y de acuerdo con las reglas de la experiencia el círculo de los posibles responsables, la presunción contra ellos (ya que estamos en el terreno de la responsabilidad por riesgo), encuentra su fundamento en el objetivo de *evitar que los daños sean soportados por la víctima por el mero hecho de no poder demostrar quién los causó, así como en la circunstancia de que un fabricante cuyo producto no tuviera nada que ver con el asunto se encuentra en mejores condiciones para acreditar que él no produjo o no distribuyó el objeto dañoso en el lugar y en el tiempo en que el resultado lesivo tuvo lugar*. El mismo autor acude al ejemplo, de tan frecuente cita en este problema, del paciente que con ocasión de un tratamiento prolongado sufre un daño presumiblemente causado por un medicamento defectuoso. Si el medicamento ha sido fabricado por diez laboratorios, no siendo identificable cuál de ellos elaboró las unidades tomadas por el enfermo, y éste hubiese comprado la medicina en farmacias suministradas por los diez productores, todos ellos serían responsables: el riesgo creado por cada uno de ellos es susceptible de ser la causa real y concreta de los daños, no pareciendo conforme a la razón práctica y a la razón jurídica que el perjudicado no pueda demandarles por el mero hecho de no ser individualizable el concreto fabricante. Pero si el paciente hubiese adquirido las medicinas siempre en la misma farmacia, suministrada sólo por dos fabricantes, los potenciales responsables son sólo estos últimos,

pues sólo a ellos son imputables los daños producidos. Añade el mismo autor que en esta hipótesis no tendría sentido ni se ajustaría a la teoría de la causalidad adecuada responsabilizar a los diez laboratorios de acuerdo con sus cuotas de mercado (*market share liability*), dado que el riesgo abstracto creado por los otros ocho laboratorios no se materializó en el daño concreto objeto de la demanda; aquí no cabe un juicio de probabilidad, sino que existe un juicio de certeza, consistente en que el producto concreto dañoso no fue elaborado por esos otros ocho laboratorios restantes. Concluye Calva da Silva diciendo que es razonable que el *riesgo de no individualización* corra a cargo de quien contribuye al peligro del público y del concreto perjudicado, y no a cargo de este último. Se facilita a la víctima el planteamiento de su demanda, considerando suficiente su prueba de que los demandados son probables responsables, aunque sea con el riesgo o “precio” de que algún fabricante sea corresponsabilizado por daños (los del concreto actor) que aquél *pudo no haber provocado* (51).

9. Opino que en nuestro Derecho es defendible (con las cautelas que luego diré) una solución similar, esto es, la de la responsabilidad solidaria de todos los fabricantes que, de acuerdo con la prueba suministrada por el actor, *pusieron ser* los que elaboraron el producto causante del daño. Desde luego, la víctima seguirá teniendo que acreditar que el daño fue consecuencia del uso o consumo de un producto determinado (más bien del consumo, puesto que en el caso de uso es poco verosímil que el producto desaparezca hasta el punto de no ser identificable su procedencia); del mismo modo que tiene que probar que fue defectuoso, en los términos del artículo 5 de la Ley española y de lo que establece su artículo 3, al definir el “concepto legal de producto defectuoso” (52). Pero una vez demostrados estos extremos, el problema de los destinatarios de su acción (en definitiva, la legitimación pasiva) -y el de la condena- podrían resolverse con arreglo a los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre el supuesto genérico de *daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*.

En la doctrina española, Parra Lucan, en su monografía de 1990 (53), recogió las críticas a la doctrina “*market share liability*”, pero no se manifestó en contra de su eventual aplicación en nuestro sistema jurídico. Tampoco lo hizo en su trabajo de 1995 (54) en “Actualidad Civil”. Pero en un artículo también reciente (55) se inclina hacia la posibilidad de que el perjudicado reclame a todos los laboratorios fabricantes del DES (utiliza la hipótesis de este

medicamento), que lo hubieran elaborado y distribuido durante el período de que en cada caso se trate; de esta forma -añade- se asegura la completa indemnización del daño sufrido de manos de al menos uno de esos laboratorios, sin perjuicio de sus acciones internas contra los demás. Entiende también la autora que si el perjudicado sólo pretende obtener la indemnización de uno de los laboratorios, no hay razón para considerar que la relación procesal esté indebidamente constituida, ni para rechazar su reclamación si se dirige únicamente frente a ese solo laboratorio.

Más tajante, pero en línea opuesta, es Cavanillas Mugica, a cuyo juicio la solución de “responsabilidad por cuotas” no es trasladable al Derecho español (56).

Por su parte, Alcover Garau, también en 1990 (57), se preguntaba si la solución del tribunal de California sería aplicable a la luz de la Directiva. Y concluía que no, porque en el caso de que el fabricante final no pudiera ser identificado entre varios posibles entraría en aplicación el artículo 3.3 de la norma comunitaria (el 4.3 de la Ley española) que establece la responsabilidad supletoria de los distribuidores. Pero el mismo autor advertía que esta última fórmula será en algunos casos ineficaz, ya que puede suceder que tampoco se conozca la identidad del concreto o de los concretos suministradores: en el mismo *caso DES*, la víctima ignoraba qué distribuidor vendió el medicamento a su madre tantos años antes. Por mi parte, creo que es dudoso el argumento basado en el artículo 4.3 de la Ley española, porque entiendo que la responsabilidad del suministrador entra en juego sólo cuando el fabricante del producto no puede ser identificado, como dice la norma, pero no porque el perjudicado hubiere pasado por alto u olvidado cuál era el fabricante del objeto que le causó el daño, *sino porque el objeto mismo no permite conocer su identidad*.

Observo que en la doctrina argentina se han expresado opiniones favorables a la solución de la “responsabilidad colectiva” de los posibles fabricantes (58).

10. Como antes decía, y con las necesarias cautelas que impone cuestión tan discutible, me inclino por la fórmula de la responsabilidad solidaria de todos los que (en nuestro caso fabricantes) pudieron ser causantes del daño. Desde luego, pesa sobre esta solución el principio clave de los sistemas clásicos de responsabilidad, es decir, el de que *nadie debe responder si no ha incurrido*

en culpa ⁽⁵⁹⁾; y en el caso que nos ocupa (léase “producto defectuoso” en vez de “culpa”, por razones obvias), es evidente que alguno o algunos de los fabricantes posibles demandados no fueron (o *podieron no ser*, que a estos efectos es lo mismo) los que pusieron en el mercado el producto concreto (en el sentido de “la unidad”) causante del daño que invoca el demandante. Pero por otra parte, incluso en un sistema clásico de responsabilidad por culpa, no parece un despropósito, al calor del principio *pro damnato*, que los tribunales apliquen esa especie de *presunción de relación de causalidad* a todos y cada uno de quienes se demuestre que *podieron ser* los causantes del daño. Es evidente que esa presunción no encaja fácilmente en los dogmas tradicionales en materia de responsabilidad civil, pero tampoco debe ignorarse que la presunción de culpa y correspondiente inversión de la carga de la prueba, hoy moneda corriente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constituye también una distorsión de lo que impone la interpretación conjunta de los artículos 1.902 y 1.214 del Código civil. Por otro lado, creo que en el caso que nos ocupa existe un elemento diferencial digno de gran consideración. *Me refiero al hecho de que si el sistema instaurado por la Ley comentada es de responsabilidad objetiva, es decir, por la mera puesta en circulación de un producto defectuoso, los reparos hacia la fórmula que se propone son menores.* Es claro que la “indiferencia” de la culpa en un sistema de responsabilidad objetiva como el que nos ocupa no disipa la necesidad (como principio) de acreditar la identidad del presunto responsable (que en definitiva es tanto como probar la relación de causalidad, de acuerdo con la terminología clásica), pero parece también evidente que el hecho de que un fabricante haya puesto en circulación un producto defectuoso (aunque no sea precisamente el que ha causado el daño al imaginario demandante de que hablamos) puede justificar la solución que se sugiere.

No se me oculta el obstáculo constituido por la insistencia del Tribunal Supremo en exigir que se demuestre la “causa originadora del accidente”, para poder condenar. Pienso, por ejemplo, en la sentencia de 13.6.96, que versaba sobre un caso de posible responsabilidad de un fabricante. Se produjo una explosión como consecuencia de la salida de gas de una bombona de butano y la Audiencia había estimado que no existían elementos probatorios sobre la anormal salida del gas, ni que fuese debida al deficiente estado de una junta de caucho del recipiente. El Tribunal Supremo dice que “no se trata en realidad de que se aprecie una falta de diligencia de la empresa demandada, sino de que se desconoce la causa originadora del accidente, que no puede

concretarse sobre la base de conjeturas, con olvido de que se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”. Añade el Tribunal que “esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso”.

No obstante, creo que casos como los que han dado lugar a la doctrina juri prudencial que acabo de mencionar no son comparables con los que ahora nos ocupan, puesto que en estos últimos sí se conoce la “causa” del accidente; lo único que se ignora es la identidad del fabricante a quien atribuir esa “causa”. De hecho, como hemos visto, el Tribunal Supremo español no ha vacilado en condenar a todos los miembros de un grupo en el que sólo uno de ellos ha podido ser el “causante” del daño ⁽⁶⁰⁾.

11. Mayores dificultades plantea la descripción de los datos de hecho que deben concurrir para que la fórmula propuesta pueda ser aplicada. Parece obvio, por una parte, que el perjudicado debe probar de forma inequívoca la identidad del producto genérico que le causó el daño; debe acreditar así mismo la identidad de los fabricantes que en la época en que adquirió el producto habían puesto el suyo en el mercado; y, por fin, deberá demandar a todos los fabricantes en quienes concurra la circunstancia que se acaba de señalar, en la medida en que con arreglo a una diligencia razonable le fuese posible conocer sus respectivas identidades; esto, a fin de constituir válidamente la relación procesal según el criterio -a mi juicio, el único razonable para salir al paso del litisconsorcio pasivo necesario de lo que es legítimo esperar de un demandante cuidadoso (diligencia exigible) en la designación de aquellos a quienes demanda ⁽⁶¹⁾.

12. Por otra parte, no me parece ningún despropósito la condena en función de la cuota de mercado, haciendo uso de una cierta analogía respecto del caso de sentencias que, aplicando el artículo 1.591 del Código civil, han establecido condenas a los diversos participantes en la construcción de un edificio en proporción al “beneficio” que se supone que han obtenido o podido obtener por sus respectivas actividades en la obra; es el caso, por

ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo de 10.10.92, con distribución de porcentajes distintos entre dueño del solar, arquitecto, constructora, ayuntamiento implicado, etc. También se siguió este sistema en la sentencia del Tribunal Supremo de 29.11.93, (condena a los arquitectos en un 80% y a la constructora en el 20% restante).

Con todo, podría plantearse la pregunta acerca de si esa responsabilidad “por cuotas” es mancomunada o solidaria (caso este último en el que las “cuotas” entrarían en juego sólo en las relaciones internas entre los fabricantes condenados). Pero vista la línea jurisprudencial española (la de la solidaridad) en casos de coautoría y, todavía más, en los de daño causado por el miembro no identificado de un grupo, parece que no es temerario suponer que la condena a todos los fabricantes de nuestra hipótesis habría de ser también solidaria (62).

Ricardo de Angel Yagüez

Notas:

(1) Me referí a este extremo en *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, 3a ed., págs. 864 ss.

(2) Excluyo, naturalmente, casos que se parecen a la responsabilidad colectiva pero que propiamente no lo son. Como puso de relieve BUSTAMANTE ALSINA desde la primera edición de su *Teoría general de la responsabilidad civil* (ahora hago la cita sobre la 8a edición, Buenos Aires, 1993, págs. 583 ss.), no es responsabilidad colectiva la hipótesis en que son varias las personas que cooperan a la producción del mismo resultado dañoso (*intervención conjunta o común*), ni aquella en que varias personas intervienen ejecutando actos independientes entre sí, que producen el mismo resultado que habrían producido aisladamente (supuesto de *intervención acumulativa o concurrente*). El caso del que me ocupo es el de “*intervención disyuntiva o alternativa*” según terminología del mismo autor, que menciona precisamente la hipótesis “en que el daño se origina en la acción de un individuo no identificado dentro de un grupo determinado”.

(3) *Tratado de Derecho civil (Obligaciones)*, IV-B, Buenos Aires, 1980, págs. 281 ss.

(4) *Personas, casos y cosas en el Derecho de daños*, Buenos Aires, 1991, págs. 179 ss., que tratan sobre “danos causados colectivamente”.

(5) *Responsabilidad civil. Límites de la reparación*, Buenos Aires, 1972,

págs. 164 ss.

(6) “Responsabilidad colectiva”, en *Responsabilidad civil objetiva*, coordinada por el citado autor, Buenos Aires, 1995, págs. 177 ss.

(7) *Responsabilidad por daños (responsabilidad colectiva)*, Santa Fe, 1992.

(8) *Código civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado (dir. por BELLUCIO), Buenos Aires, 1984.

(9) “La responsabilidad colectiva”, en *Responsabilidad por daños (Homenaje a Jorge Bustamante Alsina)*, I I, Buenos Aires, 1990, págs. 139 ss.

(10) Este último, al referirse al caso concreto de daño sufrido por un enfermo cuando es asistido por varios médicos que actúan autónomamente, sin formar equipo: *Responsabilidad civil de los médicos*, 2a ed., Buenos Aires, 1992, págs. 435 ss.

(11) El artículo 4 de la Directiva dice: “*El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño*”

(12) Por ejemplo, DI GIOVANNI, en *La responsabilità per danno da prodotti difettosi* (G.ALPA y otros), Milán, 1990, págs. 125 ss.

(13) SAVATIER denominó como casos “de culpa anónima” a aquellos en que un daño, debido sin duda a una culpabilidad, no puede ser imputado más que a uno de los miembros de una categoría limitada de personas, sin que sea posible determinar precisamente la persona cuya culpa ha ocasionado el daño. LLAMBÍAS, op. cit., pág. 281, dice también que el supuesto que se conoce como responsabilidad colectiva tal vez debería llamarse de “responsabilidad anónima”.

(14) *Ibidem*.

(15) Acaso no sea muy significativa esta sentencia, porque parece que hubo algún tipo de “acción conjunta” (concierto en sentido amplio), no varias “acciones separadas”.

(16) En lo que afecta a la cuestión que ahora nos ocupa, la Sala refuta el criterio de la Audiencia en la aplicación de la doctrina jurisprudencial por cuya virtud cuando son varios los intervinientes en la producción del resultado dañoso, y no existen elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, esa responsabilidad es de carácter solidario, por lo que el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos. El Tribunal Supremo dice que esta doctrina no es de aplicación al caso enjuiciado, entre otros motivos porque “la expresada doctrina

jurisprudencial presupone la necesaria individualización o conocimiento de los causantes del daño con su conducta comisiva u omisiva, lo que no ocurre en este caso, en que, al no ser conocida cuál era la entidad que, a virtud de los referidos contratos, estaba obligada a vigilar el funcionamiento de la central telefónica automática, durante su fase de pruebas y antes de su entrega definitiva a la empresa comitente CTNE, es necesario determinar cuál fue la que incurrió en dicha omisión contractual, lo que exige la intervención en el proceso de las tres entidades que, respectivamente, estaban ligadas por los referidos contratos, dentro de cuya órbita, y sin afectar a tercera persona extraña a los mismos, se ha producido el resultado dañoso objeto de litis ...”

(17) ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, 15a revisión por LE HMANN, 3a ed. española, con estudios de comparación y adaptación de Ferrandis, II, 2 (Barcelona, 1960), págs. 1.142-1.143.

(18) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, ed. esp., t. II (Madrid, 1959), págs. 625-626.

(19) En su monografía *La responsabilidad civil en el Derecho comparado*, Barcelona, 1962, págs. 84-85.

(20) “1. *If a member of a group of persons unlawfully causes damage and if the risk of causing this damage should have prevented these persons from their collective conduct, they are solidarily liable if the conduct can be imputed to them. 2 Among themselves, they must contribute to the reparation of the damage in equal parts, unless in the circumstances of the case equity requires a different apportionment*”.

(21) “*Lorsque plusieurs personnes ont participé a un fait collectif fautif qui entraine un préjudice ou qu’elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d’avoir causé le préjudice, sans qu’il soit possible, dans l’un ou l’autre cas, de déterminer laquelle l’a effectivement causé, elles sont tenues solidairement a la réparation du préjudice*”.

(22) DE ANGEL YAGÜEZ, *Indeterminación del causante de un daño extracontractual (sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos, de 4 de diciembre de 1980, y de Palma de Mallorca, de 24 de enero de 1981)*, en “*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*”, 1983, págs. 23-76. Luego volví sobre la cuestión en *Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo*, en “*Estudios de Deusto*”, 1984, págs. 281-303.

(23) *Op cit.*, pág 585.

(24) Comentario al artículo 1.902, en *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, II, pág. 1.983.

(25) El autor cita varias sentencias de la Sala Segunda que acreditan que la jurisprudencia penal ha admitido la coautoría en delitos culposos.

(26) *Le déclin de la responsabilité individuelle*, París, 1965, págs. 367-380.

(27) Así es digna de mención la sentencia de la *Cour d'Appel* de Aix-en-Provence de 6 de junio de 1950 recaída en un asunto en que cuatro muchachos causaron daños a otro cuando los primeros jugaban lanzándose piedras "en condiciones de imprudencia y de torpeza -dice el Tribunal- que son imputables a todos". Hay que advertir que la entrada de este criterio es más bien tardía. Ya se había ensayado en una sentencia del Tribunal de Burdeos, de 13 de octubre de 1936, en la que, con referencia a un accidente de caza, los jueces declararon que los cazadores habían cometido "una culpa colectiva al crear por su formación en condiciones de visibilidad evidentemente insuficientes una zona peligrosa que les era común". Pero esta sentencia fue revocada por el Tribunal de Casación (dato tomado de VINEY, *Le déclin...*, cit., pág. 373). La transición hacia el nuevo criterio viene dada por la sentencia de la Cour de Cassation de 25 de julio de 1941, en la que el Tribunal impuso al organizador de una cacería (*sólo a él*) la responsabilidad por el daño producido al dispararse un fusil indeterminado durante un descanso en la caza. Se estimó que había existido imprudencia por su parte al no disponer que se descargasen las armas durante el alto en la cacería. *Vid.* comentario de HENRI Y LEÓN MAZEAUD, en "Revue trimestrielle de droit civil" 1942 págs. 60 y ss.

(28) Nota jurisprudencial en "Recueil Dalloz" 1951, pág. 174.

(29) "Recueil Dalloz", 1957, págs. 493-495.

(30) A esta sentencia es aplicable el pensamiento de CARBONNIER, *Derecho civil*, ed. española con estudio introductorio y adiciones de conversión de Zorrilla Ruíz, tomo II, vol. 3 (Barcelona, 1960), pág. 78, según el cual en estos casos la causa del daño puede situarse, no ya en el hecho directamente dañoso (el disparo), susceptible de identificación incierta, sino en la anterior actitud, común a todos los interesados.

(31) ABERKANE, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*, en "Revue trimestrielle de droit civil", 1958, págs. 516-554. Hay que advertir que este autor excluye de su solución el caso de formación fortuita del grupo y que se plantea dudas cuando la víctima

forma parte del mismo grupo.

(32) Parecida sugerencia es la formulada por CARBONNIER, *Derecho civil, loc. cit.*, según el cual “una última solución (del problema de la indeterminación del autor) consistiría en la personificación del grupo”. “¿Acaso no se puede imaginar -se pregunta este autor- que todos los participantes en el juego están ligados por una cuasi sociedad o al menos por una *sociedad de hecho*, en orden a la distribución de inconvenientes y ventajas? No es descabellado interpretar como un paso en semejante dirección -termina CARBONNIER- la sentencia de la Cour de Cassation de 5 de junio de 1957” (se trata del caso en que siete cazadores, disparando simultáneamente, hieren a un octavo). Pueden encontrarse más referencias doctrinales en mi trabajo citado, *Indeterminación....*, págs. 38 y ss.

(33) Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8.2.83, en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil”, núm. 2, págs. 405-417. Volvió sobre la cuestión en su comentario al artículo 1.902 del Código civil en *Comentario del Código civil*, cit., págs. 1.983-1.985.

(34) Este precepto reza: “*El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma*”

(35) En su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, PANTEÓN PRIETO desarrolló agudos argumentos en torno al caso que allí se había resuelto, insistió en su tesis de lo *que no dice* el artículo 1.910 del Código civil y concluyó -trasladándose al terreno de los principios- con las siguientes palabras: “En estos casos, no existe conflicto entre la equidad debida a la víctima y la debida al demandado. No se olvide que cuando decimos que éste pudo causar el daño, decimos también que *pudo no causarlo*. Y la función de la responsabilidad civil es indemnizar el daño causado, no castigar conductas más o menos peligrosas. Fuera de estos supuestos habrá que absolver a todos los posibles causantes, salvo que entre ellos exista coautoría. La que creo -puntualiza- que no puede restringirse al campo de los hechos dolosos, sino aplicarse también, en su caso, en el ámbito de la responsabilidad por culpa o de la responsabilidad por riesgo”. En su posterior comentario al artículo 1.902, PANTEÓN PRIETO (*Comentario del Código civil*, cit., pág. 1.984) se muestra no menos contundente, diciendo que, salvo en los casos de coautoría, o en los de actividad cubierta por un seguro obligatorio (y aun, por analogía, en los de cobertura por un seguro voluntario), “en los demás supuestos procederá absolver a todos los posibles causantes, por falta de prueba del nexo

de causalidad”; aunque reconoce que “la jurisprudencia parece dispuesta, en cambio, a afirmar la responsabilidad solidaria de los posibles causantes, haya existido o no coautoría entre ellos”.

(36) El autor habla de “presunción de causalidad fundada en el riesgo”, *op. cit.*, págs. 198 ss.

(37) ALCOVER GARAU se ocupó de este problema en *La responsabilidad civil del fabricante*, Madrid, 1990, págs. 130-131, concluyendo que “en la mayoría de las ocasiones no se producirá la indefensión de la víctima y no se plantearán conflictos graves”, circunstancia que a su juicio explica por qué la Directiva no establece que el perjudicado deba probar que el producto es del fabricante. Por su parte, PARRA LUCÁN, *Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, “Actualidad civil”, núm. 36, 2-8 octubre 1995, pág. 749, presta atención al problema al que me referiré enseguida, el de daño causado por producto de fabricante no identificado; se cita la sentencia del Tribunal Supremo holandés de 9.10.92, en que se declaró la responsabilidad solidaria de todos los laboratorios demandados.

(38) *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milán, 1990, pág. 252.

(39) El apartado 3 del artículo 4 dice: “*Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante*”

(40) V. abundantes referencias en DOBBS, *Torts and Compensation*, 2a ed., St. Paul, 1993, págs. 743 ss. Fue el caso *Sindell v. Abbott Labs.*, aunque hubo otros pleitos basados en los mismos antecedentes. En todos ellos, los demandantes tenían que enfrentarse con dos considerables dificultades: de un lado, la identificación del fabricante del DES ingerido en cada caso concreto; en segundo lugar, la naturaleza latente de los daños causados por el producto dio lugar a que muchas reclamaciones estuvieran afectadas por la prescripción antes de que el daño fuese descubierto.

(41) Se ilustra este caso en *Market share liability: an answer to the DES causation problem*, nota sin firma en “*Harvard Law Review*”, 1981, págs. 668

ss. En esta nota que menciono se admite en principio el criterio adoptado por el tribunal, pero con puntualizaciones; tiene cabida -dice el autor- en la medida en que se ha demostrado que todos los demandados han sido negligentes, lo que obliga a considerar como distinto el caso en que el demandante prueba solamente que uno de los dos demandados fabricaron negligentemente el producto que causó el daño. Y se añade que en los casos de defecto de diseño todos los fabricantes que lo usan son negligentes; pero en supuestos de defecto de fabricación, sólo el fabricante que realmente elaboró el producto causante del daño ha creado el “riesgo no razonable”. Advierte también el autor de la nota que en los *casos DES* pudo tener sentido la aplicación del “market share”, porque el cáncer fue únicamente causado por el DES; pero en muchas ocasiones el daño no puede ser atribuido aisladamente a la industria en cuestión: a menudo, el producto simplemente aumenta los efectos de una perturbación “común”; y en estas hipótesis la determinación de cuál fue el “mercado” relevante puede ser difícil. Por otra parte, dado que todas las píldoras DES se consideraron igualmente dañosas en relación con el “mercado” como conjunto, el total volumen de DES comercializado correspondía exactamente con el montante o volumen de riesgo creado; pero en supuestos en los que el producto de que se trate no sea uniformemente dañoso, el total volumen vendido no se corresponderá con el daño causado, por lo que el “riesgo total” creado por cada fabricante debería establecerse en función de dos parámetros, es decir, su participación en el mercado y la “nocividad relativa” de su producto.

(42) Como es lógico, la palabra “causó” significa, en el marco de la exposición, el daño que el producto de cada fabricante “pudo haber causado” al conjunto de los imaginarios consumidores, no en concreto al demandante de cada caso. En torno a la reacción doctrinal ante la teoría “*market share liability*”, en Estados Unidos, v. DOBBS, *Torts ...*, págs. 742-751, y EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 5a. ed., s.l., 1990, págs. 653-658.

(43) El criterio de la “disponibilidad” o “facilidad” de una determinada prueba a cargo de una de las partes está presente en la jurisprudencia española. Por ejemplo, la sentencia 8.3.91 tiene declarado que “si bien es cierta la vigencia de la conocida regla ‘*incumbit probatio...*’, la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, matizando la moderna doctrina el alcance del principio del ‘*onus probandi*’..., en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impositivos o extintivos que alegue, y que

no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos y, finalmente, que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte.” Es particularmente digna de interés en este sentido la sentencia de 23.6.93, dictada en una reclamación por daños derivados de la rotura de una botella, en que la Sala alude a la práctica procesal de la demandada, que denomina “de brazos caídos”, no haciendo absolutamente nada en período probatorio. Es un explícito reproche a la pretensión de ampararse en los principios del *onus probandi* mediante la alegación de que “sea el actor el que pruebe”.

(44) Como es sabido, la fórmula jurisprudencial norteamericana del *more probable than not* consiste en el razonamiento de que es suficiente contar con una probabilidad de más del 50% para concluir que la “causa” imputable al demandado es soporte de la relación de causalidad del caso que se enjuicia (sobre la “prueba estadística”, v. BOBBS, *op. cit.*, págs. 191-196 y 656-665, con referencias jurisprudenciales norteamericanas al respecto). A una idea parecida responde la línea jurisprudencial suiza en materia de seguro de accidentes, que considera que existe una relación exclusiva o netamente preponderante entre la actividad profesional y la enfermedad cuando la segunda es debida, al menos, en tres cuartos (por tanto, en un 75% de probabilidades) a la primera: v. SCHWEIZER, *La preuve de la causalité (droit suisse)*, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich, 1991, pág. 177.

(45) Tomo estas interpretaciones, con las citas jurisprudenciales, de EPSTEIN, *Cases ...*, cit., págs. 392 ss.

(46) En el terreno doctrinal se han establecido los siguientes requisitos para la viabilidad de esta teoría de la “responsabilidad de empresa”: 1. La existencia de unos cánones de seguridad a escala nacional, e insuficientes, en la fabricación del producto; 2. El demandante no es culpable de la carencia de prueba para identificar al agente causante e incluso esa ausencia de prueba es imputable a la conducta del demandado; 3. Un producto defectuoso genéricamente similar fue fabricado por todos los demandados; 4. El daño del

demandante fue causado por ese defecto; 5. Los demandados están sujetos a un deber (de seguridad) a favor de la “clase” (colectividad) a la que pertenece el demandante; 6. Existe una prueba clara y convincente de que el daño del demandante fue causado por el producto fabricado por uno de los demandados; por ejemplo, el conjunto de los demandados representaba un alto porcentaje de ese producto defectuoso en el mercado en el momento en que el demandante sufrió el daño; 7. Todos los demandados son causantes de daños (EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 398). *Parece que el requisito número 7 significa que todos los fabricantes demandados son ‘potencialmente’ causantes de un daño similar al invocado por el demandante, en virtud precisamente del carácter defectuoso de su producto (el de todos).*

(47) Fueron casos parecidos el del *Smong*, el *Contergan-Talidomida* y el *Dalkon-Shield*. El primero fue el de un medicamento para las enfermedades del intestino, puesto en circulación en 1934; en 1970 se detectó que el producto había causado parálisis de los miembros y ceguera en casi 10.000 japoneses. En el caso *Contergan* se trataba de un tranquilizante que estuvo en circulación desde 1957 hasta 1961 y que ocasionó deformaciones en brazos y piernas en niños de mujeres que lo habían tomado durante el embarazo. En el último de los casos citados, en 1971 se puso en circulación un dispositivo intrauterino, distribuyéndose a cuatro millones y medio de mujeres en todo el mundo; el producto ocasionó inflamaciones de bajo vientre y esterilidad.

(48) Recoge la opinión de algún sector de la doctrina norteamericana, crítica respecto a la sentencia del caso *DES, CALVAO DA SILVA, Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, 1990, págs. 581582. Se ha llegado a decir de ella que “es la primera doctrina sobre la responsabilidad por productos que se funda en la riqueza más que en la responsabilidad”. También se recogen críticas contra esta orientación doctrinal y jurisprudencial en *DOBBS* y *EPSTEIN, op. cit.* respectivamente. Ya hemos visto antes las reservas que se formularon en la nota *Market share liability ...*, de la “*Harvard Law Review*”. Por otro lado, en *CAMPBELL, International Product Liability*, Londres, 1993, pág. 612, se dice que la doctrina “*market share liability*” no tiene cabida bajo la Directiva comunitaria, pero no convence la razón que se aduce al respecto; dicen los autores que la responsabilidad según la Directiva depende del erróneo proceder de alguien (la fabricación de un producto defectuoso); a mi juicio, este argumento no es concluyente, porque constituye una premisa también en Derecho norteamericano; el problema consiste en saber quién es ese “alguien”, extremo en el que la Directiva parece dejar amplio campo a las

particularidades de cada ordenamiento nacional.

(49) Distinta es la hipótesis a que me referí en DE ANGEL YAGÜEZ, *Derecho y medio ambiente*, en *Ciencias humanas y sociedad: la Fundación Oriol Urquijo* (1953-93), Madrid, 1993, págs. 263-283, en que aludía al caso de los llamados daños medioambientales. En esta circunstancia, la solución constituida por la “*pollution share liability*” consistente en imputar la responsabilidad a cada elemento (fuente de contaminación) en la porción correspondiente a su “cuota de polución” (a su vez medida sobre la base de datos o cálculos extraídos del volumen de su respectiva actividad), puede ser razonable en tanto en cuanto los titulares de las empresas creadoras de esa contaminación lo hubieren sido en efecto, es decir, en atención a una hipótesis de *coparticipación* en la producción del daño -aunque por principio no sea deliberada o dolosa-, esto es, *todos* han causado el perjuicio; pero no es éste el caso a que nos referimos en el texto, en el que la premisa consiste en que uno o algunos de los posibles responsables (no todos) han sido los que han puesto en el mercado el producto que concretamente ha causado el daño del demandante. Se refiere a un caso de posible contaminación causada por varios agentes por separado la sentencia del Tribunal Supremo de 27.10.90.

(50) Op. cit., pág. 582.

(51) CALVAO DA SILVA, *op. cit.*, pág. 587, n. 2, argumenta, además, dicie do que esta fórmula mejora a la de la *market share liability*, puesto que en esta última el perjudicado sufre la eventual insolvencia de uno de los fabricantes involucrados; mientras que con la tesis que propone ese riesgo se descarta, en virtud de la condena solidaria a todos los fabricantes probables productores del medicamento defectuoso.

(52) Siempre, además, contando con las particularidades de cada supuesto de hecho, puesto que, por ejemplo, tomando el caso de los medicamentos, es poco verosímil que el perjudicado pueda probar en qué farmacia lo compró y en cambio no pueda acreditar la marca concreta del fármaco (pongamos por caso, conserva los envoltorios de la farmacia pero no los envases del medicamento).

(53) *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, págs. 586 ss.

(54) *Notas*, pág. 749.

(55) *The Proof of a Causal Relationship-Damages Caused by Identical Products Made by Different Manufacturers (Comments on the Judgment of*

the Dutch Supreme Court of 9 October 1992. The possible solution offered by the Spanish legal order), "European Review of Private Law", 2, 1994, págs. 414-430.

(56) CAVANILLAS MUGICA, *Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, "Iniuria", núm. 5, pág. 42. El autor, al referirse a daños probadamente causados por un producto sólo genéricamente determinado que es fabricado bajo distintos nombres y particularidades por varios productores, entiende que probablemente la solución haya que buscarla en ese "uso alternativo" de la teoría de la causalidad adecuada que es posible identificar en nuestra jurisprudencia civil y que consiste en considerar que la adecuación no es requisito añadido a la eficiencia causal, como en el Derecho penal, sino indicio de la misma que permite asignar al demandado la carga de la prueba de la falta de nexo causal efectivo.

(57) *La responsabilidad civil del fabricante*, Madrid, 1990, págs. 131 -132.

(58) Así, ANDORNO LUIS O., "Responsabilidad civil de la empresa por productos elaborados", en *Responsabilidad civil de la empresa* ("Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina"), Santa Fe, 1996, pág. 152, considera que si el consumidor sufre un daño derivado de un producto elaborado por uno de los legitimados pasivos que formare parte integrante de un grupo perfectamente determinado, mas sin que fuese posible identificarlo en forma adecuada, se está en presencia de un supuesto de responsabilidad colectiva que abarca a los distintos integrantes del conjunto, quienes deberán responder en proporción a su participación en dicho grupo. El autor cita las aportaciones al respecto de KEMELMAJER DE CARLUCCI y del trabajo conjunto de CORDOBERA GONZÁLEZ y GARRIDO CORDOBERA.

(59) Me refiero, claro está, a culpa *en relación con* el concreto daño de que se habla. Porque la existencia de culpa *en la actuación* constituye la premisa del caso analizado. Si acudimos al ejemplo de los niños, el presupuesto es el de que *todos ellos* disparaban escopetas o tiraban piedras sin tener en cuenta el daño que podían causar. Si nos trasladamos al caso de los fabricantes (en que la culpa no entra en juego), *todos ellos* pusieron en el mercado un producto (el mismo) defectuoso. Precisamente por esto es por lo que el problema que tratamos se sitúa en el terreno de la relación de

causalidad, no en otros (por ejemplo, en el de la *acción* -no existe- o en el de la culpa -no la ha habido-).

(60) En otro orden de cosas, debe tenerse presente que entre los casos “clásicos” de daño derivado de la actuación del miembro indeterminado de un grupo (niños jugando, accidente de caza, etc.) y los de “no identificación del fabricante”, a que vengo refiriéndome, existen algunas diferencias. Por ejemplo, en la segunda hipótesis no se da la “coincidencia” en la actuación (espacial o temporal) que suele ser característica de la primera. De otro lado, hablar de “grupo” en relación con la posible responsabilidad de los fabricantes constituye una gran generosidad en el lenguaje. No obstante, creo que existen fundamentos bastantes para hacer uso de la analogía.

(61) No me parece tan claro que, como opina PARRA LUCAN, *The Proof ...*, pág. 424, sea posible que el perjudicado reclame sólo a uno de los laboratorios fabricantes del producto (seguimos manteniéndonos en el ejemplo del *caso DES* o similares), no haciéndolo contra todos los demás que hubieren distribuido el producto en la época o momento de que en cada caso se trate, esto es, todas las demás empresas que hubieran participado en el mercado en aquel período y cuya identidad fuese razonablemente cognoscible por el perjudicado. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el caso de producción de un daño por varios agentes, hipótesis en la que la acción contra uno de ellos es *acertada* (porque es seguro que ese demandado participó en la producción del resultado lesivo), en el caso en que nos encontramos se parte de la premisa de que un concreto fabricante pudo no haber sido el que elaboró las unidades determinadas de medicamento que causó el daño a la víctima. Dicho en otras palabras, si el fundamento de la eventual condena es la *posibilidad* de que cada fabricante presente en el mercado fuera el que dio origen al perjuicio, entiendo que es imprescindible que se demande a todos los fabricantes que hubieran tenido el producto en el mercado. Cosa distinta es que no se pueda exigir al perjudicado (más allá de la diligencia razonablemente requerida) la “garantía” de que no deja de demandar a uno de ellos: imponer a la víctima demandante la carga de conocer a absolutamente todos los fabricantes constituye, a mi entender, una exigencia exorbitante.

(62) Esta es la orientación que se propuso en el Proyecto argentino de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. El proyectado artículo 1.119 opta por la solidaridad en el caso de “daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros”. Igual solución se propuso en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (“el daño proveniente de

la actividad de un grupo de personas que sea peligrosa para terceros hace responsables indistintos a sus integrantes”). Tomo estos datos de LÓPEZ CABANA, *op. cit.*, págs. 210-212. Por cierto, me llama la atención la fórmula contenida en el Proyecto de la Cámara de Diputados, puesto que en el caso de daño causado por un miembro anónimo de un grupo determinado, se reconoce a la víctima el derecho a accionar contra cualquiera de los integrantes del grupo por el total perjuicio padecido.

Ricardo de Angel Yagüez

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

LA LEGITIMA EN EL DERECHO ROMANO.

por Alfredo Di Pietro

I. La libertad de testar en el Derecho romano antiguo

I. 1. *Situación de los bienes familiares al fallecer el paterfamilia.* Desde los comienzos del Derecho romano, todo lo relacionado con la herencia estaba siempre muy vinculado con la constitución de la familia. Una vez muerto el *paterfamilias*, serán sus hijos y la *uxor in manu* los que pasarán a ocupar la situación jurídica del causante. Estos serán los denominados *sui heredes*, es decir los “herederos suyos”. Como se ve están constituidos por los “herederos domésticos”.

La unidad primitiva que estaba en cabeza del *paterfamilias* se desintegra en tantas nuevas unidades como herederos *sui iuris* existan. Existía la posibilidad de que todo el patrimonio familiar quedara indiviso, conformándose lo que Gayo (III.154a) denomina el *erctum non cito*, es decir “dominio indiviso”, en el latín antiguo. Esto podía significar la continuación monolítica de la familia.

Pero conllevaba serios inconvenientes: (a) Por un lado, como es sabido, la situación de condominio resulta siempre inestable entre sus integrantes, surgiendo la posibilidad de disensiones y controversias que alteraban el clima de armonía y concordia que debía tener la institución (b) Por el otro, si se mantenía en el tiempo, la familia que tendía a crecer, tornaba difícil el sustento de todos sus integrantes. Ciertamente es que todos y cada uno de los integrantes de este *erctum non cito* podían pedir en cualquier momento la partición de la herencia. Gayo (Dig. 10.2.1.pr.) nos menciona que la *actio familiae erciscundae*, es decir precisamente la “acción de partición de la herencia” existía ya en la Ley de las XII Tablas. Pero con ello aparecía un nuevo peligro, ya que al dividirse el patrimonio familiar, consistente para aquella época fundamentalmente en una explotación agrícola, se iba produciendo un desmenuzamiento de los bienes, perdiéndose efectividad lucrativa, ya que las distintas parcelas que podía tener cada uno de los herederos mermaban sensiblemente los ingresos.

I. 2. *La libertad de testar del paterfamilias*. Cabe por ello conjeturar que frente a este problema, era el propio *pater* quien en vida trataba de evitar este grave problema que afectaba al patrimonio familiar. Para ello, si es que contaba con varios hijos, elegía previamente a aquel que lo sucedería. Y respecto de los restantes, podía emplear en vida la práctica de la “emancipación” (*emancipatio*), o la entrega a otro *pater* dándolo en adopción, o si se trataba de hijas, casándolas *cum manu*.

De este modo, al ser emancipados quedaban convertidos en *sui iuris*, pudiendo darle, aunque esto no era obligatorio, alguna parcela de tierra para que se desarrollara económicamente. Respecto de los dados en adopción o la hija casada *cum manu*, todos ellos entraban en una nueva familia.

Y finalmente, le quedaba el recurso del testamento. Las reglas del *ius civile* le otorgaban una amplia libertad para instituir herederos a quien quisiera, lo mismo que para desheredar sin dar ningún tipo de fundamento a sus propios *sui heredes*. Claro está que con ello no los dejaba siempre en la indigencia, pues podía recurrir a las distintas formas de legados. Así, respecto de su propia *uxor in manu*, podía de este modo dejarle ya la propiedad de un bien, o un usufructo, o lo que podríamos entender una renta vitalicia. Su propósito era pues, tratar de evitar la desintegración del patrimonio familiar de una manera antieconómica. Si había un solo bien, se lo dejaba a un heredero. Si había más de uno, podría también asignar las porciones instituyendo más de un heredero.

El *pater* tenía pues una amplia libertad para disponer por testamento. Cabe pensar que si dentro de las facultades de la *patria potestas* figuraban algunas tan fuertes y extremas como la del siempre recordado *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte), o la del *ius exponendi* (derecho de no aceptar a los recién nacidos y exponerlos), o la del *ius vendendi* (derecho de vender o mejor transferir al hijo a otro *pater*), resulta perfectamente admisible la posibilidad de la desheredación.

El problema comienza a plantearse cuando los herederos domésticos no se ven satisfechos por las distintas posibilidades jurídico-económicas que podía haber adoptado el *pater*. Es entonces que comienza a plantearse el reconocimiento de los derechos que pueden tener estos *sui heredes*, pese a la

voluntad expresada por el *pater* en el testamento. El problema no fue sencillo, puesto que los romanos no dejaron de reconocer la libertad del testador, por lo que se trató de ir limitando esa libertad en favor de los intereses de los herederos domésticos.

El camino seguido para hablar de esta “sucesión contra el testamento” fue bastante arduo. Ya las primeras medidas fueron conocidas hacia fines de la época republicana, abarcando todo el período clásico. Ya para los juristas de los siglos II y III d.C., el reconocimiento del derecho de los herederos domésticos había alcanzado un grado de desenvolvimiento muy avanzado. Pero se dio la curiosidad de que no aparece sistematizado en una forma orgánica. Incluso en la época de Justiniano, no encontraremos una unificación de todas las medidas ni en el Digesto, ni en el Código ni en las Institutas. Tendremos que llegar al año 542 d.C. para ver un intento en tal sentido en la Novela 115.

II. La sucesión hereditaria contra el testamento

En la época clásica, los distintos remedios en favor de los herederos domésticos son los siguientes:

1. Sucesión *iure civile* en caso de preterición de los *sui heredes*.
2. *Bonorum possessio contra tabulas testamenti*.
3. Querrela *inofficiosi testamenti*.

II. 1. Sucesión “*iure civili*” en caso de preterición de los *sui heredes*. Los juristas republicanos dieron una primer puntada en esta historia. Con mucho tacto y prudencia no se atrevieron a ir directamente contra la voluntad del testador. Interpretaron en tal sentido que de acuerdo con el *ius civile* el *pater* podía instituir herederos o desheredar a los *sui heredes*. ¿Pero qué ocurría si el *pater* no había hecho ni una cosa ni la otra, sino que los había silenciado, es decir los había “preterido”? Acá el *ius civile* no decía nada, por lo que no encontraron inconvenientes en hacer una interpretación que resultara favorable a los *sui heredes*. En lo esencial juzgaron que el *pater* no podía omitir a los *sui heredes*. De haber incurrido en preterición, ello tendría consecuencias favorables a éstos.

Los efectos de esta *praeteritio* eran sin embargo distintos según los casos:

(a) Si se trataba de un hijo que estaba bajo la **patria potestas** del *pater* (*filius in potestate*) debían ser instituido heredero o desheredado “nominativamente” (*nominatim*). Esto último significaba que en la cláusula de desheredación había que designarlo por su propio nombre. Así, p.ej.: “Que mi hijo Ticio sea desheredado” (*Titius filius meus exheres esto*). Aunque también, si tenía un solo hijo, valía la forma “Que mi hijo sea desheredado”, ya que aunque no se agregara el nombre propio no cabía ninguna duda de quien era el desheredado (Gayo 2.127).

En este caso, si el hijo varón era preterido, o no hubiese sido desheredado nominativamente el testamento es considerado *inutile* y en consecuencia es *nulo iure civili*. De este modo, al caer el testamento, se abría la herencia *ab intestato*.

(b) Si se trataba de los otros *sui heredes* (caso de hijas, nietos o nietas, *uxor in manu*), debían ser instituidos herederos o desheredados. Pero para este último caso no se exige la desheredación “nominativa”, bastando una cláusula general colectiva (*inter ceteros*). Así, p.ej.: “Que todos los otros sean desheredados”. (*Ceteri omnes exheredes sunt*); Gayo 2.128).

En el caso de preterición, a diferencia del caso de la preterición del hijo varón, el testamento no es nulo, sino que continuaba siendo válido. Pero estos preteridos gozarán de una parte de la herencia. Había que distinguir: (i) Si el heredero instituido era uno de los *sui heredes*, el preterido o la preterida tendrán derecho a una porción viril igual a la del *sui heres* (Gayo 2.124); (i i) Si el heredero instituido era un heredero extraño, p. ej., un amigo del testador, el preterido o la preterida tendrán derecho a la mitad de la parte que le corresponde al instituido (Gayo 2.124).

Para poder comprenderlo consideremos los siguientes ejemplos:

1. El *pater* tiene dos hijos (A) y (B), y una hija (C). En el testamento ha instituido herederos a (A) y a (B) por mitades, y ha preterido a (C). El testamento es válido, pero se modifican las porciones: (C) obtendrá 1/3 de la herencia, al igual que (A) y (B), que también tendrán porciones de 1/3 cada uno de ellos.

2. El pater tiene solamente una hija. Instituyó heredero a su amigo Ticio y preterió a su hija. El testamento es válido, pero a la hija le corresponde la mitad de la herencia, mientras que Ticio se queda con la otra mitad. Aquí obtiene menos que si la herencia hubiese sido *ab intestato*.

3. Veamos este caso más complejo. Para poder comprenderlo recordemos que para el cómputo, los romanos dividían la herencia en 12 porciones. El total de la herencia era un “as” y cada una de las porciones era denominada “onza” (*uncia*). El *pater* tiene dos hijos (A) y (B) y una hija (C). Instituye herederos a (A) por $1/4$ ($3/12$); a (B) también por $1/4$ ($3/12$), y a su amigo Ticio por la mitad ($1/2 = 6/12$). El testamento es válido, pero la hija (C) obtendrá de sus hermanos una parte viril, igual a la que le hubiera correspondido *ab intestato* respecto de ellos. Por ello su porción quedará integrada por $1/3$ de la de (A), o sea $1/12$; igualmente obtendrá otro $1/12$ de la de (B) pero también obtendrá la mitad de la porción de Ticio, o sea $1/4$ ($= 3/12$). En total, la porción de (C) será de $5/12$ de la herencia, la cual en este caso es superior a la que le hubiera correspondido *ab intestato*, que hubiera sido $1/3$ ($= 4/12$).

Esta medida de protección de los herederos domésticos (*sui heredes*) merece algunas consideraciones que resultan interesantes:

(a) En primer lugar, por lo que vemos se produce una combinación entre herencia testamentaria y *ab intestato*. Es una excepción a la regla *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (Nadie puede morir en parte testado, en parte intestado; Inst. Just. 2.14.5; Ulpiano, Dig. 29.1.6). Es una prueba de que los juristas manejaron las *regulae iuris* no de acuerdo con una lógica estricta, por lo menos desde un punto de vista formal. No significa ello que fueran ilógicos. De lo que se trata en todos los casos es de lograr una determinación de justicia. Como lo dice Paulo (Dig. 50.17.1): “Non ex regula *ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*” (“No es de la “regla” que se toma el *ius* (lo justo), sino que es del *ius* (de lo “es” justo) que se hace la regla).

(b) Los juristas consideraron que estos herederos preteridos eran “como si hubiesen sido instituidos herederos (*quasi scripti heredes*) y en consecuencia, al estar en esa situación jurídica, se producía a su respecto los mismos efectos que para cualquier heredero. Así, los hicieron responsables de los legados (Cod. 6.28.4.1).

(c) Existe también una paradoja, puesto que no alcanza a explicarse por qué se lo obliga al testador, respecto de sus *sui heredes*, a instituirlos herederos o a desheredarlos, dando una importancia muy grande a la *praeteritio*. Para el interés de estos herederos, el hecho de ser desheredados, sobre todo si la *exhereditio* era *nominatim*, debía significar un hecho más afrentoso que la mera circunstancia de haber sido silenciados en el testamento.

Pero los juristas, sin dar ninguna explicación parecen establecer para el testador la regla formal de que los *sui heredes* debían ser mencionados, aprovechando la circunstancia de la “preterición” para lograr, ya hacer caer el testamento, ya para otorgarles una determinada posición hereditaria. ¿Por qué no admitir la misma regla para los desheredados, por lo menos sin causa justificada? La respuesta es difícil frente al silencio de la jurisprudencia. Como ya lo dijimos, los juristas republicanos, manejándose con suma cautela no se atrevieron a tanto. Hubiera significado un desconocimiento de la amplia libertad de testar por parte del pater, principio que estaba plenamente aceptado.

Sin embargo, esta primer medida que vemos aparecer en la historia de la protección de los herederos domésticos representa un paso que proyectándolo lógicamente en el horizonte de la historia jurídica romana debía conducir necesariamente a la posterior *querella inofficiosi testamenti* y a la aceptación de la “legítima”. Por ello es que la tendencia de querer ver en esta solución de la *praeteritio* un “Derecho hereditario forzoso formal”, superado luego por el “Derecho hereditario forzoso material”, no aparece como muy feliz. Si bien la primera solución (“preterición”) se basa en una formalidad, no es menos cierto que sus efectos son tan “materiales” como el alcanzar la calidad de herederos. No hay que ver estos pasos que estamos analizando como enfrentados, sino como alineados en una misma dirección, cual es la protección de los *sui heredes*.

II. 2. La *bonorum possessio contra tabulas* de los *liberi*. La solución de la *praeteritio* corresponde a la *hereditas*, es decir a la “herencia” regulada por el *ius civile*. El pretor no puede, por ello, hacer a nadie heredero, puesto que éste es fijado por el testador en la herencia testamentaria o por la ley en la herencia *ab intestato* (Gayo, 3.32; Inst. Just., 3.9.2).

Pero interviene en esta materia, sin inmiscuirse directamente en la atribución

de heredero y de propiedad de la herencia. Lo que hace es conceder a determinadas personas, a veces cumplimentando lo que dice el *ius civile*, otras modificándolo la “posesión de la herencia” (*honorum possessio*). De este modo, los protege, no como herederos sino como *honorum possessores*. Estos quedan ubicados no como “herederos”, sino cada uno “en el lugar de heredero” (*loco heredis*, Gayo, 3.32).

Explicadas estas circunstancias, el pretor, sintiendo menos escrúpulos que los juristas respecto de las reglas del *ius civile*, promete en su Edicto (Lenel, *Edictum* § 142), la *honorum possessio contra tabulas* directamente a los *liberi* (hijos y descendientes) que, sin haber sido ya instituidos herederos o desheredados, hubiesen sido preteridos por el *pater* en su testamento.

De este modo cambia ahora el fundamento que sostenía el régimen anterior del *ius civile*. Lo esencial es que el pretor no protege solamente a los herederos legítimos, es decir los que figuraban como *sui iuris*, por ser agnados respecto del *pater*, incluidos no solamente los que estaban bajo su *patria potestas* al momento de su fallecimiento, sino también los que deberían estarlo de haber continuado con vida el *pater* (caso de los herederos póstumos). Esto se explica por cuanto la familia que cuenta para el *ius civile*, es la familia “agnaticia”.

En cambio, ahora el pretor, habla de manera más genérica de *liberi*, vocablo que significa los “descendientes libres”, bastando con que lo sean por el vínculo “cognaticio”. Por supuesto que dentro de la denominación de *liberi* entraban los hijos e hijas (incluida la mujer casada *cum manu*, que figuraba ocupando el lugar de hija), pero además todos los otros descendientes que hubiesen sido emancipados. En efecto, el hijo o nieto emancipado había dejado de ser *sui heres* del *pater* por haber sufrido una *capitis deminutio* precisamente por la *emancipatio*. Pero no por ello dejaba de ser “descendiente libre” del *pater*. El criterio de otorgar la *honorum possessio* a los *liberi* (cognados) y no solamente a los “herederos civiles”, es decir a los *sui heredes* (agnados) será análogo a lo que ocurre en la herencia *ab intestato*, ya que en ésta serán llamados en primer término (llamamiento *unde liberi*).

El pretor admite a los emancipados por medio de una ficción: “como si no hubiere sucedido la *capitis deminutio* y por ello fueran *sui heredes*” (Lenel, *Edictum* § 142; Paulo, Dig. 37.1.6.1; Ulpiano, Dig. 37.4.3.5; Dig., *idem*,

8.14). Esto se aplica a los emancipados. En cuanto a los hijos dados en adopción, por pertenecer ya a otra familia agnaticia, se los considera extraños, salvo que, mientras viviera el padre natural, hubiesen sido emancipados por el *pater* adoptante (Gayo, 2.135; Inst. Just., 2.13.3-4).

Esta medida era mucho más amplia, siendo evidente el propósito del pretor de conservar la herencia a los hijos del testador. El modo de protección era otorgándoles la *bonorum possessio contra tabulas*, es decir la “posesión hereditaria en contra de lo establecido en las tablas del testamento”. Tenía la característica de ser *cum re*, lo que significaba que el pretor los protegía en esa situación aun contra la “petición de herencia” (*hereditatis petitio*) hecha por los herederos que figuraban en el testamento, otorgándoles una *exceptio doli* (Gayo, 2.125).

Esta reforma corresponde al siglo I a.C., y era plenamente conocida por el jurista Labeón, el fundador de la escuela Proculyana, que se destacó a comienzos del Imperio (Ulpiano, Dig. 37.4.8.11). Para poder comprenderla, debemos analizar su forma de aplicación, en la cual debemos tener en cuenta ciertas hipótesis:

1. Supongamos primero que la *praeteritio* hubiese ocurrido respecto de un hijo varón que estaba bajo la *patria potestas*, es decir un *filius in potestate*, el testamento, como ya lo habíamos visto era nulo según el *ius civile*. Por lo tanto, caía y era preciso abrir la herencia *ab intestato*. Por ello no era necesario la *bonorum possessio contra tabulas*, por no haber testamento. Los *liberi* serán llamados conforme al primero de los llamamientos de la *bonorum possessio ab intestato*, es decir el llamamiento *unde liberi* (Gayo, 2.135-137). Al haber caído el testamento, todos los *liberi* -incluso los desheredados- podían acudir a este llamamiento. La división se hace *per capita*, si bien los hijos emancipados debían hacer colación de sus bienes (*collatio bonorum*).

2. A su vez, si se trataba de una preterición que no hacía nulo (*inutile*) el testamento según el *ius civile* (sería el caso de haberse preterido una hija, un nieto o una nieta), éstos podían pedir la *bonorum possessio contra tabulas*. Con lo cual excluían a los herederos testamentarios que no fuesen *liberi*. La herencia se repartía de tal modo que cada uno de los *liberi* obtenía una porción igual a la obtenida por la *bonorum possessio ab intestato* (llamamiento *unde liberi*).

3. Así, dentro de la aparente forma intrincada de atribución de porciones hereditarias, el sistema funcionaba muy bien. Veamos los siguientes casos: (a) El testador tenía un hijo (A) y una hija (B). Instituye heredero a (A) y pretere a (B). Esta puede pedir la *bonorum possessio contra tabulas*, pero ésta no le es concedida por el total hereditario, puesto que, siendo también *liber* su hermano (A), el pretor lo auxiliaba *comisso per alium edicto*, es decir, se le aplicaba el “edicto por acto de otro” (en este caso, de su hermana; Ulpiano, Dig. 37.4.3.11; Dig. *idem*, 8.14; Lenel, § 142). De este modo ambos obtenían una mitad de la herencia.

(b) Para ver la diferencia que se podía producir respecto del sistema de la “preterición” del *ius civile*, veamos ahora este caso. El testador tenía un hijo (A) y una hija (B) *in potestate*. Instituyó heredero a (A) por 1/4 parte y a su amigo Ticio, heredero extraño por 3/4 partes.

De acuerdo con las reglas de la *praeteritio* del *ius civile*, el testamento era válido. Y la hija (B) obtenía de su hermano (A) 1/8. A ello debía añadir la mitad de la porción de Ticio, es decir 3/8 partes más, es decir 4/8 (= 1/2). Con ello estaba en la misma situación que si la herencia hubiese sido *ab intestato*. Pero su hermano (A) sólo se quedaba con 1/8 y el resto, o sea 3/8 serían de Ticio.

Pero si la hija (B) pide la *bonorum possessio contra tabulas*, Ticio queda excluido por ser un heredero extraño, y la herencia le corresponde en 1/2 a (B), y la otra mitad va a (A).

4. En el sistema pretoriano, las desheredaciones continúan teniendo validez. Por ello, los *liberi* desheredados no pueden pedir la *bonorum possessio contra tabulas*. Solamente lo pueden hacer los descendientes *in potestate* (hijas, nietos o nietas) o emancipados que hubiesen sido preteridos. De este modo, si bien en principio la *bonorum possessio contra tabulas* otorga las porciones que les hubieran correspondido en la *bonorum possessio ab intestato*, podía suceder que por efectos de la desheredación, los otros *liberi* podrían obtener una porción mayor. Así, p.ej., si un hijo fue desheredado, los otros acrecían su cuota por el monto que le hubiera correspondido a éste.

5. Sería un error pensar que la medida pretoriana de la *bonorum possessio contra tabulas* anulaba el testamento. El pretor se limita a introducir una

mejora más profunda que la admitida por el *ius civile*, al extender la protección de la *praeteritio* a los *liberi cognados*, en detrimento de los herederos extraños. Pero el resto de las cláusulas testamentarias continúa manteniendo su validez. Así, el heredero pretoriano debe cumplir los legados hechos en beneficio de los ascendientes y descendientes del testador, así como el legado dejado a título de dote a su mujer, o a su nuera (Ulpiano, Dig. 37.5.1 pr.; Lenel, § 143). Igualmente son válidas las sustituciones pupilares (Africano, Dig. 28.6.34.2), así como las manumisiones, daciones de tutores, etc., es decir, todas las cláusulas que surjan de la evidente voluntad del testador, salvo por supuesto lo referente al régimen pretoriano de la *bonorum possessio contra tabulas* en cuanto a los *liberi preteridos*.

III. La querella *inofficiosi testamenti*

III. 1. Hasta ahora hemos visto las medidas tomadas por parte de los juristas en lo que se relaciona con el *ius civile*, y por el pretor en lo que se refiere a la *bonorum possessio contra tabulas*. Ambas estaban basadas en el caso de la *praeteritio*, pero respetaban el principio tradicional de la libertad amplia del testador de instituir heredero o desheredar a quien quisiera.

Pero casi coetáneamente con estas medidas, hacia finales de la época republicana hubo una reacción contra la conducta del testador que, de manera injustificada, procedía a desheredar o a preterir a sus hijos. Esta consideración era por lo tanto nueva. Tanto en las medidas del *ius civile*, como en las del *ius praetorium*, lo único que se consideraba era la *praeteritio*. Pero como se mantenía el criterio tradicional de que el testador podía desheredar a quien quisiera, aun siendo *sui heredes*, siempre y cuando esta *exhereditio* hubiera sido conforme a las reglas (*nominatim* o *inter ceteros*), la misma surtía todos sus efectos.

Ahora se entendía que p.ej.: (a) si un *pater* desheredaba a un *filius in potestate* y esto ocurría sin ninguna causa justificada, el hijo varón podía atacar el testamento por el procedimiento especial de la *querella inofficiosi testamenti*, aduciendo que su *pater* había faltado al “deber de piedad” (*officium pietatis*) que debía tener con él. De este modo podía, según los casos, obtener que se anulara el testamento, o que se le otorgara una determinada parte de la herencia; También, (b) si se trataba del testamento

hecho por la madre respecto de su hijo, y este resultaba preterido en el mismo, dicho hijo podía alegar el mismo incumplimiento del *officium pietatis* y atacar el testamento por la *querella inofficiosi testamenti*.

III. 2. Se trata de una medida extraordinaria que sólo se concede a falta de otra vía disponible (Inst. Just., 2.18.2). De este modo, vemos como funcionaba en la época clásica respecto de los otros remedios ya “civiles” o “pretorianos”. El que pide la *querella inofficiosi testamenti* no debe contar con otro recurso para obtener la herencia. Consideremos los siguientes casos:

(a) Si un *filius in potestate* ha sido preterido en el testamento, éste se torna nulo (*inutile*) y se abre la herencia *ab intestato*, tal como ya lo habíamos visto, por lo que carece de sentido pedir la *querella*. Esta corresponde, en cambio, si dicho hijo ha sido desheredado sin motivo, instituyendo p. ej. a un extraño como heredero.

(b) Si un hijo emancipado ha sido preterido en el testamento, como tiene derecho a pedir la *bonorum possessio contra tabulas*, tampoco puede atacar el testamento por la *querella*. Al igual que en el caso anterior tenía que haber sido desheredado (Paulo, Dig., 5.2.23 pr.).

(c) En el caso de un hijo adrogado desheredado sin motivo justo, tiene el derecho de pedir el cuarto de la herencia, según una constitución de Antonino Pío (*quarta Antonina*; Dig. 38.5.13; Inst. Just., 1.11.3). Por ello, contando con esta vía no podía atacar el testamento por la *querella inofficiosi testamenti* (Ulpiano, Dig., 5.2.8.15).

III. 3. La *querella inofficiosi testamenti* resultaba una muy feliz construcción de los juristas romanos. Lo curioso es que el fundamento que se daba no era estrictamente jurídico, ni estaba basado en una ley, sino que era del orden moral. Se consideraba que el haber actuado el testador desheredando sin motivo admisible a sus allegados próximos es, haber faltado al “deber de piedad” (*officium pietatis*) y por ello se lo considera como si estuviera bajo los efectos de una perturbación mental (*color insaniae*; Marciano, Dig. 5.2.2). Por este *officium pietatis*, el testador debe dejarles por lo menos una determinada cantidad de bienes. Esta porción es la que constituirá la “legítima”.

Es de destacar el preciosismo de la argumentación, puesto que no se decía que el testador estuviera demente, puesto que en ese caso el testamento hubiese sido directamente nulo, ya que un *furiosus* no tenía la *testamenti factio* (Inst. Just. 2.18 pr.). En cambio, el argumento retórico del color insaniae (o *non sanae mentis*) que equivalía a “como si estuviera demente” por haber infringido la regla moral, que tanto debía gustar a los bizantinos, y pese a haber sido utilizado abundantemente por los *oratores* ante los Centunviros, no significa necesariamente que haya sido una influencia de los retóricos - no siempre bien apreciados- respecto de los juristas (cfr. Cicerón, *Brutus*, 67.236; Aulo Gellio, 1.6).

III. 4. Este procedimiento de la *querella* -esta es la expresión correcta; la variante de *querela* usada por los modernos es un anacronismo- comenzó a ser admitida ante el Tribunal de los Centunviros. Este era un órgano judicial colegiado que se ocupó incluso en el Imperio, de las cuestiones de familia y de herencia. Como una curiosidad se podía seguir actuando por la vieja vía del *sacramentum* (Gayo, 4.31). Ya desde la época clásica se admitió la vía del procedimiento *extra ordinem*, ya ante funcionarios imperiales, y en las provincias ante los gobernadores (Cod., 3.28.17, año 284).

III. 5. El desenvolvimiento de la *querella inofficiosi testamenti* a partir de la época clásica se torna muy difícil, por cuanto las fuentes jurídicas quedan reducidas al muy escaso material proporcionado en las Sentencias de Paulo (4.5) y el título respectivo del Código Theodosiano (2.19). Incluso Gayo en sus “Institutas” ni siquiera la menciona. Lo que nos queda es el título del Digesto (5.2), sumamente manipuleado por los bizantinos, y también las leyes que figuran en el Código (3. 28-30), así como el título sobre el “testamento inoficioso” que figura en las Institutas de Justiniano. Trataremos de dar por lo tanto, con estas limitaciones, las características de esta *querella* que resulta importante por cuanto es aquí donde aparece la idea de la “legítima”.

IV. Características de la *querella inofficiosi testamenti*

Veamos ahora las características que tenía la *querella inofficiosi testamenti*:

IV. 1. *¿Quiénes eran los herederos que podían iniciarla?* Los que podían atacar al testamento por medio de esta *querella inofficiosi testamenti* no eran todos los herederos a quienes les hubiera correspondido la herencia *ab intes*

tato, sino aquellos parientes más allegados:

(a) Si bien Paulo (4.5) define al testamento inoficioso como “al que se hace en perjuicio de los *liberi* que han sido desheredados faltando al deber de la piedad”, resulta admisible pensar que ya desde la época clásica, aquellos que podían atacar como inoficioso al testamento son en general los descendientes y los ascendientes, en forma recíproca, sin distinguir si se trata de agnados o de cognados, sean varones o mujeres, se trate del padre o de la madre, es decir, todos aquellos descendientes o ascendientes que pudieran pedir la herencia civil o pretoriana (Ulpiano, Dig., 5.2.1; Dig., id. 6.2; Paulo, Dig., id. 7; Ulpiano, Dig., id. 8; Inst. Just., 2.18 pr.).

(b) A partir de Constantino (Cod. Theod., 2.19.1.2 = Cod. Just., 3.28.27, año 319), también podían atacar al testamento como inoficioso los hermanos o hermanas bilaterales (*germani*) del testador, e incluso los medio hermanos “sanguíneos”, es decir los habidos del mismo padre aunque de distinta madre. En cambio, estaban excluidos los medio hermanos “uterinos”, es decir los habidos de la misma madre, pero de distinto padre.

Este derecho a la *querella* por parte de estos hermanos no les permitía atacar a cualquier heredero. En efecto, esta posibilidad la tenían sólo en el caso de que se los hubiera pospuesto habiéndose instituido herederos a personas que estuvieran “tachados de *infamia*, o de *turpitud*, o estuvieran manchados con la *levis nota*” (Constantino, Cod. 3.28.27), es decir los diversos matices de la “infamia”. Justiniano hablará en general de “personas viles que han sido instituidos herederos” (*turpibus personis scriptis heredibus*; Inst. 2.18.1). Sería el caso de los gladiadores, de los comediantes, de las prostitutas, de las alcahuetas, etc.

El texto de Constantino hablaba de los hermanos agnados, pero luego Justiniano, interpolando el texto, lo extiende también para los cognados.

(c). Respecto de los hijos adoptivos, éstos podían en la época clásica atacar el testamento inoficioso del *pater* que los había adoptado, pero no el de su padre natural (es decir el que lo había dado en *adoptio*).

En la época de Justiniano, dado que éste había determinado dos formas de adopción, es decir la *adoptio plena* (cuando el adoptante era un ascendiente,

como p.ej. el abuelo materno) y la *adoptio minus plena* (cuando el adoptante era un extraño), matizará la posibilidad de actuar por la *querella*.

Así, en el primer caso, (*adoptio plena*), el hijo adoptivo tiene la posibilidad de imputar inoficioso el testamento de su *pater* adoptivo, en quien concurren los derechos de la naturaleza como los de la adopción. En cambio, en el caso del adoptado por un extraño (*adoptio minus plena*), no tiene la posibilidad de actuar por la *querella* contra el padre adoptivo, respecto del cual solamente tiene un derecho sucesorio en la herencia *ab intestato* de dicho adoptante. Por ello no se puede quejar si fue desheredado o fue preterido, aun sin motivo. Pero sí puede atacar el testamento de su padre natural, ya que el vínculo familiar continuaba (Cod. 8.48.10 pr.; 1; Inst. 2.18.2).

(d) El orden para pedir la declaración de *testamentum inofficiosum*, no les corresponde a todos conjuntamente, sino que se guarda la misma prevalencia que en la herencia *ab intestato*. El testador no está obligado a guardar la “porción legítima” a sus ascendientes, si es que existen descendientes. Del mismo modo los hermanos *germani* y *consanguinei* resultan pospuestos por los ascendientes, así como también estos últimos son pospuestos por los *germani*. Es decir, se trata siempre de los parientes allegados próximos a quienes les hubiera correspondido la herencia *ab intestato* (Paulo, Dig. 5.2.31 pr.).

(e) Pero, fuera de estos casos, los cognados en mayor grado que el de los hermanos, estaban excluidos de atacar el testamento por la *querella inofficiosi testamenti* (Ulpiano, Dig. 5.2.1; Inst. Just., 2.18.1).

IV. 2. ¿Qué se debe probar? El que pretendía atacar al testamento inoficioso, debía probar que el testador lo había desheredado sin causa justificada o no le había dejado esa cantidad de bienes que constituye la “legítima”. Ello significa que si el heredero instituido en el testamento probaba la existencia de alguna causa que apoyara la *exhereditio*, entonces el querellante es repelido en su intento.

Los motivos que se podían alegar como causas justificativas no estaban expuestos en ninguna ley. Como el testador no tenía, en la época clásica e incluso posclásica, ninguna obligación de exponerlos, era el querellante actor aquel que debía aducir la existencia concreta de alguna causa. Y eran los jueces los que apreciaban la entidad del motivo alegado. En tal sentido, es

curioso lo que dice Gayo (Dig., 5.2.4): “Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que las más de las veces lo hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de la madrastra”. Con lo cual, nos está dando una pequeña muestra sociológica de lo que podía ocurrir con las desheredaciones y las influencias que se movían en derredor del testador.

IV. 3. La “legítima”. En principio, la primer hipótesis que hemos planteado es la de que los herederos que podían iniciar la *querella* fueran los desheredados (o en su caso, los preteridos). Pero podía ocurrir que el testador los hubiera instituido herederos, pero por una porción de bienes que se podría considerar insuficiente a los efectos del cumplimiento del *officium pietatis*.

Siendo así, esta situación posibilitaba igualmente que el heredero pudiera iniciar la *querella inofficiosi testamenti*. El problema primero que se planteó fue el de significar cuando la *portio hereditatis* se consideraba insuficiente. Como no había ninguna ley que estableciera dicho monto, eran los jueces quienes debían considerar en cada caso en particular cuando lo recibido “por causa de herencia” por el querellante era insuficiente de acuerdo con el deber de “piedad familiar”. En esto los jueces tuvieron una amplia libertad puesto que la *querella* no era una “acción de derecho estricto”, sino un procedimiento extraordinario que permitía que los Centunviro o el magistrado encargado de la consideración de la causa se pudiera mover según su arbitrio. Cuando el monto se consideraba suficiente, entonces se rechazaba la *querella*.

Pero hacia finales de los tiempos republicanos, se comenzó a aplicar el principio de que la cuantía de es “parte suficiente” consistía en una “cuarta parte” de la cuota hereditaria que le hubiera correspondido al querellante si la herencia hubiera sido *ab intestato*. ¿Cómo se llegó a formar este *quantum*?

En algún momento, por la opinión de Cujaccio (*Observationes*, II.21; XIV. 14), se llegó a pensar que este monto fue fijado por una *lex Glitia*, que aparece aisladamente mencionada en el Digesto (5.2.4), donde figura el párrafo de Gayo ya transcripto, con la advertencia de que está sacado de una obra suya (*libro singulari ad legem Glitiam*; o sea “Comentarios a la ley Glitia, libro único”). Pero esta opinión fue desechada. Dicha *lex Glitia* es totalmente desconocida, por lo que no sabemos propiamente a qué se refería. Además,

resulta totalmente raro que se hubiera introducido por una ley un procedimiento cuyo fundamento consistía en la ficción de que el testador no estaba en la plenitud de su salud mental (*color insaniae*) respecto del officium *pietatis* respecto de sus familiares.

En cambio, la opinión predominante era que la *querella inofficiosi testamenti* nació de la práctica de ser admitida en el Tribunal de los Centunviro, atendiendo a la protección de los familiares más allegados por el vínculo de parentesco de sangre (*cognatio*), principio que respondía al sentimiento generalizado del pueblo romano. Y en cuanto al *quantum*, resulta más que sugestivo que para esa época se hubiera aprobado la *lex Falcidia* (año 40 a.C.), la cual habla precisamente de una *quarta pars*. Según ella se establecía una protección para el heredero testamentario en una herencia que estuviera demasiado cargada de legados y *donationes mortis*. Estas cargas, que estaban a cargo del heredero no podían superar nunca las 3/4 partes del monto de la herencia, de tal modo que se le aseguraba a él una *quarta pars*. En forma usual, se la denominaba la *quarta Falcidia*. Si en dicha ley existía alguna disposición análoga referida al que atacaba el testamento por la *querella inofficiosi testamenti*, no pasa de ser una conjetura. Lo cierto es que los Centunviro la tomaron como parámetro para señalar que el heredero que se querellaba debía haber sido instituido en el testamento, a menos que hubiesen existido justas causas de desheredación o de preterición, por una porción que fuera inferior a la “cuarta parte” de lo que le hubiera correspondido en la sucesión *ab intestato* (Ulpiano, Dig., 5.2.8.8; Inst. Just. 2.18. 3 y 6).

Este fue el origen de lo que consideraba la “parte suficiente” para que el pretense querellante fuera rechazado en la *querella*. Como dato curioso, en una constitución de los emperadores Theodosio y Valentiniano (Cod. Theod., 16.7.28), es denominada formalmente como “la Falcidia”, lo cual vuelve a ocurrir en otra constitución de Arcadio y de Honorio (Cod. Just., 9.8.5.3). Pero las expresiones más usuales fueron *quarta debitae portionis* (“cuarta parte de la porción debida”; Ulpiano, Dig. 5.2.8.8), o también *quarta legitimae partis* (así, en Inst. Just., 2.18.3: “cuarta de la parte legítima”. Y también *portio legitima* (Cod. Just., 3.28.28; 30 y 31).

Estas expresiones no pudieron haber sido clásicas. Para los juristas de esa época clásica, decir *legitima portio* o *legitima pars* significaba solamente “la porción intestada reconocida en la Ley de las XII Tablas”. No se podía

válidamente hablar de *portio legitima* por la sencilla razón de que la misma estuvo fijada por los jueces y no por una ley. Pese a ello, como lo hemos visto, los posclásicos y el mismo Justiniano empleará esta denominación. Luego, los comentadores hablarán pura y simplemente de “la legítima”.

V. La “legítima”

El estudio de la “legítima” merece el análisis de las principales cuestiones que están vinculadas con su ejercicio y con sus efectos. Para ello iremos viendo las disposiciones vigentes en la época clásica y posclásica antes de producidas las reformas de Justiniano y luego las innovaciones producidas por este emperador.

V. 1. *¿Cómo se calcula el monto de la legítima?* Para determinar lo que le corresponde por esta “cuarta parte legítima”, había que establecer primero el patrimonio neto del testador en el momento de su fallecimiento (Cod., 3.28.6).

(a) Para el cómputo del patrimonio del testador, hay que computar todos los bienes. Se incluían los créditos, incluso los sometidos a condición por lo menos mientras no se decida el hecho condicional. Los bienes que han sido legados o donados *mortis causa* se incluyen en la masa hereditaria, puesto que hasta ese momento están dentro del patrimonio del testador (Cod., 8.50.5-12; 8.57.2).

Había que descontar las deudas que pesan sobre la herencia y los gastos funerarios. Pero también se descuentan el valor de los esclavos manumitidos por testamento (Ulpiano, Dig., 5.2.8.9).

(b) Una vez calculado el monto de la masa hereditaria, hay que ver cómo se calcula la “cuarta parte”. Había que computar todo aquello que el heredero que se querellaba hubiera recibido por causa de muerte, ya como heredero, como legatario, como fideicomisario o por una donación *mortis causa* (Inst. Just., 2.18.6; Cod. Just., 3.28.36.1). En efecto, con ello este heredero obtenía bienes respecto de los cuales no podía aducir que el testador había incumplido el *officium pietatis*.

Como se ve, sin entrar en mayores detalles, esta cuarta parte se calcula como

la *cuarta Falcidia*.

(c) Para el supuesto de que hubiera varios legitimarios en el mismo grado, la *cuarta pars* se debía dividir entre ellos. De este modo, si el testador dejó dos hijos y los desheredó injustamente, la “legítima” de cada uno es 1/8 (Inst. Just., 2.18.6. Esta “legítima” no puede variar con posterioridad, ya es personal. Así, si uno de los hijos renuncia a la *querella* o es vencido en ésta, el otro no puede pedir el acrecentamiento (Ulpiano, Dig. 5.2.8.8).

V. 2. La *querella inofficiosi donationis*. Las donaciones realizadas inter vivos, en principio, no entran en el cómputo de la masa hereditaria puesto que los bienes donados no estaban en el patrimonio del testador al momento de su muerte. Pero ya desde la época de Alejandro Severo (Paulo, Dig., 31.87.3) se admitió el tomarlas en consideración. El caso consistía en que, una abuela, para impedir la *querella inofficiosi testamenti* consumió su patrimonio en las donaciones hechas a su nieto. Y contestó la consulta que se le efectuara decidiendo que “exige la razón que se revoque respecto de la mitad de lo que donó”.

Este precedente va a ser completado por la legislación posterior (Fragm. Vaticana, §§ 270-271; 280-282; Cod., 3.29). De este modo, se va confo mando una *querella* especial, a semejanza de la *querella inofficiosi testamenti* (Emp. Constancio, Cod., 3.29.9, año 361), y que será conocida como *querella inofficiosae donationis*. En general, si bien los textos de las constituciones del Código no resultan del todo claras, aquellos que tienen derecho a la “legítima” pueden dirigirse contra los beneficiados por las donaciones realizadas por el testador *inter vivos*, a los efectos de poder defender su portio *legitima*. De este modo, no se trataba de provocar la nulidad de dichas donaciones, sino simplemente revocarlas reduciéndolas hasta un monto que asegure la “legítima” (Diocleciano y Maximiano, Cod. 3.29.7-8).

Igualmente si el *pater*, cuando hizo la donación *inter vivos* declaró que lo hacía para que se computara a la “legítima”, entonces el monto de lo donado se imputaba a ésta (Ulpiano, Dig., 5.2.25 pr.). Esta solución será confirmada por Justiniano (Cod., 3.28.35.2; año 530). Se establecerá el principio general de que toda liberalidad concedida en vida debe ser colacionada. Indudablemente juega acá el principio de considerarlas como adelanto de la herencia (Inst. Just., 2.18.6; Cod. 6.20.20). Así, aparte de las propiamente

donaciones, lo mismo ocurría si el *pater* había donado *inter vivos* una suma de dinero para que comprara un empleo imperial o un grado militar (*ad militiam emenda*; Just., Cod. 3.28.30.2). Se ve, por ello, que ciertos cargos resultaban venales.

V. 3. *La querella inofficiosi dotis*. A su vez, la dote dada a una hija no era computable para la *quarta pars*, porque ella entraba en el patrimonio de su marido. Pero el emperador Zenón permitió imputar sobre la “legítima” la dote constituida a una hija y la donación *propter nuptias* hecha a un hijo (Cod. 3.28.29, año 479). Para ello se empleaba una *querella inofficiosi dotis*.

VI. Requisitos del ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*.

VI. 1. *La querella inofficiosi testamenti* se debe interponer contra al heredero testamentario dentro de un plazo de cinco años desde el día en que el heredero aceptó la herencia. Se interpreta que pasado ese lapso cabe presumir por parte del familiar allegado un perdón de la ofensa recibida en contra del *officium pietatis*. Sin embargo, si existiera “una causa grande y justa” (*magna et iusta causa*), el plazo podía ampliarse (Ulpiano, Dig., 5.2.8.17).

Los menores de 25 años (*minores*) resultaron protegidos por una constitución de los emperadores Valeriano y Galiano, Cod., 3.28.16; Cod., 2.40.2), de tal modo que el plazo de cinco años se computaba a partir de que alcanzaran la mayoría de edad, es decir luego de haber cumplido los 25 años.

VI. 2. Si el heredero perjudicado ha muerto antes de ejercer la *querella inofficiosi testamenti*, se interpreta que ha perdonado la ofensa del *officium pietatis*, y por lo tanto, el derecho a ejercitarla no pasa a sus herederos. Pero si el querellante la había intentado antes de morir, o hubiese preparado su ejercicio con una intimación al heredero, la *querella* podía ser continuada por sus herederos (Ulpiano, Dig. 5.2.6.2; Paulo, Dig., *id.*, 7).

VI. 3. *La querella inofficiosi testamenti* se extinguía también en otros supuestos, además de la pérdida del plazo de cinco años para iniciarla, o la muerte del querellante, con las variantes ya vistas:

(a) Si el heredero que quería iniciarla había reconocido, ya de manera directa o indirecta la validez del testamento. Así, p.ej., si el desheredado compró al

heredero instituido cosas de la herencia, sabiendo que lo eran; o tomó en arrendamiento campos hereditarios, o le pagó deudas debidas al testador. Se entendía que con ello aceptaba la voluntad expresada en el testamento (Paulo, Dig. 5.2.23.1). Igualmente, si aceptaba un legado (Paulo, Dig. 5.2.31.3; Dig., *id.* 32 pr. y 1).

(b) Si el querellante transigió con los herederos instituidos, el pacto resultaba válido. Pero si el heredero instituido en el testamento no respeta los términos de la transacción arribada, queda íntegro el derecho a la otra parte para proseguir la *querella inofficiosi testamenti* (Ulpiano, Dig. 5.2.27 pr.; Cod., 3.28.35.2; Paulo, *Sent.* 4.5.8).

(c) Si el querellante desiste del juicio (Ulpiano, Dig. 5.2.8.1).

VI. 4. Un caso especial se daba si el testador había dejado a sus hijos legados o donaciones mortis causa imputables a la “legítima”, añadiendo que, si fueran inferiores al monto de ésta, quería que la legítima fuera “completada” según “el arbitraje de un varón honrado” (*boni viri arbitratu*).

Según una constitución de Constantino (Cod. Theod., 2.19.14, año 361) los legitimarios debían en este caso aceptar la voluntad del testador, no pudiendo pedir la querella, pero concediéndoseles una *actio ad supplendam legitimam*, que era una *actio in personam* para pedir dicho suplemento. En caso de perder el juicio, no pierden la liberalidad otorgada, como ocurría si eran vencidos con la querella *inofficiosi testamenti*.

VII. Efectos de la *querella inofficiosi testamenti*.

VI. 1. El principio genérico es que la *querella inofficiosi testamenti*, en caso de ser admitida judicialmente produce la rescisión del testamento. Así lo dice Ulpiano: “queda rescindido de pleno derecho” (Dig. 5.2.8.16; *ipso iure rescissum est*). Y también lo indica para el caso de que la querella hubiese sido iniciada por alguien que no tiene derecho a la parte legítima y por error del juez la misma es admitida. En este caso, la victoria no le aprovecha a él, sino a aquellos que tienen derecho a la herencia intestada, “porque hace intestado al *paterfamilias*” (Ulpiano, Dig. 5.2.6.1).

(a) Este principio no ocasiona ninguna duda para el supuesto de que el

heredero legítimo sea p. ej. un hijo único. Al vencer en la *querella*, caído el testamento obtendrá como heredero *ab intestato*, la totalidad de la herencia. (Paulo, Dig. 5.2.21.2). Llama la atención que el querellante no obtiene, como se podría suponer la *quarta legitima*, sino más que ello toda la porción que le hubiera correspondido *ab intestato*. Ello es por efecto de la rescisión del testamento.

(b) Supongamos ahora que no se trata de un hijo único, sino de dos (A) y (B). Si ambos inician la *querella*, p. ej., contra un heredero extraño, por haber sido desheredados injustamente, y vencen, el testamento cae y la herencia se reparte en una mitad para (A) y la otra mitad para (B). Pero, dentro de esta hipótesis, si ocurriera que (A) ejercitara la *querella* y venciera en la misma, y (B) no la peticionara, ¿este último tiene derecho a su parte *ab intestato*? La solución en una primera época nos es desconocida, pero en el texto de Ulpiano (Dig. 5.2.8.8), se nos dice que Papiniano respondió que el querellante sólo tiene derecho a su cuota parte *ab intestato*, es decir que (A) sólo puede pedir la mitad, correspondiendo la otra mitad a (B), a pesar de que no se querelló. Indudablemente esta solución parte de la idea de que al haber quedado rescindido el testamento, se abre la herencia *ab intestato*.

(c) Dentro del mismo supuesto, si fuesen dos hijos los desheredados y ambos se querellaron por inoficiosidad del testamento, pero después determinó uno de ellos no proseguir la *querella*, el que la continuó no obtiene solamente su parte *ab intestato*, sino que la acrece con la otra mitad de su hermano desistente de la *querella* (Paulo, Dig.5.2.23.2).

VI. 2. Hasta ahora hemos hablado de que los efectos de la *querella inofficiosi testamenti* ocasionaban la rescisión total del testamento. Pero excepcionalmente podía ocurrir que el testamento fuera rescindido en forma parcial, de tal modo que por un lado se satisface en parte la pretensión del querellante, por el otro se continúa manteniendo algún derecho por parte del heredero instituido. Esto, evidentemente iba en contra de la regla hereditaria romana de que *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Sin embargo, llevados por la justicia y la equidad de ciertos casos, los juristas no se hicieron ningún problema en admitir estas excepciones:

(a) Supongamos que el hijo (A) ha sido desheredado injustamente, existiendo dos herederos instituidos (B) y (C). Inicia la *querella* solamente contra uno

de ellos, p. ej. contra (B), pero no contra (C). En caso de triunfar la rescisión del testamento se producirá en forma parcial en lo que hace al heredero instituido demandado, pero se seguirá considerando válido el testamento en lo que hace al heredero instituido no demandado (C); Ulpiano (Dig. 5.2.25.1).

Lo mismo ocurrirá, siguiendo la misma hipótesis, si el hijo (A) ha demandado a ambos herederos instituidos, es decir a (B) y a (C). Pero ocurre que las sentencias son diversas por parte de los jueces, ya que venció en la querrela contra (B), pero perdió en la llevada a cabo contra (C). En la parte que venció el hijo es declarado heredero legítimo en cuanto a una parte, quedando la otra parte en el testamento, que continúa siendo parcialmente válido, para el heredero instituido (C). Papiniano (Dig. 5.2.15.2) frente a este caso termina diciendo que “no parece absurdo que se considere que en parte hay un intestado”.

(b) La rescisión parcial también ocurría cuando el hermano se querrelaba contra los herederos instituidos, siendo que uno de ellos era una persona honrada y el otro uno de condición deshonrosa. Como sólo podía demandar por la *querrela* al primero de ellos, demostrada su condición infame, tendrá éxito parcial contra él, de tal modo que “se entenderá que (el causante) murió en parte testado y en parte intestado” (Ulpiano, Dig. 5.2.24).

(c) En otros casos, la rescisión parcial se efectuaba para proteger a determinados herederos *ab intestato*. Así, el caso que plantea Paulo (Dig., 5.2.19), texto muy difícil y muy discutido. Se trata del supuesto del testamento de una madre que instituyó heredero por las 3/4 partes a un heredero extraño, a su hija (A) por la cuarta parte restante, habiendo preterido a su otra hija (B). Sucede que dicha hija preterida inicia contra el heredero extraño la *querrela* y triunfa. En principio, el testamento queda rescindido, pero se plantea la cuestión de qué parte le corresponderá a la hija preterida. Podría parecer que por haber aceptado la herencia testamentaria la hija (A), los efectos de la rescisión la alcanzan también a ella, de tal modo que toda la herencia le va a su hermana. La solución que se da es que “no se invalida por completo el testamento, sino que se hace en parte intestada a la difunta a pesar de que se desestima su última voluntad como si se tratase de una loca”. De este modo, la hermana (B) sólo podrá obtener la mitad de la herencia desplazando al heredero extraño, yendo la otra mitad a la hermana instituida

(A).

Si bien Paulo habla acá de rescisión parcial del testamento, por cuanto la hija (A) había sido instituida heredera, lo cual se mantiene, nos dice también que a la misma solución se llega considerando toda la herencia *ab intestato*. En efecto, esta hija (A) puede reclamar su parte en la herencia intestada. “porque también se entiende que la que dió la herencia en virtud del testamento, que estima válido, no se considera que repudió la herencia legítima (es decir la *ab intestato*), que ciertamente ignora que le ha sido deferida, como quiera que tampoco a aquellos que lo conozcan pierdan su derecho eligiendo aquello que creen que les compete”.

(d) También ocurre una rescisión parcial cuando la porción intestada del querellante no abarca la totalidad de la herencia, al existir herederos instituidos que son al mismo tiempo herederos *ab intestato*. Así, el caso que presenta Papiniano: Una madre instituyó heredero a su hijo (A), desheredando a su otro hijo (B) y a su hija (C). (B) se querella con su hermano (A). La herencia irá la mitad a (A), instituido heredero y la otra mitad a (B). En cuanto a la hija (C) queda excluida si no se querelló o no ganó el litigio (Dig. 5.2.16 pr.).

VI. 3. Como hemos visto la rescisión del testamento declarado inoficioso podía ser total o parcial. Esto tendrá efectos en cuanto a los legados y otras liberalidades ordenadas por el testador.

(a) Cuando la rescisión es total los legados caen y no son debidos. Si hubiera ocurrido que ellos hubiesen sido pagados, se otorga al querellante victorioso una *actio utilis* para repetirlos, ya contra el que los pagó, ya contra el que los percibió. Pero por un rescripto imperial de Hadriano y de Antonino Pío, cuando se hubieran pagado antes de promovida la *querella inofficiosi testamenti*, la acción de repetición se debe dirigir contra el que los recibió (Ulpiano, Dig. 5.2.8.16).

En cuanto a las manumisiones, éstas resultaban nulas *ipso iure* (Ulpiano, Dig. *ibidem*; Modestino, Dig. 5.2.9). Pero en el caso excepcional en que la *querella* se hubiera promovido existiendo “una grande y justa causa” después de transcurrido los cinco años que era el plazo normal para iniciarla, no se revocaban las manumisiones que competieron o se dieron, si bien los

esclavos manumitidos debían pagar al querellante veinte áureos por cada una de ellas (Ulpiano, Dig. 5.2.8.17).

En lo que se refiere a los fideicomisos, la situación estaba debatida. Escévola pensaba que si la manda fideicomisaria estaba “a cargo de aquellos que alguien crea que le han de suceder *ab intestato* o como *bonorum possessores*, puede dejar fideicomisos”, por lo que éstos debían ser cumplidos. Paulo, en cambio, censuraba este *responsum*, estableciendo que, por el contrario, “ni se deben los fideicomisos dejados *ab intestato*, “como si lo hubieran sido (ordenados) por un demente” (Escévola, Dig. 5.2.13). El mismo Paulo pensaba, sin embargo, que las manumisiones dejadas por fideicomiso, eran válidas, “bien entendido que también en este caso se han de pagar veinte áureos por cada una de ellas” (Modestino, Dig. 5.2.9).

(b) La regla general de que los legados y las manumisiones caían con el testamento declarado inoficioso, tenía algunas excepciones. Así, si en la querella el heredero instituido no se hubiera presentado respondiendo procesalmente a la misma, y se hubiera pronunciado sentencia en favor del actor presente, las manumisiones y los legados quedaban válidos. Paulo establece el fundamento “en que en este caso no se cree que se establece el *ius* por la sentencia del juez”, sino por negligencia del heredero instituido (Paulo, Dig. 5.2.17.1). Esta solución fue confirmada por decisión imperial (Paulo, Dig. 5.2.18).

Otra excepción similar ocurría cuando el heredero instituido fuera querellado interviniendo en el juicio, pero actuando en colusión con el actor, permitiendo que se efectuaran los legados y las manumisiones (Dig. 49.1.5.1; decisión de Antonino Pío).

(c) A su vez, si la rescisión del testamento inoficioso era solamente parcial, los legados impuestos sobre la parte no rescindida continúan siendo válidos y por supuesto a su cargo. En cambio resultan nulos los establecidos sobre la parte rescindida. En cuanto a las manumisiones, según se lee en una constitución del emperador Gordiano, las mismas competen en ambos casos, debiéndose efectuar las manumisiones directas y deben darse las fideicomisarias (Cod. 3.28.13; año 239).

VI. 4. Si el legitimario que inició la *querella inofficiosi testamenti* fuera ven

cido y obtuviera una sentencia desfavorable, el testamento queda como válido. Pero como el actor perdidoso ha injuriado la memoria del testador, se lo considera indigno. Por esta razón pierde toda liberalidad que le hubiese sido conferida en el testamento, quedando dichos beneficios en favor del Fisco (Ulpiano, Dig. 5.2.8.14).

(a) Pero sólo le es quitado lo que se le dio en el testamento al que hubiere perseverado en el pleito injusto hasta la sentencia. Pero si desistió de la *querella* o falleció antes de la sentencia, no se le quita lo que se le dio. Incluso si se hallaba ausente se fallase en favor del que está presente, no se le quita lo que ya recibió (Ulpiano, Dig. *ibidem*).

(b) Si el querellante había sido instituido heredero fiduciario, habiéndosele rogado que restituyera la herencia a otro, y después no venció en la *querella inofficiosi testamenti*, pierde solamente la *quarta pars* que le hubiera correspondido por la ley Falcidia (Papiniano-Ulpiano, Dig., *ibidem*).

(c) En el supuesto de que el tutor hubiese intentado la querella, en nombre de su pupilo a quien nada se le ha dejado, y es vencido, no por ello pierde el legado que le ha sido hecho en el mismo testamento (Inst. Just., 2.18.5).

VII. Reformas de Justiniano

El emperador Justiniano, recogiendo algunas particularidades del derecho posclásico, establecerá mayores precisiones en lo que hace a la *querella inofficiosi testamenti*, así como también en la regulación de la “legítima”. Por ello dictará diversas constituciones que figuran en el Código (3.28.30-37). Y luego, sobre la base de la Novela 18 (año 537) y principalmente de la Novela 115 (año 541) trata de establecer un sistema unificado, que tendrá algunas modificaciones importantes en lo que se refiere a la sucesión contra el testamento. Como veremos, el sistema establecido por Justiniano no resulta completo. Por el contrario nos deja algunas zonas oscuras. Y además, dado el laconismo de la redacción hay muchos puntos que provocan dudas y controversias.

VII. 1. *Actio ad supplendam legitimam*. Entre las leyes que figuran en el Código, tiene importancia la implantación definitiva de la *actio ad supplendam legitimam*. Tal como habíamos ya señalado, existía el

antecedente de la constitución de Constancio y de Juliano (Cod. Theod., 2.19,4; año 361) que contemplaba el caso del *pater* que había dejado ciertas liberalidades a sus hijos, añadiendo que si las mismas resultaban inferiores a la “legítima”, quería que fueran completadas “según el arbitrio de un hombre honrado”. En este caso se dispuso que los herederos debían cumplir la voluntad del testador, no pudiendo iniciar la *querella inofficiosi testamenti*, debiendo acudir a la solución indicada en el testamento, es decir a pedir que se le completara la “legítima”.

Justiniano, en el año 528 dispone que a fin de evitar la proliferación de querellas contra el testamento, que la *actio ad supplendam legitimam* pudiera ser ejercitada por aquellos herederos legitimarios que hubieran recibido una parte inferior a la “legítima”, ya fuere que se haya dicho en el testamento que se debía completarla o ya fuere que no. De este modo se les impide pedir la rescisión del testamento por la vía de la *querella*, debiendo emplear esta acción de suplemento para alcanzar la *pars legitima*. Esto ocurría así siempre y cuando que el testador no hubiera dicho en el testamento que se les dejaba una porción menor debido a que los consideraba “ingratos” (Cod. 3.28.30 pr.).

VII. 2. Modificación del monto de la “legítima”. En la Novela 18 (cap. 1; año 536) Justiniano, luego de haber expresado en el prefacio su interés en los hijos, y pareciéndole reducida la antigua *quarta pars*, decide aumentar el monto de la “legítima”. De este modo, si el *pater* o la madre tiene hasta cuatro hijos, la *pars debita* ascendía a $1/3$ de lo que le hubiera correspondido *ab intestato*; si, en cambio el número de hijos era de cinco, la “legítima” se debía calcular en $1/2$, también calculada respecto de lo que hubiera recibido *ab intestato*.

(a) Para computar el número de los hijos, había que computar a todos los existentes llamados a la sucesión *ab intestato*, incluso aquellos que no resultaban legitimarios, como p.ej., un hijo debidamente desheredado. Así, p.ej.: existen cinco hijos y uno de ellos fue justamente desheredado. Acá se cuenta a este último en el número de hijos. La “legítima” admitida en la Novela 18 es la de $1/2$ de la porción intestada, por lo que cada uno de los cuatro hijos se considera legitimario por $1/10$ parte (es decir $1/2$ dividido por cinco). Si en cambio no se lo computara al hijo desheredado, como quedarían sólo cuatro hijos, se debe calcular sobre la base de $1/3$, por lo que a cada uno

le correspondería una “legítima” de $1/12$ (es decir $1/3$ dividido por cuatro). De allí el brocardo que luego será utilizado de que “*exheredatus numerum facit ad augendam legitimam*” (El desheredado hace número para aumentar la legítima).

(b) El cálculo de la “legítima” efectuado en la Novela 18 resulta ilógico en alguna circunstancia. Así, si hay cuatro hijos, sus legítimas en total era $1/3$ de la porción intestada, por lo que cada uno recibía $1/12$ (es decir, las doce onzas que componen la herencia, dividida primero por 3, para obtener el $1/3$ y luego por 4 para ver lo que le correspondía en particular a cada uno. Pero si eran cinco hijos, por ser la legítima total $1/2$, la legítima de cada uno era de $1/10$, es decir una porción mayor.

Parecería que en el espíritu de la Novela 18, Justiniano estaría pensando que si se trataba de una porción *ab intestato* más relevante, le correspondía una *pars legitima* más pequeña. Y en cambio, si la porción *ab intestato* era menos relevante, la legítima debía ser mayor.

(c) Tal como lo dijimos, el laconismo empleado en la redacción de la Novela 18 planteaba varias dudas y consiguientes controversias. Una de ellas está referida a si el nuevo cálculo de la legítima era aplicable o no a los otros legitimarios de acuerdo con el derecho anterior, principalmente a los ascendientes, hermanos y hermanas germanas o medio hermanos o hermanas consanguíneas, no los uterinos.

Curiosamente no se dice nada expresamente acerca de ellos. Más bien; ya en el prefacio de esta Novela la preocupación estaba primordialmente centrada en aumentar la legítima de los hijos. Cabría suponer, como lo piensan algunos, que se seguía manteniendo el monto de la cuarta *pars*. Quienes piensan lo contrario se apoyan en el párrafo final del capítulo 1 de la Novela 18 que establece que: “Debiéndose observar esto (es decir las nuevas proporciones otorgadas a los hijos) respecto de todas las personas en cuanto a las que se decretó desde un principio por la ley sobre el testamento inoficioso la porción de la antigua *quarta*”.

(d) Tampoco se habla de los nietos o nietas para el supuesto de que concurren por “derecho de representación” por su padre premuerto. Parecería que no hay dudas de que la agrupación de los nietos hay que realizarla *per stirpes*.

¿Pero cómo se debe calcular la legítima de cada uno? ¿Había que computar la que correspondía al padre premuerto, o por el contrario había que hacer el cálculo como si estuvieran en primer grado? La respuesta a este interrogante resulta muy ardua, sobre todo ante el silencio legal que nada dice al respecto.

VII. 3. Las justas causas de desheredación (o de preterición). Una reforma importante surge de la Novela 115 (año 542). Se determina en la misma que los ascendientes no pueden ni preterir ni desheredar a los descendientes, y viceversa éstos a aquellos, sin haber mencionado una causa justa de exclusión de la herencia (cap. 3 pr.; cap. 4 pr.).

Esto significa que mientras en el sistema anterior a esta Novela estos herederos mencionados podían atacar al testamento por medio de la *querella inofficiosi testamenti*, o por los otros medios otorgados por el *ius civile* o el *ius praetorium*, buscando obtener su “parte legítima”, ahora la Novela 115 les reconoce que no sólo pueden venir a peticionar la “legítima”, sino algo más de fondo: el derecho expreso a ser herederos, por lo menos por esa *pars debita*, y siempre y cuando no hubieran sido tachados por alguna de las causas, ahora legales, de exclusión.

De este modo, estos herederos deben ser o “instituidos” por lo menos hasta el monto de la “legítima”, no pudiendo ser ni “preteridos” ni “desheredados” sin haber expresado en el testamento alguna de las cláusulas justas de exclusión. Sobre las formas de cómo se debía operar la *exhereditatio* nada dice el texto de la Novela, y pese a que sobre ello, dada también la redacción lacónica observada, cabe pensar que en la práctica lo normal es que fuera “nominativa” (*nominatim*), ya que en ambos casos -ahora muy cercanos- la causa de exclusión, que era personal debía ser expresada en el testamento.

VII. 3. 1. Estos herederos legitimarios, deben ser instituidos como herederos en el testamento, no bastando ahora que por otros medios, es decir por un legado, una donación o un fideicomiso la *pars debita* (cap. 3). Es necesaria la institución, dejándole por lo menos alguna suma de dinero o alguna cosa. Con ello bastaba para no invalidar el testamento (cap. 5).

Si se le hubiera dejado una porción inferior a su legítima, el testamento era válido y el heredero debía recurrir a la *actio ad supplendam legitimam*, tal como se había dispuesto por Justiniano en la ley del Código (3.28.30).

VII. 3. 2. Tal como dijimos, Justiniano procede a enumerar las causas de ingratitud que permitían que fueran excluidos como herederos, las cuales debían quedar expresamente determinadas en el mismo testamento.

(a) Las causales que podían tener los ascendientes aparecen mencionadas en el mismo capítulo 3.

Allí figuraban: (§ 1) Haber maltratado a los ascendientes poniéndoles las manos encima; (§ 2) El haberles inferido injuria grave y deshonrosa; (§ 3) El haberlos acusado criminalmente, salvo en las causas contra el Príncipe o la res publica; (§ 4) El practicar la hechicería (maleficus) conviviendo con hechiceros; (§ 5) El haber atentado contra la vida de sus ascendientes con veneno o de otro modo; (§ 6) El haber tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina del padre; (§ 7) El haberlos delatado y con su delación hubiese hecho que ellos soportaran graves perjuicios; (§ 8) No salir de fiador de sus ascendientes que estaban presos; (§ 9) El haberles impedido que hicieren testamento; (§ 10) El haberse asociado, contra la voluntad de sus ascendientes con mímicos o con gladiadores, a menos que los ascendientes fueran de la misma condición; (§ 11) Si la hija o la nieta menor de 25 años, a quien sus padres querían casarla o dotarla, en lugar de celebrar el matrimonio lleva vida licenciosa; (§ 12) Si los descendientes desatendieran a su padre demente, y luego éste sanara, los podía justamente desheredar; (§ 13) No redimirlo estando cautivo; (§ 14) El haberse hecho hereje.

Esta enumeración es taxativa, de tal modo que ahora son las únicas causales que se podían invocar. Hay que advertir que bastando una sola de estas causas, al existir una tan genérica como la de injuria grave y deshonrosa (§ 2), se puede considerar bastante amplio el espectro.

(b) Las causales que pueden hacer valer los descendientes contra los ascendientes están enumeradas en el capítulo 4 de la Novela 115. Son las siguientes: (§ 1) Acusar a los descendientes por un crimen que implique la pena capital, salvo caso de crimen contra el Príncipe o la res publica; (§ 2) El no haber atentado los ascendientes contra la vida de un descendiente, ya con venenos, maleficios o de otro modo; (§ 3) Si el padre hubiera tenido comercio ilícito con su nuera o la concubina de su hijo; (§ 4) Si los padres les hubieran prohibido hacer testamento; (§ 5) Si el padre atentó contra la

vida de la madre de los ascendientes, y viceversa; (§ 6) Si los padres no atendieran y cuidaran al hijo demente, y luego éste sanara e hiciera testamento; (§ 7) El haber redimido al hijo cautivo; y (8) El ser herejes y no pertenecer a la fe católica.

A modo de aclaración, y esto es válido tanto para los ascendientes como para los descendientes, la causal de no atención y cuidado del demente podía provocar que si éste no sanaba y era recogido por un particular extraño, Justiniano permite que éste pueda interpelar mediante un escrito testimoniado a los herederos del demente, para que se apresuren a cuidarlo. Y si no lo hicieren y se prueba que el extraño cuidó de él hasta el fin de sus días, tenía derecho sucesorio en la herencia del *furiosus*, quedando invalidadas las instituciones de los herederos negligentes (cap. 3, § 12; cap. 4, § 6).

Igualmente para el supuesto de que el ascendiente o el descendiente hubieran caído en cautiverio, si recobraba la libertad podía excluirlos de la herencia. Pero si muriere estando cautivo, y esto hubiere ocurrido por negligencia o desprecio de los descendientes o ascendientes, éstos pierden la herencia que va a parar a la iglesia del lugar de donde es oriundo el cautivo muerto. Y si había hecho testamento antes de caer cautivo, ocurría lo mismo respecto de los herederos instituidos que no lo redimieron (cap. 3, § 13; cap. 4, § 7).

Finalmente, hay también que anotar respecto de la causal de herejía, que para el caso de haber muerto intestado ya en el caso de descendientes o ascendientes, se producía una especie de causal *ex lege*, en virtud de la cual los herejes no podían heredar y los bienes pasaban al patrimonio privado del Emperador (cap. 3, § 14; cap. 4, § 8). La razón que da es una muestra del césaropapismo de Justiniano: “Porque si nos preocupamos de los negocios materiales, ¿con cuanta más razón no se ha de aplicar la previsión de nuestra solicitud a la salvación de las almas”.

VII. 3. 3. Si se probaban las causas de preterición o de desheredación expuestas por el testador (bastaba una sola de ellas), el testamento era válido. Caso contrario, el testamento es nulo, pero solamente en cuanto a la institución de herederos, yendo los bienes a los descendientes o ascendientes en el orden *ab intestato*. En cambio, a diferencia de lo que ocurría en la *querella inofficiosi testamenti* del derecho anterior, el resto del testamento no

cafa, permaneciendo válidos los legados, los fideicomisos, las manumisiones, las daciones de tutor, etc. (cap. 3, § 14 *in fine*; cap. 4, § 9).

VII. 3. 4. La Novela 115 produce estas importantes modificaciones en las herencias de los ascendientes respecto de los descendientes, y viceversa. En cambio, no habla de los otros legitimarios que son los hermanos o hermanas bilaterales y unilaterales consanguíneos (no los uterinos), para el caso haber sido pospuestos por personas de calidad deshonrosa. Por lo tanto, éstos sólo podían actuar por la *querella inofficiosi testamenti* del derecho anterior, o por medio de la *actio ad supplendam legitimam*, para completar la parte de su legítima.

Respecto de los hermanos, la desheredación se debe producir por alguno de los motivos expresados anteriormente por el mismo Justiniano en la Novela 22.47. Eran considerados ingratos solamente: el que atentó contra la muerte del hermano, el de que dedujo una acusación criminal y el que le ocasionó una pérdida importante de sus bienes.

VII. 3. 5. De este modo, en lo que respecta a las herencias testamentarias de los ascendientes, y viceversa de los descendientes ha modificado de manera sustancial los derechos que éstos tenían con anterioridad. El testador que tiene herederos legitimarios debe ahora o instituirlos herederos o desheredarlos o preterirlos con una de las causas justas expresamente admitidas. Este deber ya no tiene solamente el padre, sino también la madre respecto de todos los descendientes, ya sean éstos *sui heredes* conforme al *ius civile*, o como en el caso del hijo emancipado fueran admitidos por el derecho pretorio; se trate de descendientes por la línea masculina o femenina. Todos resultan asimilados con la denominación de “descendientes”. Y lo mismo ocurre con el padre o la madre, o en su caso el abuelo o la abuela, el bisabuelo o la bisabuela, todos igualmente comprendidos en la denominación de “ascendientes”.

Esta reforma es tan importante que muchos autores prefieren, para denominar la posibilidad de los legitimarios de actuar contra el testamento, hablar de *querella* o también *actio nullitatis ex iure novo*. Si bien el tema estuvo desde antiguo muy discutido, del derecho antiguo ya no quedan las viejas reglas formales de la desheredación, como la que hablaba de que la preterición de un “heredero suyo”, es decir varón, producía la nulidad *ab*

initio del testamento. Creemos que de acuerdo con la letra y el espíritu de la Novela 115, la única forma de preterición o de desheredación debe ser *ex iusta causa*, y en caso de no ser así, la única manera de remediarlo era atacar el testamento por el *remedium ex Novella 115*. El único caso que queda fuera de este sistema es el de los hermanos bilaterales o unilaterales consanguíneos, que al no estar comprendidos en la Novela debían recurrir a la *querella inofficiosi testamenti ex iure antiquo*. A su vez, la *bonorum possessio contra tabulas* carece ahora de sentido y desaparece con la Novela 115. Incluso, si bien la denominación formalmente continúa y podemos leer en las “Basilicas” el título *De bonorum possessionis contra tabulas* (61.7), a su lado figura un escolio que dice “*este título, que se contiene para la época del ius vetus, es inútil*” (escol. 2).

VIII Conclusiones

La experiencia romana en materia de legítima es verdaderamente muy importante. Resumiendo las diversas etapas, podemos ver como en un principio rigió el principio de la total libertad del *pater* de instituir herederos o desheredar a los descendientes. Esto que parece un principio absolutamente liberal, lo es sólo si lo consideramos formalmente. Para apreciarlo, hay que incardinarlo dentro de la constitución sociológico-económica que tenía la familia romana primitiva. Tal como lo dijimos ésta era una verdadera unidad cuasi política, gobernada autoritativamente por el *pater* (= “jefe de familia”). La libertad testamentaria era, en la práctica, un modo de organizar para el “mañana” la administración de los bienes familiares. Más que en pensar que la idea era la exclusión de los *sui heredes* por herederos extraños, la costumbre por el contrario era la de individualizar alguno o algunos de los hijos para que continuara con la explotación de los bienes familiares, dejando por otros medios (p. ej., legados, donaciones, etc.) una subsistencia para aquellos miembros que quedaban apartados por la desheredación. Era, pues, una libertad de testar determinada en lo que el *pater* entendía como lo correcto para el futuro de la familia en el momento de su muerte.

El segundo momento está representado por la vieja interpretación de los juristas republicanos, que interpretaron, sin llegar a atacar las instituciones de herederos o desheredaciones, que el *pater* debía acordarse de ellos y no preterirlos. Esto prontamente fue extendido, no sólo a los agnados, sino también a los cognados, por medio de la medida pretoriana de la *bonorum*

possessio contra tabulas. De este modo, basado en argumentaciones de tipo formal, lograban en el fondo proteger la herencia de los descendientes.

La aparición de la *querella inofficiosi testamenti* representó una profundización de estos primeros remedios. Determinados herederos cercanos, ascendientes o descendientes y en su caso los hermanos, podían quejarse de que el testador no se acordó de ellos al no otorgarles una determinada porción de lo que les hubiera correspondido *ab intestato*. Es de aquí que comienza a presentarse la noción de la “legítima”. Continuaban las viejas reglas, pero el considerado legitimario podía reclamar una porción de la herencia. Hasta que finalmente con la Novela 115 de Justiniano, se reconoce de una manera franca y abierta algo que estuvo desde hacía tiempo subyacente, esto es que los descendientes y ascendientes tienen un “derecho de herencia” sobre una parte del patrimonio del ascendiente o descendiente que testaba.

Obsérvese que siempre, en todas la épocas que recorrió el derecho romano, estuvo en juego el interés familiar, ya sea en la primera familia monolítica de los tiempos antiguos, como en aquella posterior, en la que se trató de conjugar el interés integral de la institución representada por la voluntad del *pater*, con los intereses individuales de los familiares más próximos. Los romanos, en esto fueron siempre consecuentes con la consideración socio-económica de la familia en cada una de las épocas. Algo análogo sucedió con la idea del patrimonio familiar único, al cual todos aportaban y era propiedad del *paterfamilias*, idea que se conjuga con que la familia es considerada siempre como único centro de intereses, y la lenta evolución de los peculios, es decir de distintas sumas de bienes o capitales que estaban bajo el control directo de los *filiifamiliae*. Esto significaba, no desmembrar a los integrantes de la familia, sino reconocer que si bien sigue subsistiendo el interés colectivo familiar, también existen intereses individuales de los hijos. Y así como la armonía de lo colectivo y de lo individual se mantuvo perfectamente armónico en el ámbito de la propiedad, algo análogo sucedió con el interés del testador, jefe y responsable de su familia, y el interés de los familiares más próximos.

Hoy día, se escuchan algunas voces innovadoras, que verían con alegría la desaparición de esta institución de la “legítima”, mantenida muy sabiamente por Vélez en nuestro Código Civil. Quienes piensen de esta manera, para

pasar a un nuevo principio de amplia libertad de testar a quien se quiera, sin derechos reservatarios para los familiares cercanos, en el fondo están imbuidos de la idea bien modernista del “individualismo jurídico”, el cual no es lo mismo, como ya dijimos el sentido que tenía la amplia libertad de testar del *paterfamilias* primitivo. Ahora se trataría de un derecho de testar ignorando a la familia. Pero precisamente de eso trata la discusión: ¿cómo queremos organizar la sociedad? Si la respuesta es solamente a partir de la célula fundamental de la familia, la consecuencia lógica es la perseverancia de la legítima. Si en cambio la respuesta es que la célula fundamental es el individuo, este tendrá derecho a hacer lo que quiera para después de su muerte. esto es testar sin estar obligado a reservar alguna porción de bienes a nadie. Si la historia es *magistra vitae*, lo que mejor podemos ofrecer a nuestros juristas, es la experiencia medular que los romanos tuvieron acerca de este tema, y que a lo largo de los catorce siglos, desde la fundación (mediados s. VIII a.C.) hasta la recopilación justiniana (mediados s. VI d.C.) y aún después de ella, recorrieron todas las vicisitudes jurídicas de este problema. La principal diferencia es que ellos partieron del principio de la más amplia libertad de testar para terminar reconociendo la existencia de los derechos sucesorios de los familiares más cercanos en la herencia. Resulta curioso y paradójico que para algunos haya que transitar el camino inverso.

Dr. Alfredo Di Pietro

Pontificia Universidad Católica Argentina.

Se terminó de imprimir en
Talleres Gráficos CYAN S.R.L.
Potosí 4471. Buenos Aires. TEL. 982-4426
en el mes de septiembre de 1997