

3.- El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad, por ello su tutela por el Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables referencias de toda sociedad al programar sus proyectos sociales.

4.- En los términos de la ley 12.665 resulta inadmisibles sostener que la declara-

ción como monumento histórico-artístico nacional respecto del inmueble objeto de la acción de expropiación irregular -ley 26.317- conllevaría, para su efectiva protección y preservación, la calificación de utilidad pública a las fines expropiatorias (del voto en disidencia de los doctores Highton de Nolasco).

5.- La acción por expropiación irregular fundada en la simple declaración del inmueble como "monumento histórico-artístico nacional", y sin haber probado de otro modo la alegada indisponibilidad

del bien en los términos del inc. b) del art. 51 de la ley 21.499, no puede admitirse, pues ello implicaría apartarse del régimen legal vigente y obligar al Estado Nacional a decidir sin respetar los pasos previos establecidos por la ley 12.665 y su decreto reglamentario: la declaración de utilidad pública y la expropiación del inmueble (del voto en disidencia del doctor Petracchi).

117.433 - CS, 2013/08/27. Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa.

Cita on line: AR/JUR4700W2D3

CONTEXTO DEL FALLO

Citas legales: ley nacional 21.499 (Adla, XXXVII A, 84); dec.-ley 12.65/58 (Adla, XVII A, 587).

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente en leyonline.com.ar]

NOTA A FALLO

Expropiación irregular y patrimonio histórico

SUMARIO: I. Introducción.- II. El caso.- III. ¿Expropiación irregular sin declaración de utilidad pública?- IV. Reflexión final

Alfonso Buteler

I. Introducción

A partir del reciente dictado por la Corte Suprema Nacional del pronunciamiento en la causa "Zorrilla" (1) nos proponemos analizar la cuestión vinculada a la expropiación inversa en los supuestos en donde existe una declaración legislativa de un bien como patrimonio histórico.

Ello nos obligará a indagarnos acerca de la figura de la expropiación irregular y a determinar sus alcances dentro del ámbito federal a partir de la regulación que hace la ley 21.499. (2)

II. El caso

En el caso, mediante el dictado de la ley nacional 25.317 (3) se declaró como monumento histórico-artístico nacional al edificio que ocupa la "Casa Mansilla" (4) y, por ende, quedó sujeta a las prescripciones de la ley 12.665 (5) y en el decreto 84.006/41 (6) en lo que tiene que ver con el régimen de custodia y conservación.

A partir de esa circunstancia y aduciendo que ello había implicado una excesiva limitación de su dominio con la consiguiente supresión de su derecho de propiedad, los actores promovieron demanda de expropiación inversa en contra del Estado Nacional. Su pretensión fue acogida en primera y segunda instancias. (7)

El nudo gordiano del caso giraba en torno a determinar si con el dictado de la ley que declaró como monumento histórico-artístico el inmueble de los demandantes se produjo o no la anulación del derecho de propiedad y si eso bastaba para la procedencia de la expropiación o si resultaba necesaria -en términos constitucionales- la existencia de una ley que declare de utilidad pública del bien.

La respuesta de la mayoría (8) -que analizaremos detenidamente en el apartado siguiente-

te fue negativa en el sentido de que no hace falta en determinados el dictado de una ley que declare de utilidad pública para que tenga lugar expropiación.

Es importante tener en cuenta, a los fines de establecer los alcances del decisorio objeto de comentario, que para arribar a su conclusión la Corte tuvo en cuenta la falta de adopción por parte del Estado demandado de las medidas adecuadas para su conservación, la situación de abandono general desde el dictado de aquella ley (9), el marcado deterioro y suciedad, la amenaza de destrucción y, en particular, que sus dueños no pueden administrar ni proteger el inmueble.

Todos esos aspectos llevaron a la mayoría a concluir que si bien la declaración como patrimonio histórico de un bien no trae aparejada por sí sola la obligación estatal de expropiar, los elementos adjuntados a la causa resultaban demostrativos de que dicha declaración y las circunstancias que siguieron a tal decisión no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores, sino un verdadero cercenamiento su derecho, pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble.

Por último consideraron que la expropiación resulta ser en el caso el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento del mandato contenido en el art. 41 de la Carta Magna y las leyes, esto es, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito.

III. ¿Expropiación irregular sin declaración de utilidad pública?

Para poner en contexto normativo la situación que el Alto Tribunal debió resolver, debemos tener presente que el art. 17 de la Constitución Nacional prescribe que "La ex-

propiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Además, es importante recordar que el art. 51 de la Ley 21.499 establece que protege la acción de expropiación irregular en los siguientes supuestos: "a) Cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización; b) Cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales; c) Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad."

Desde la doctrina, se ha señalado que para la expropiación irregular hace falta una ley que declare de utilidad pública el bien (10), por ser ello una exigencia constitucional que emana del art. 17. (11)

La Corte Suprema, por su parte, se ha pronunciado sobre el asunto al señalar que "la desposesión por parte del Estado por la ocupación material de la cosa, o por la afectación en cualquier grado de su derecho en la posesión, uso o goce de ella en razón del ejercicio del poder de expropiación, faculta al propietario a reclamar la expropiación inversa [...] Ella encuentra su fundamento en el art. 17 de la Constitución Nacional y supone la existencia de ley de declaración de utilidad pública". (12)

En otro precedente más reciente señaló que "... en la ley local 5708 se requiere expresamente la declaración de utilidad pública para que el propietario pueda iniciar la acción de expropiación, requisito que para el supuesto del art. 51, inc. c, de la ley 21.499 no está expresamente previsto". (13)

En otro caso había resuelto que si bien en ciertos casos la ley de expropiación faculta al particular a reclamar la expropiación inversa, aun sin mediar declaración de utilidad pública,

cuando de modo directo o reflejo -siempre con motivo de otra de otra ley que declare la utilidad pública- resultare indisponible un bien por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales. (14)

Como vimos, el voto mayoritario consideró que en el caso resultaba de aplicación el art. 51, inc. c) de la ley 21.499 y que, en tal supuesto, no es necesaria la existencia de una ley que declare el bien de utilidad pública. Sin embargo, no puede dejarse de notar que las circunstancias del caso pusieron en evidencia que además de haberse dictado una ley que declaraba el bien como patrimonio histórico no se trataba de una simple restricción al derecho de propiedad de los actores, sino que al no poder disponer libremente del inmueble se provocaba un verdadero cercenamiento de ese derecho.

En su disidencia la jueza Highton de Nolasco mantuvo ineluctable su postura en el sentido de que la acción de expropiación supone siempre y en todos los casos -por imperio del art. 17 de la CN- la existencia de una ley de declaración de utilidad pública.

Por consiguiente y atento a que en el caso no concurría esa recauda, consideró que correspondía desestimar la acción de expropiación inversa intentada por los actores.

Por último, en su disidencia, el juez Petracchi entendió que las limitaciones derivadas de la declaración del inmueble como "monumento histórico-artístico nacional" no importan -por sí solas- una restricción que, por su carácter o extensión, demeritifique el derecho de propiedad de sus dueños y justifique una acción de expropiación inversa.

Es que, según dicho magistrado, la ley 21.499 prevé alternativas distintas a la expropiación para compatibilizar los derechos de los actores y la finalidad de la norma, entre los que enumeró a un "acuerdo con el propietario, o la fijación de una indemnización para casos en los cuales la limitación al dominio fuera calificada como servidumbre administrativa".

Resulta importante destacar, que en su opinión, era aplicable el inc. b) del art. 51 de la ley 21.499 y, en consecuencia, atento a que los demandantes no habían acreditado que el "inmueble resulte indisponible por evidente dif-

CONTINUA EN LA PÁGINA 8

NOTAS

(1) Véase el fallo en la Ley. Derechos reservados (Ley 11.288).

(2) O.R.N., 27/09/2 18, "Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa" Z. 39, XLVI, R.O.

(3) B.O., 24/01/1977.

(4) B.O., 11/10/2000.

(5) Según se destaca en el fallo, el inmueble objeto del pleito perteneció al escritor, político, periodista y militar Víctor Mansilla, figura de indiscutida influencia

en la vida pública y militar argentina y cuyo legado literario incluye, entre otras obras, "Una excursión a los indios ranqueles", que no sólo fue galardonada con el primer premio del Congreso Geográfico Internacional de París, sino que ocupa un lugar de indubitable relevancia en la historia de la literatura nacional.

(6) R.O., 16/10/1940 (Creación de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos).

(7) R.O., 24/02/1941 (Reglamento de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos).

(8) Cabe destacar que intervino la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo Federal.

(9) El voto mayoritario estuvo integrado por los jueces Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni, Argibay y Maqueda.

(10) De hecho en el propio caso se alegó que el inmueble

fue otorgado con el objetivo de crear un consorcio popular.

(11) MARTINEZ, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, 6ª ed. art. 1, IV, p. 369.

(12) DRONI, José H., "Derecho administrativo", Buenos Aires, Astrea, 1992, t. 2, p. 123.

(13) Fallos: 849-2108 "Dos Américas I.C. y P." (1996).

(14) Fallos: "Pau" 828-4782 (2006).

(15) Fallos: 308-1282.

las normas y obligaciones de confidencialidad sobre la correspondencia han sido aplicadas al correo electrónico en casos comerciales y penales (23).

Agregamos también la relevancia de la ampliación de la noción de "escrito" que realiza el Proyecto de Código Civil del '98 estableciendo la consideración de la expresión escrita la que se produce, consta o lee a través de medios electrónicos.

En definitiva, diremos, pues, que los e-mails son equiparados en su tratamiento a las cartas misivas, completando la equiparación de su género, o sea: la comunicación epistolar con la comunicación electrónica.

V. Confidencialidad

Tal como lo hemos afirmado, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados está consagrada en nuestra Carta Magna (art. 18). El voto en disidencia del fallo mencionado antes, transcribe a Sarmento ("Comentario de la Constitución de la Confederación Argentina" en "Obras Completas") cuando afirma que es preciso que "los individuos de un país se crean tan seguros en el uso de la estafeta pública que miren como no emanados de su mente sus pensamientos mientras los renglones que los estampen estén bajo el frágil pero inviolable sello de una carta y no haya llegado ésta a la persona a quien se transmite... Los países que más prósperos marchan son los que más religioso respeto tienen por esa institución".

En consonancia con este principio, nuestro Código Civil dispone en el art. 1036 la no admisión para su reconocimiento de las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación. Según Llambías, esta norma se fundamenta en que, en el seno de la confianza existente entre los correspondientes, el remitente puede admitir ciertos hechos perjudiciales para él, convencido de que en ningún caso saldrá del secreto de ambos y menos aún podrá la manifestación convertirse en título jurídico que un tercero quiera invocar contra él (24).

La Corte entendió —en el fallo al que hicimos referencia anteriormente— que el carácter confidencial de una misiva no depende de la calificación que realice el remitente ni tampoco de que se la cruce con un sello que así lo disponga, sino del propio contenido de la carta que, como no es conocido por la destinataria, descarta de por sí el carácter que pretende asignarle, concluyendo entonces que es el magistrado el que debe otorgar dicha calificación. La Procuradora Fiscal en su dictamen afirma que al ser la solución de la Cámara con relación al carácter de confidencial de una misiva una de las varias soluciones admitidas tanto por la doctrina como por los fallos de nuestros tribunales, no se puede tachar de arbitraria la solución a la que se arribó en el fallo apelado.

Sostenemos, en cambio y en un todo de acuerdo con Sambrizzi, que aquí cabe efectuar una aclaración: la correspondencia epistolar es inviolable, con independencia de que la misma sea o no confidencial, no debiendo confundirse la mencionada garantía constitucional con la posibilidad de la presentación en juicio de una carta para su reconocimiento, en la que puede no llegarse a violar dicha garantía; lo que será así siempre que la carta no sea confidencial y, además, que el destinatario de la misiva, o un tercero con anuencia de este último, hubiera prestado conformidad con esa

presentación y en ese caso sí entraría en juego la confidencialidad de la carta. En el fallo mencionado, la Cámara no consideró al decidir la apertura de la carta, que la destinataria se opuso a ello y que, además—como afirma Llambías, en caso de duda, la carta debe ser considerada confidencial, lo que aquí reafirmamos. Va de suyo que, al no conocerse su contenido antes de ser abierta, resulta aceptable la existencia de —si menos— una duda al respecto, lo que conduce a que nunca debió haber sido resuelta su apertura por el juez. Si la duda existía debió haberse aplicado lo normado en el art. 1036 del C.C. e impedirse la apertura de la misiva, a efectos de proteger el principio de inviolabilidad de la correspondencia, que se vio afectado al haberse opuesto su destinataria a su apertura y al existir posibilidad de que la misma fuera confidencial.

VI. Acto jurídico. Disposiciones testamentarias

Según nuestro Código Civil —art. 947—, los actos jurídicos pueden ser entre vivos o mortis causa, expresando respecto de estos últimos que "...cuando no deben producir efecto sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan se denominan disposiciones de última voluntad...". El art. 952 reza que "la existencia de las disposiciones de última voluntad comenzará al día que fallecieren los respectivos disponentes o en que la ley presuntiva que hubieren fallecido". Así, pues, dichos actos son aquellos en que sus efectos están supeditados a la muerte de su autor, durante su vida carecen de efectos.

Hemos tratado en el punto II de las cartas misivas. Las llamadas cartas *post mortem*, esto es, las destinadas a ser entregadas después de la muerte de su autor, revisten tal carácter, y a la vez, a la luz de lo establecido por los arts. antes citados —947 y 952—, son disposiciones de última voluntad. En el caso arriba aludido —N. M. E. s/sucesión testamentaria— fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la causante redactó una carta que, en sobre cerrado y con el nombre de la destinataria, entregó al albacea testamentario para que le fuera entregada a su hija después de su muerte. Con ello, la causante instrumentó una disposición de última voluntad; la entrega de tal pieza. La coheredera y frustrada destinataria de la carta, a quien el albacea no entregó la carta sino que la acompañó a los autos sucesorios ante la intimación cursada por el juzgado manifestó, entre otras cosas, que —siendo una disposición de última voluntad— la carta ya no le pertenece a la causante sino a ella —la destinataria— a quien debía serle entregada, argumento que compartimos. La causante se desprendió de la misiva al serle entregada al albacea, quien la tenía en su poder al solo efecto de cumplir oportunamente la instrucción recibida. Produjo el fallecimiento de la causante, el acto de última voluntad —entrega de la carta— comenzó a existir —art. 952— y debía el albacea cumplimentar la manda.

Si bien parte de la doctrina nacional afirma que la carta pertenece al remitente en tanto no llegue a destino —mientras está en viaje, por ejemplo— y éste podría —si justifica su carácter— recuperarla, hemos de afirmar que ello supone un remitente vivo, cosa que no ocurre en la especie. Así, pues, entendemos que la carta

no forma parte del acervo sucesorio sino que pertenece a la destinataria.

Conforme lo señala Gherzi, el albacea debió guardar el sobre y en el momento oportuno entregárselo a su destinataria, era su obligación frente al causante, que incumple al pretender introducirlo en el sucesorio, pues frustra la última voluntad del causante y la finalidad del acto jurídico. La respuesta es clara, la carta salió del patrimonio del causante —como objeto material— y pasó en calidad de depósito y guarda al albacea, con una finalidad determinada: ser entregada al destinatario, en día y hora señalada que el albacea aceptó, expresa o implícitamente, pues la carta estaba en su posesión y no integraba su patrimonio (25).

Entendemos que el albacea, al no cumplir con la expresa instrucción emanada de la causante, en cuanto a la entrega de la carta a la persona indicada, ha dejado de cumplir su misión: llevar a la práctica las instrucciones recibidas, tal como corresponde a un mandatario, ya que entendemos que la naturaleza jurídica del albaceazgo es la de un mandato

post mortem, apoyada esta posición en textos expresos de nuestro Código Civil, como el 1870, inc. 7, 3850 y 3855 (26). Expresa Sambrizzi que llama la atención el incumplimiento por parte del albacea de las instrucciones que le diera la causante (27), en particular con relación a la entrega de la carta a su destinataria, cosa que no cumplió, pues, en lugar de practicar esa entrega, agregó la carta en el expediente sucesorio, no obstante la petición efectuada al respecto al albacea por la causante puede considerarse como una disposición de última voluntad.

De tal manera, en el caso parece haberse violado la confianza que la causante depositó en el albacea, lo que es ciertamente grave (28). Continúa diciendo Sambrizzi que el albacea, que en el caso actuó como correo, violó las obligaciones que tiene todo correo de hacer entrega de la correspondencia a quien la misma va dirigida, siendo ilegítimo el hecho de haberla desviado de la persona del destinatario para darle un destino distinto del indicado por la remitente, a lo que adherimos. Así, pues, en este caso específico de cartas *post mortem* el más Alto Tribunal ha prescindido de considerar los argumentos de la recurrente en orden al carácter de disposición de última voluntad de la causante, cuya incidencia no puede sin más descartarse a la hora de determinar la posibilidad de hacer cesar el secreto de la correspondencia expresamente destinada por la remitente a ser entregada años después de su muerte, como lo pone de resalto el voto en disidencia de los Dres. Fayt y Maqueda.

VII. Colofón

Por todo lo expuesto consideramos que la normativa existente en relación a las cartas *post mortem* es suficiente para impedir cualquier intromisión arbitraria de parte de personas ajenas a la relación epistolar o electrónica en su caso, y arribamos a las siguientes conclusiones:

1) El plexo normativo de nuestro ordenamiento protege la intimidad y la correspondencia desde el ámbito constitucional —artículo 18 de la constitución Nacional— que cla-

ramente establece la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados y en la legislación particular civil, arts. 1071 bis y 1036 del Código Civil.

2) Asimismo no podemos dejar de considerar el tema específico de las cartas *post mortem* que, de acuerdo a lo establecido en el art. 952 en cuanto disposiciones de última voluntad consistentes en la entrega a una destinataria determinada de una de estas cartas, no pueden ser dejadas de lado a la hora de determinar la cesación del secreto de la correspondencia, porque, sin lugar a dudas, constituye una seria afcción a la intimidad y una total falta de consideración a la voluntad del fallecido.

3) Si bien esta normativa entendemos que es suficiente para encauzar los conflictos derivados de la confidencialidad de las cartas *post mortem*, no por ello dejamos de reconocer que sería necesaria una disposición legal específica a fin de evitar intromisiones del Estado a través de la apertura de correspondencia que afecta la intimidad de las personas, zona que debe ser protegida porque en ella se desarrollan los aspectos superlativamente privados de la vida de los individuos de una sociedad democrática como la nuestra (29).

4) Atento al tenor de los derechos comprometidos, es que entendemos que debe legislarse expresamente acerca de las cartas *post mortem*, pues de este modo no dejaríamos al arbitrio de los magistrados la determinación de su confidencialidad con aperturas injustas de la correspondencia epistolar o electrónica que pueden irrumpir esa zona "sagrada" de intimidad de las personas. Bilo sin perjuicio de considerarlo viable en el único caso en que pueda estar comprometido el orden público a través de alguna figura delictual.

VIII. Anexo: XXI

Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Lomas de Zamora 2007

Conclusiones de la Comisión de Parte General (Comisión N° 1)

I.- Cartas con destino *post mortem*:

De lege lata

Se aprueba por unanimidad:

- 1.- Se considera tal a la correspondencia que una persona (remitente) dirige a otra (destinatario), para que ésta la reciba luego del fallecimiento de aquélla.
- 2.- Las cartas con destino *post mortem* gozan de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia.
- 3.- Las cartas con destino *post mortem* revisten desde su emisión, carácter privado o confidencial, calidad que resulta de la voluntad del remitente.

Se aprobó por mayoría el siguiente despacho:

La privacidad de las cartas con destino *post mortem* puede ceder en el caso que existan presunciones fundadas, precisas y concordantes que su contenido pueda contravenir un interés público prevalente. El criterio de apreciación debe ser estricto y restrictivo. En ese caso, el juez debe apreciar la viabilidad de la apertura, y en su caso, la misma se realizará con citación necesaria del destinatario.

Despacho de la minoría:

El aludido carácter no justifica la apertura de la carta, por la presunción de la violación de un interés patrimonial.

(Continúa en pág. 4)

(23) Caso "Janina" y del fallo del Juzgado de Primera Instancia Comercial a cargo del Dr. Fernández Morales.
 (24) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, ob. cit. pág. 429, N° 1837.
 (25) GHERZI, Carlos, "La privacidad, intimidad y confidencialidad", LA LEY, 2006-C, 814.

(26) CONF. BORDA, Guillermo, "Manual de sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, 5ª ed., pág. 518.
 (27) SAMBRIZZI, Eduardo en "Indebida intromisión en la esfera inviolable de la vida privada", JA, 2006-III-73, SJA 20-9-2006 aclara que, si bien se encuentra discutida la naturaleza jurídica del albacea, la teoría predominante lo considera un mandatario *post mortem* del

testador, cuya función se rige por las reglas del mandato.
 (28) SAMBRIZZI, Eduardo, op. cit.
 (29) Por ello, Llambías claramente expresa que el régimen legal de las cartas misivas es aún incipiente, de modo que la doctrina y la jurisprudencia son las que elaboran el régimen aplicable

(Viene de pág. 3)

II.- Intimidad y Comunicaciones Electrónicas.

Delega lata.
Se aprobaron por unanimidad:

1.- El derecho a la intimidad tiene plena protección constitucional frente a todo tipo de intromisiones en la vida privada, incluyendo las que provienen de la utilización de las nuevas técnicas de comunicación electrónica. Ello, porque con los medios disponibles en la actualidad, la intimidad de las personas puede ser objeto de un sinnúmero de intromisiones, no sólo en los correos electrónicos, sino fundamentalmente por todas las operaciones que permite la Internet, así como por la creación y difusión de bases de datos.

2.- Si bien existen grandes diferencias entre los correos epistolares y los electrónicos, estos últimos deben ser analógicamente equiparados a aquéllos en la aplicación de las leyes vigentes, sin perjuicio de ciertos casos de derecho penal en los cuales esa aplicación analógica exceda los límites de la tipificación.

3.- La Ley de Hábeas Data N° 25.326 (Adla, LX-E, 5426) se aplica a toda Base de Datos que permita obtener descripción o informes de toda persona determinada o determinable, incluyendo entre otros sus direcciones IP, sus direcciones de correo electrónico, imágenes, sus perfiles personales y sus entradas a sitios de Internet.

4.- Los correos electrónicos que no fueren firmados con firma digital están incluidos en las previsiones del art. 5° de la ley 25.506 (Adla,

LXII-A, 6), cuando fueren enviados con firma electrónica, correspondiendo por ello a quien la invoca probar su validez. Los restantes correos electrónicos son meros instrumentos particulares no firmados, y por ello solamente constituyen principio de prueba por escrito.

5.- El art. 1071 bis del Código Civil, en su actual redacción, abarca todas las posibles injerencias arbitrarias en la vida privada y por ello no requiere reforma aclaratoria alguna.

6.- La equiparación del correo electrónico a la correspondencia, con el alcance previsto en los arts. 18 de la Constitución Nacional, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11, inc. 2° del Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250), implica reconocer en el ámbito laboral la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia electrónica del

dependiente, en concordancia con la normativa específica.

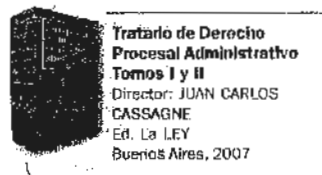
De Lege Ferenda

Se aprobó por unanimidad:

1.- Los desarrollos tecnológicos exigen que se atienda a la tutela de la intimidad y demás derechos personalísimos de un modo integral, a cuyo efecto, sin perjuicio de la aplicación de la normativa vigente, es necesaria la adecuación progresiva de la misma a los requerimientos de esos desarrollos.

2.- Frente a las agresiones provenientes de los nuevos medios tecnológicos, la protección de la intimidad requiere la creación de normas de Derecho Internacional que regulen las transferencias de datos entre personas o bases situadas en distintos países. ♦

BIBLIOGRAFIA



Tratado de Derecho Procesal Administrativo Tomos I y II
Director: JUAN CARLOS CASSAGNE
Ed. La LEY
Buenos Aires, 2007

Un aporte fundamental sobre el control judicial del Estado

El derecho procesal administrativo, tradicionalmente denominado "el contencioso administrativo", fue expuesto por eminentes tratadistas del derecho argentino, cuyas obras permanecen como referencias indispensables para todo estudio de la materia. Pasto, recitador a profesores de la altura de Rafael Bielsa, Félix Sarría, Néstor Alcalá Zamora, Bartolomé Fiorini o Jorge Tristán Rosal, que le dedicaron fundamentales obras específicas. En décadas más recientes se han incorporado a nuestra bibliografía una serie de valiosos aportes. Y la obra colectiva que se comenta se encuentra entre ellos.

Para quien no tiene conocimiento de dicho derecho o "contencioso administrativo", conviene decirle que no se trata de un derecho procesal más, sino que su contenido es más vasto que otros. En él confluyen aspectos de fondo, donde juegan principios constitucionales de la defensa de los derechos y las personas frente a la actuación de los poderes públicos o el alcance del control judicial, y los temas técnicos comunes del derecho procesal, pero en su aplicación concreta al derecho administrativo. El "contencioso administrativo" no se puede por esa razón entender sólo como otro derecho procesal. Antes bien, todas las instituciones del derecho administrativo se articulan para permitir el control judicial del Estado. Si éste no se diera o se retacara arbitrariamente, carecería de sentido el derecho administrativo.

Bajo esas líneas puede apreciarse que se estructura la obra, al comprender aspectos históricos del "contencioso administrativo" (donde el profesor Cassagne ha profundizado su estudio, vinculando el derecho nacional con las instituciones del antiguo derecho español), cuestiones que podrán considerarse tradicionalmente procesales, como la legitimación o las medidas cautelares contra los poderes públicos, y otras materias rotulables "de fondo", como el control del ejercicio de las potes-

tades discrecionales, u otras instituciones procesales típicas del derecho como la acción de lesividad (que poco despliega doctrinario merecido en nuestro derecho); asimismo, se puede agregar a lo enunciado temas como el juicio de amparo y la acción declarativa, que han cobrado una relevancia trascendente en el derecho público, por el perfil particular que ostentan, no reducible sólo a su faz procesal.

Para ello el profesor Juan Carlos Cassagne, que ha escrito varios de sus capítulos, contó con la colaboración de cuarenta y ocho juristas que redactaron distintos capítulos de la obra (en algunos casos, más de uno), sin que —a diferencia de otras obras colectivas— el contenido de éstos aparezca desgajado de la estructura lógica de la temática de la obra. Y dichos temas son los que el operador jurídico del derecho público, cualquiera sea el ámbito en que se desempeñe, enfrenta diariamente en su respectivo quehacer (por ejemplo, el control judicial de las sanciones a los empleados públicos y su alcance). Precisamente, en el derecho administrativo de los últimos años se advierte la necesidad de que, junto con el desarrollo dogmático de sus distintas instituciones (muchas veces excesivamente teórico), lo que se expone o se enseña muestre su aplicación práctica a través de

la recepción normativa y de los casos que se presentan ante los órganos de asesoramiento del Estado (por ejemplo, los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación) o mediante la cita y exposición de las sentencias de los tribunales. Y esta obra cumple con esa necesidad, aunando profundidad con practicidad.

La obra se enlaza mercedemente a la lista prestigiosa de las que la precedieron, mostrando, al igual que las anteriores, que el derecho administrativo argentino ha podido llevar adelante, sobre todo en los últimos años, una prodigiosa simbiosis jurídica entre las instituciones del derecho continental europeo que lo influyeron, y las que emergieron de nuestra Constitución y modelo de control judicial. Esa simbiosis le dio una "personalidad" propia, en aras de lograr el eficaz cumplimiento —siempre perfectible— del Estado para que mejor se sirva a los habitantes de la Nación en pos de la consecución del bien común, y de que ellos cuenten con los medios judiciales idóneos para la defensa de sus derechos. Así como el derecho administrativo no es concebible sin su inserción en el estado de derecho, tampoco lo será si no se logra el control judicial de los tres poderes del Estado.

Pedro José Jorge Coviello

JURISPRUDENCIA

QUIEBRA

Extensión de la quiebra — Rechazo — Supuestos del artículo 161 incisos 2 y 3 de la ley 24.522 — Falta de prueba de la confusión patrimonial entre ambas sociedades

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: El juez a quo extendió la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad anónima por encontrar que entre una y otra sociedad había una confusión patrimonial inescindible al advertir que se había cedido el boleto de compraventa por el cual la sociedad anónima había adquirido el inmueble donde la fallida elaboraba sus productos. Contra dicha sentencia, la sociedad anónima expuso agravios que fueron resistidos por la sindicatura concursal de la fallida. La Cámara revocó la sentencia.

1.— Es improcedente la extensión de la quiebra de la sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad anónima, en los términos del art. 161 inc. de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381), pues la idea de que dicha sociedad anónima fuese la titular de una relación de control sobre la fallida basada en la tenencia de cuotas sociales que le dieran título para formar su voluntad social en las reuniones de socios no resulta jurídicamente sustentable, porque a ello se opone lo previsto en el art. 30 de la ley 19.550 (l.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319) en cuanto establece que las sociedades anónimas sólo pueden formar

parte en sociedades por acciones, y la fallida no lo es.

2.— Corresponde revocar la sentencia que extendió la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad anónima, pues la posesión del boleto de compraventa referido al inmueble donde funciona la fábrica de la fallida y la posterior locación que de dicho inmueble hiciera la sociedad anónima a favor de la fallida, no revela una confusión patrimonial inescindible apta para extenderle la quiebra a la

NOTA A FALLO

EXTENSION DE QUIEBRA UN FALLO ILUSTRATIVO

p¹ capitula Faccestral
POR DIEGO M. FISSORE

SUMARIO: I. Introducción del objeto de nuestro comentario. — II. Los hechos. — III. La doctrina del fallo. — IV. Conclusión final

I. Introducción del objeto de nuestro comentario

El fallo de la Sala D Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que comentamos, dictado Especial para La Ley, Derechos reservados (ley 11.723)

en autos Convergences S.R.L. s/quiebra en fecha 9 de septiembre de 2007, contiene varios elementos que lo hacen particularmente interesante.

En primer lugar porque el juez de Cámara preopinante delimita con corrección los motivos por los cuales la quiebra puede ser extendida a otras

entidades o personas a tenor de la clara letra del artículo 161 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381). Y sobre todo porque en dicho fallo se hace un análisis exhaustivo de las causales esgrimidas por la sindicatura demandante de la extensión, de las utilizadas por el juzgado de primera instancia para extender la quiebra a dos de los sujetos demandados y desgrana cuál debió haber sido el tratamiento de la primera instancia para no violar el principio de congruencia a la luz de la causa petendi incluida en la demanda.

También el fallo comentado trata los argumentos vertidos por las partes en el bñgo y por el juez de primera instancia, desestimando la extensión en el caso de dos de los peticionados. Y la referida desestimación se efectúa con argumentos que hacen que este fallo sea de los iluminantes en materia de doctrina judicial, en un campo en donde en no pocas ocasiones se observa que la finalidad de justicia se prefiere obtener a expensas de la estrictez de análisis de hechos y encuadros de derecho.

Me parece que el fallo que comentamos tiene méritos que pueden resumirse en dos campos importantes.

El primer mérito es de orden procedimental y consiste que el juez preopinante hace un estricto análisis de la causa petendi, analizando qué se solicitó jurídicamente en la demanda y sobre qué bases fácticas.

Observamos que a través del análisis del preopinante, que correctamente observó las imprecisiones del peticionario de la extensión y de la sentencia de grado, se está mandando a los jueces y también a las partes a ser estrictos en el encuadre fáctico-jurídico de las cuestiones traídas a la instancia judicial, ya que en caso contrario la justicia estará muy mal servida. Nos preguntamos, en coincidencia con el juez, si se realizara este análisis, ¿cómo podrá imputarse justicia?

El segundo gran mérito del fallo recae sobre el fondo de lo decidido en cuanto a las causales in

cataria, ya que no es prueba de un manejo promiscuo entre ellas ni de la comunidad amplia de activos y pasivos que califica objetivamente la causal prevista en el art. 161 inc. 3 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381).

3. — A los fines de la aplicación del art. 161 inc. 2 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) es necesario que exista un control societario directo o indirecto —por interposición personal, interno o participacional de la persona controlante de existencia física o ideal— sobre la sociedad fallida, que debe tener como localización orgánica la asamblea o reunión de socios de la sociedad controlada, pues el mencionado artículo alude a la necesidad de que el sujeto controlante posea una participación, por cualquier título, que lo

otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social de la controlada.

4. — El carácter de controlante al que se refiere el art. 161 inc. 2 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) supone un control jurídico interno, tanto de derecho como de hecho, ejercido por una sola persona o por una pluralidad de ellas, ya sea directo o bien por interposición personal, pudiendo esta última no ser necesariamente una sociedad sino también una persona de existencia física o visible.
5. — La confusión patrimonial inescindible que justifica la quiebra por extensión debe alcanzar tanto el activo como el pasivo o bien la mayor parte de éstos, por lo que resulta improcedente subsumir situaciones en las

cuales la promiscuidad comprende sólo uno de esos rubros, mientras el restante se mantiene perfectamente delimitado, o bien cuando se afectan proporciones del activo y del pasivo que cuantitativamente no involucren porciones sustanciales.

6. — La extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible requiere la existencia de un fondo común como elemento vinculante, que aparezca como la resultante de la violación de las normas del ordenamiento legal dirigidas a mantener la diferenciación de los patrimonios.

112.193 — CNCCom, sala D, 2007/09/12. — Convergences S.R.L. s/quiebra.

[El fallo en extenso puede consultarse en Atención al Cliente o en www.la.leyonline.com.ar]

(Continúa en pag. 6)

QUIEBRA

Efectos de la declaración de quiebra — Efectos sobre los procedimientos administrativos de determinación de deudas — Crédito aduanero — Improcedencia del fuero de atracción

El proceso judicial iniciado por el contribuyente a fin de que se declare la nulidad de la resolución aduanera que le determinó impuestos y le impuso una multa en los términos del artículo 970 del Código Aduanero no resulta alcanzado por el fuero de atracción al puede incorporarse al procedimiento de verificación ya iniciado, en tanto

vocadas y su configuración. Es que una vez claramente determinado el marco legal y fáctico sobre el cual el tribunal de alzada debe pronunciarse, hace un análisis de los hechos que se aducen para estimar verificadas las causales de extensión de quiebra previstas por los artículos 161 incisos 2 y 3 de la ley 24.522. Y dicho análisis constituye una visión ajustada, estricta, legalmente fundada en precedentes judiciales y en interpretación doctrinaria que configuran de por sí muy valiosa doctrina sobre la materia.

En fin, pasemos al comentario.

II. Los hechos

La sindicatura del proceso falencial de Convergences S.R.L. solicitó la extensión de la quiebra a otras entidades y personas físicas entre quienes se encontraban Comak S.A., Compañía Láctea Argentina SA y Cristian Daniel Converso Ferreira Jardim. El juez de grado entendió que había suficientes razones para extender la quiebra con las constancias traídas al expediente y dio curso favorable a la solicitud.

Las razones esgrimidas por la sindicatura para solicitar la extensión de la quiebra a Comak S.A. consistían en que la citada entidad había realizado actos en exceso de lo establecido en su objeto social —que comprendía la fabricación de material radiológico y quirúrgico—, relacionados con la fallida Convergences S.R.L., y que consistían en ser cesionaria de un boleto de compraventa de un inmueble, constituirse en locadora de dicho inmueble a la luego fallida y devenir cesionaria de crédito de una entidad bancaria con garantía prendaria de bienes de la fallida.

Respecto de la entidad Compañía Láctea Argentina y el Sr. Converso Ferreira Jardim la sindicatura hizo una argumentación conjunta que se basa en que la compañía aquí mencionada fue constituida ante la inminencia de la quiebra de Convergences, que el Sr. Converso Ferreira Jardim era el titular del 99% de las acciones de la misma y cuando se realizó el proceso de incautación luego de la quiebra de Convergences S.R.L. se encontraron materiales de Compañía Láctea Argentina SA en un predio de la fallida que la identificarían como de propiedad de la fallida y al Sr. Converso como su dueño.

Sobre la base de esos elementos, la sindicatura habría entendido que el presupuesto contemplado en el artículo 161 inciso 2 de la ley 24.522 se encontraba configurado.

En lo que respecta las entidades Comak SA, el juez de primera instancia entendió que existía confusión patrimonial inescindible (artículo 161 inciso 3 de la ley 24.522), causal no invocada por la sindicatura, sobre la base de distintos hechos mencionados en la sentencia (cesión de boleto de compraventa de un inmueble, posterior locación del inmueble en cuestión a la fallida y la adquisición de ciertos derechos sobre muebles de la fallida —actos fuera del objeto social de Comak S.A.—, libros de esta última no estaban auditados, entre otros). Y sobre esa base declaró procedente la petición de extensión de quiebra contra la entidad aquí referida.

Respecto de Compañía Láctea Argentina S.A. y del Sr. Converso Ferreira Jardim se decretó la extensión de la quiebra sobre la base de referencias conjuntas, y comunes a otros sujetos accionados, en las que se implicaba control societario, es decir, la causal prevista en el artículo 161 inciso 2° de la ley 24.522.

III. La doctrina del fallo

Ya hemos adelantado cuáles son, a nuestro criterio, los méritos del fallo comentado.

Ahora queremos enumerar cuál es la doctrina vallosa que emerge del mismo.

(i) Necesidad de encuadrar claramente la causal de extensión invocada, para poder ordenar los elementos fácticos a analizar

Solve este punto ya hemos hablado en la introducción, por lo que aquí sólo decimos que en el considerando 2° del fallo de Cámara comentado, y en el tercer párrafo del considerando 3° a), se evidencia que la claridad de la determinación de la causal invocada en la demanda y el debido tratamiento de la misma por parte de la sentencia de grado son esenciales para que el fallo sea correcto.

Esta adecuación, por supuesto, no sólo aplica a la materia bajo análisis y es un presupuesto básico del derecho procesal para toda sentencia como lo es el principio de congruencia (1), pero no deja de ser importante señalarlo dado que muchas veces ese principio no es respetado en deducidos judiciales en los cuales se listan copiosas circunstancias y hechos de diferentes vertientes y con ello se pretende justificar la justicia de una solución sin que exista una clasificación técnica de cada hecho y su pertinencia a causales específicas. Y ello puede llevar a conclusiones erróneas y precisamente, a la violación del principio de congruencia.

Esta circunstancia fue bien señalada por el preopinante, quien deja a salvo el principio *de iura novit curia*, pero aclara que de todas maneras el juez de grado debe pronunciarse sobre lo solicitado, no sólo otra cosa. Y también se desprende del fallo de alzada comentado que cuando lo peticionado, esa falta de claridad debiera fundar el rechazo del pedido y no el dictado de sentencias violatorias del principio de congruencia.

Esta conclusión nos parece vallosa doctrina judicial.

(ii) El desvío del interés social a favor del controlante debe obtenerse a través del control de la capacidad de decisión de la sociedad. Delimitación del alcance de la causal contemplada por el artículo 161 inciso 2° de la ley 24.522.

Del fallo de Cámara emerge que para que el control interno que el artículo 161, inciso 2° de la ley 24.522 pregona como causal de la extensión de quiebra, debe existir un control interno societario participacional, directo o indirecto, de la persona controlante sobre la controlada que se debe materializar en la asamblea de accionistas o reunión de socios. Y ello fundado en que la norma bajo análisis requiere que el controlante posea

participación que por cualquier título otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social. Así, el control debe ser en los términos del artículo 33 incisos 1 y 2 de la ley 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319).

Nos parece que la precisa inteligencia dada a la norma analizada encuadra el verdadero alcance de la misma y permite repeler vaguedades en la interpretación que puede darse a conceptos como el “desvío del interés social a través del sometimiento a una dirección unificada en interés de la persona controlante”, incluido en el preoímio del referido inciso. No en vano la propia norma aclara en los apartados a) y b) el alcance del control referido en el genérico preoímio que sólo introduce el tema.

Y esta doctrina, no por que sea obvia, es muy importante (2).

(iii) La confusión patrimonial inescindible (artículo 161 inciso 3, ley 24.522) debe ser realmente tal, es decir, debe comprender tanto al pasivo como al activo y en proporciones cuantitativas sustanciales, que hagan imposible la diferenciación de los patrimonios.

Esa causal, que no fue traída por la sindicatura expresamente en el caso de la peticionada Comak S.A., pero que el juez de cámara preopinante igualmente trata dada la asunción de la misma parte de la referida demandada al criticar los argumentos del fallo de primera instancia, requiere que la confusión abarque ambos rubros del patrimonio de la fallida con la pretensa extendida y que la referida confusión sea masiva, sustancial, imposible de desmarar y así ocultar la identidad patrimonial de las entidades en cuestión.

El preopinante observa esta circunstancia y la expone claramente, y entiende que hechos como la adquisición de derechos sobre un inmueble a título oneroso donde los derechos adquiridos por cada parte están perfectamente delimitados y claros, como así también la suscripción de contratos como locación o adquisición de derechos sobre acreencias respecto de la fallida que eran de propiedad de terceros, no implican ningún tipo de confusión de por sí.

Nos parece claro que el juez preopinante nos está diciendo que no hay que considerar como sinónimos a los conceptos de “relación” patrimonial, aunque sea estrecha, con “confusión” patrimonial.

Y también el preopinante adecuadamente concluye que la mera existencia de grupo económico o de operaciones reprocias entre sociedades vinculadas no implican per se confusión patrimonial inescindible de ningún carácter y menos para justificar la existencia de la causal de extensión de quiebra. Y lo fundamenta con el fallo “Calden S.A.” de la Cámara Civil y Comercial de Rosario en autos, que es muy ilustrativo sobre la materia (3).

Dentro de este mismo punto, también nos parece vallosa como precedente el criterio adoptado por el juez de Cámara respecto del valor indicativo —o de la capacidad de valor— a los efectos de tener configurada la confusión patrimonial inescindible de ciertos hechos como, por ejemplo, que los actos llevados adelante entre la fallida y la peti-

cionada fueran ajenos al objeto social de la segunda, o que los libros de la peticionada no estuvieran auditados o llevados en legal forma. Estos hechos, aunque ciertos, no pueden fundar la existencia de la confusión patrimonial alegada por sí solos, tienen que estar acompañados de pruebas contundentes de la confusión patrimonial referida. No definitiva, como remedio excepcional que es, requiere prueba estricta.

Todo lo aquí dicho coincide con lo sostenido por muy respetada doctrina jurídica argentina (4) y por profusa jurisprudencia (5).

(iv) El parentesco no presume control interno

Al tratar la apelación presentada por el Sr. Cristian Converso Ferreira Jardim, el preopinante ratifica el concepto que hablamos destacado en (ii) de este trabajo, en cuanto a que la causal prevista en el artículo 161 inciso 2 de la ley 24.522 tiene que implicar control societario participacional interno, de hecho o de derecho.

Y ratifica que situaciones como el parentesco entre accionistas no puede suplir la verificación del referido control por medios fehacientes.

Esta también es muy sana doctrina, en tanto se requiere verificación y pruebas por sobre presunciones, que de por sí, pueden ser insuficientes.

(v) Adecuada distribución de las cargas probatorias

Señalamos que también el preopinante deja en claro un elemento que no es menor: es el síndico quien tiene que acreditar la procedencia de las causales de extensión de quiebra que invoca y no hay inversión de carga probatoria en este ámbito.

Es decir, frente a alegaciones de hechos, participaciones y parentescos que pueden sugerir control o confusión patrimonial, es el síndico quien debe probar que el control interno o la confusión existe y no es el peticionado quien tiene que demostrar que no existe.

Esta doctrina es coincidente con la clara norma del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero no deja de ser importante señalarla cuando de ella se hace aplicación correcta a diferencia de lo que habla sucedido en la primera instancia, donde se invirtió inadecuadamente la carga de la prueba.

IV. Conclusión final

No nos vamos a extender mucho en esta conclusión, toda vez que ya hemos adelantado cuáles son, a nuestro criterio, los méritos del fallo comentado y los aspectos que vale destacar de la doctrina del mismo.

Sólo decimos que aquí el fallo analizado claramente consagra la necesidad un riguroso encuadre de las causales invocadas para solicitar la extensión de la quiebra, la necesidad de correcta fundamentación fáctica de las mismas y coloca la carga probatoria en quien la ley ordena que dicha carga recaiga. Por todo ello, este fallo debiera tomarse como ejemplo en la materia. ♦

NOTAS

(1) Notamos que Posaño ha sostenido que “... el principio dispositivo impone la regla de que son las partes, exclusivamente, quienes determinan el thema decidendum, pues el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento no sólo lo que ha sido pedido por las aquéllas. A las partes inculcadas, en otras palabras, fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica, incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar, se aparta de las cuestiones litigadas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado” (ver, HAIACIO, Hino, “Derecho Procesal Civil, I, Nociones Generales”, Capítulo IV, II, 49, B), páginas 254 y 254). Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.

(2) En este sentido, ver RIVERA, ROITMAN, VITOLLO en “Ley de Concursos y Quiebras”, Tercera Edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, donde se ha dicho que: “Por control debemos entender el poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social. El concepto es más amplio que el contenido en la ley de sociedades (artículo 33). En el ordenamiento societario la noción de control es de una sociedad a otra sociedad. El concepto del artículo 161 incluye como controlantes, y por ende susceptibles de extensión, tanto a las personas jurídicas como a las personas individuales. Es decir, que el control puede ser ejercido por personas jurídicas o físicas o combinación de ambas. La no-

ción de control tiene una pauta general [esta si derivada del ordenamiento societario] que consiste en que dicho control otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social...” (ver comentario al artículo 161, Tomo III, páginas 39). En el tratamiento de dicha causal también se ratifica la doctrina que aquí hemos expuesto.

(3) “Calden SA s/quiebra”, Cámara Civil y Comercial de Rosario, 16-6-2000, LL.Litoral, 2001-153. Allí, en otro muy ilustrativo voto, el Dr. Rojillas dice que “... la mera existencia de un conjunto económico o de vinculación entre sociedades que concuerdan con pasivos de otra no son, siempre y por se, reveladores del supuesto conceptual de exten-

sión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible”.

(4) Ver OTAREGUI, Julio C., “La extensión de la quiebra”, Capítulo VII, páginas 127 y siguientes, donde se tratan numerosos supuestos. En muchos de los supuestos que trata el referido autor se observa la complejidad que reviste la confusión patrimonial para poder fundar esta causal.

(5) Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires, 12/12/05, “Caren S.A. s/Quiebra”, LLC, 2006-352; CNCCom, Sala C, 23-08-05, “Ordas, Juan S. s/quiebra”, Incidencia de extensión a Establecimiento Mixológico Ordas S.A. y otro”, IMP, 2007-A, 305, entre otros muchos.

(Viene de pág. 5) >

El juez del concurso, por medio de resolución firme, declaró inadmisibles la verificación de la deuda cuya validez se cuestiona.

112.194 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 2007/11/22 (*). - Acetatos Argentinos S.A. c. Estado Nacional.

2ª Instancia. - Buenos Aires, noviembre 22 de 2007.

Considerando:

I. La Sra. Juez de Primera Instancia en el expediente de la presente causa al Juzgado Nacional en lo Comercial N° 7, Secretaría N° 13. Para así declarar, consideró que: 1) la empresa actora se encuentra ante la apertura del concurso preventivo y en el proceso concursal, donde se homologó el acuerdo reestructurado, el organismo fiscal solicitó la verificación del crédito involucrado en estos autos; 2) el objeto de la presente acción versa sobre la impugnación de la resolución D.V. PLA N° 600/2004, por la que se le impuso una multa por aplicación del art. 970 del Código Aduanero; 3) la decisión que se adopte en la sentencia que puede ser adversa a los intereses de la actora comprometerá el patrimonio existente de la fallida, afectando de ese modo el derecho del resto de los acreedores que han verificado su crédito ante el proceso concursal; 4) resulta aplicable la doctrina sentada por la C.S.J.N., en la "Supercanal S.A. s/ IVA", de fecha 27/03/03; y 5) en consecuencia, las actuaciones resultan alcanzadas por el fuero de atracción, debiendo incorporarse al procedimiento de verificación ya iniciado (véase fs. 86 bis/7).

II. Apela el Fisco Nacional (AFIP-DGA) a fs. 97. El recurrente aduce que: a) la causa o título de la obligación de pago de multa y intereses es la resolución aduanera y al ser ésta de fecha posterior a la presentación en concurso, no queda dada alguna respecto de su carácter posconcursal y, con ello, la improcedencia de verificación alguna; b) se trata de una multa que no se encuentra firme y recién cuando se encuentran resueltas definitivamente las cuestiones en litigio en esta instancia y en la alzada, se podrán llevar a cabo los trámites de verificación del crédito ante el juez de la quiebra; c) el caso agrava que siendo la deuda posconcursal se decide remitir el presente al tribunal con competencia universal; d) el trámite de verificación del crédito en la quiebra no corresponde realizarlo mientras dure este proceso y e) de acuerdo con la jurisprudencia citada, el fuero de atracción sólo opera respecto de aquellos procesos que encuentren al concursado como demandado (véase fs. 102/3 vta.).

A fs. 114/15 vta., obra la contestación de agravios presentada por la actora.

III. De acuerdo a lo prescripto en el art. 21 de la ley 24.522 (según texto de la ley 26.083), la apertura del proceso concursal produce la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación y su radicación en el juzgado del concurso.

La presente causa fue promovida por Acetatos Argentinos S.A., con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N° 600/2004, por la que el jefe del Departamento Procedimientos Legales Aduaneros de la Aduana de Buenos Aires le impuso una multa - en los términos del art. 970 del Código Aduanero - por el importe de \$ 10.365 y, asimismo, formó un cargo y rétinco impositivos por la suma de \$ 14.634,26, con más intereses.

La Sra. Juez de Primera Instancia dispuso la remisión de esta causa judicial al juzgado comercial en el que tramita el concurso de la actora, por cuanto consideró que la decisión que se adopte en la presente - en caso que sea adversa a lo que aquella pretende - puede comprometer el patrimonio existente de la fallida, afectando de ese modo el derecho del resto de los acreedores que han verificado sus créditos.

Prente a ello, no cabe soslayar que - conforme resulta de las constancias que han sido agregadas por la parte actora - la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - por resolución de fecha 24/11/06, que se encuentra firme - confirmó la sentencia dictada en la causa "Acetatos Argentinos S.A. s/ Concurso preventivo s/ incidente de verificación (arbitraje de crédito) (Fisco Nacional DGI)", por la que el juez del concurso declaró inadmisibles la verificación de la deuda vinculada con la presente causa, que fuera instrumentada en el certificado provisional N° 62/2004 (véase fs. 30 y fs. 109/115 vta.).

En tales condiciones, no es dable sino concluir - a contrario de lo que se decidió en la resolución en recurso - que este proceso judicial no resulta alcanzado por el fuero de atracción, ni puede incorporarse al procedimiento de verificación ya iniciado,

en atención a lo decidido en esa causa por sentencia que se encuentra firme. Adviértase que si el juez del concurso resolvió desvirtuar la verificación de la deuda cuya validez la actora cuestiona en la demanda que motiva la presente causa, ésta no resultará atada por aquí.

Por ello y más allá del planteo relativo al carácter de la deuda ("pre" o "post" concursal), como así también de la circunstancia que esta causa haya sido promovida por Acetatos Argentinos S.A., corresponde revocar la resolución en recurso en cuanto ordenó su remisión al Juzgado Nacional en lo Comercial N° 7, Secretaría N° 13, dado que en ese proceso quedó firme la sentencia que declaró inadmisibles la verificación de la deuda instrumentada en el certificado provisional N° 62/2004.

Por lo demás, no corresponde dejar de ponderar que la actora indica - en oportunidad de contestar los agravios - que la cuestión sometida a consideración del juez no es del "fuero de atracción", sino por la "cosa juzgada judicial" y el principio que informa al procedimiento de "non bis in idem".

Sin embargo, sobre este punto sólo corresponde señalar que los efectos que el pronunciamiento del juez del concurso puede producir - o no - en relación a la pretensión deducida en autos ha de ser - oportunamente - materia de decisión en esta causa; ello sin perjuicio de la actitud que la propia actora pueda adoptar al respecto.

Por lo tanto y habiendo dictaminado el Sr. Fiscal General (fs. 120/22), se resuelve: revocar la resolución de primera instancia en cuanto se decidió ordenar la remisión de la presente causa al Juzgado Nacional en lo Comercial N° 7, Secretaría N° 13, asimismo, establecer que la presente causa no resulta alcanzada por el fuero de atracción del concurso de la actora.

Costas de esta instancia en el orden causado en atención a la complejidad y particularidades de la cuestión que pudieran llevar a la actora a solicitar que se confirme la decisión en recurso (conf. art. 68, ap. 2da del Código Procesal).

A los fines previstos por el art. 168 del I.L.N., se deja constancia que el Dr. Sergio G. Fernández no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. — Jorge Esteban Argente. — Carlos Manuel Grecco.

DIVORCIO

Injurias graves — Concepto — Artículo 202, inciso 4, del Código Civil — Cónyuge que se muestra en lugares públicos con una persona de otro sexo en actitudes que revelan intimitad o exceso de confianza — Abandono voluntario y malicioso

1. — Corresponde disponer el divorcio vincular por culpa de ambos cónyuges por la causal de injurias graves, ya que de la prueba testimonial rendida surge la generación de un clima violento y la falta de respeto fuera del hogar conyugal por parte del esposo, y la relación sentimental que la actora mantenía con un tercero tiempo antes de retirarse del hogar. [1]
2. — Constituyen injurias graves en los términos del artículo 202, inciso 4, del Código Civil los insultos profereos por uno de los cónyuges hacia el otro en condiciones en que puedan ser oídos por terceros, al igual que el trato desconsiderado, despectivo o agresivo. [2]
3. — Si bien mostrarse en lugares públicos con una persona de otro sexo en actitudes que revelan intimitad o exceso de confianza no configura la causal de adulterio, dicho proceder evidencia un desprecio a la lealtad matrimonial encuadrable en la causal de injurias graves. [3]
4. — Para que el abandono del hogar conyugal sea reputado como voluntario y malicioso debe tratarse de un alejamiento que se opera por la decisión privada y arbitraria de uno de los esposos y que conlleva la idea o el propósito de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones que el vínculo matrimonial impone. [4]
5. — Resulta improcedente decretar el divorcio de los cónyuges por la causal de abandono voluntario y malicioso atribuido a la esposa, si se encuentra acreditado el estado de conflicto por el que transitaba el matrimonio en el período previo al retiro definitivo del hogar conyugal. [5]

Jurisprudencia Vinculada

[1-5] Ver también, Entre otros: CN Civ, sala M, "G. C. M. c. F., M. G.", 26/09/2007, LA LEY, 05/11/2007, 11; sala F, "B. G. c. B. A. R.", 26/12/2006, D

nia en el período previo al retiro definitivo del hogar conyugal. [5]

112.195 — CN Civ, sala G, 2007/11/27 (*). - Azrak, Lila Claudia c. Enser, Luis Alberto.

2ª Instancia. — Buenos Aires, noviembre 27 de 2007.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada la doctora Azrak dijo:

I. La sentencia de fs. 303/310 hizo lugar a la demanda y reconvencción, declarando el divorcio vincular de L. C. A. y L. A. R., por culpa imputable a ambos cónyuges, fundada en la causal de injurias graves prevista por el art. 202, inc. 4º del Código Civil, por remisión del art. 214, inc. 1º del mismo cuerpo legal. Asimismo, declaró disuelta la sociedad conyugal e impuso las costas en el orden causado.

Contra dicho pronunciamiento se alzó el demandado-reconveniente a fs. 311, siendo concedido el recurso a fs. 325.

Expresó agravios a fs. 347/353, los que fueron contestados a fs. 357/360. Se queja porque la juez de grado no tuvo en consideración la prueba producida, por la valoración equívoca que ha hecho de la testimonial, no tuvo por acreditado el adulterio invocad ni por configurado el abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, ha malinterpretado las constancias que surgen de la causa sobre violencia familiar, ha ignorado otras graves injurias cometidas por la actora y ha admitido la demanda, a pesar de existir, a su juicio, una gran orfandad probatoria.

A fs. 364/365 obra el dictamen del Fiscal de Cámara.

El L. C. A. y L. A. F. contrajeron matrimonio el 18 de marzo de 1981, habiendo nacido de esa unión tres hijos.

Con el transcurso de los años la relación fue deteriorándose, hasta culminar en las graves imputaciones recíprocas que ya se exteriorizaron documentalmente en las actuaciones sobre violencia familiar promovidas por la esposa el 1º de setiembre de 2003, que tengo a la vista.

Tal como lo expresara la Defensora Pública de Menores de la instancia de grado a fs. 58 de esa causa, las presentaciones efectuadas por las partes hasta el momento de emitir su dictamen - 6 de octubre de 2003 -, así como la audiencia de fs. 43, evidenciaban una conflictiva familiar que debía ser evaluada en forma urgente.

Surge del acta labrada a fs. 67/68 con motivo de la audiencia convocada por el juzgado, que la aquí actora se comprometió a retirarse del domicilio conyugal el 10 de octubre de ese año, a las 8 horas, fecha y horario en la que debía producirse el correlativo ingreso de E. y los dos hijos varones. Acordaron también, entre otros ítem, no continuar realizando la mediación terapéutica que se había ordenado, así como someterse a sendos tratamientos terapéuticos individuales, al igual que los hijos.

En el Informe de fs. 146 la Dra. Zanuso, psicóloga, hizo saber a la juez de grado, en mayo de 2004 y transcurridos unos siete meses desde el inicio de la psicoterapia, que los esposos "estaban estancados en una pelea sin fin, dadas las heridas narcisistas, deudas emocionales pendientes y una incapacidad absoluta en aceptar una mínima autorreflexión", por lo que el trabajo terapéutico se tornaba sumamente difícil.

Agrega que la pelea entre los adultos es de alto nivel conflictivo con mucha violencia, en la que los hijos están totalmente involucrados con los consiguientes riesgos que ello acarrea.

Aquella profesional y cuatro psicólogas del Centro Larrea, finalmente, aconsejaron en la audiencia del 28 de mayo de 2004 la conveniencia de suspender temporalmente las terapias, dejándolas libradas a la iniciativa individual y sugirieron lograr la disolución del vínculo matrimonial, pues ello ayudaría a resolver el conflicto familiar.

De inmediato la juez ordenó el archivo de las actuaciones sobre violencia familiar.

III. Promovida las presentes por iniciativa de la Sra. A., invocando la causal de injurias graves, no sólo merecieron el pedido de rechazo de la demanda por parte de E., sino que también éste optó por contraatacar por vía reconvencción, agregando a esa causal igualmente atribuida a la esposa, las de adulterio y abandono voluntario y malicioso del hogar.

13/05/2007, 494 - DJ, 10/10/2007, 388, con nota de Néstor E. Solari.

(*) Citas legales del fallo núm. 112.195: ley nacional 24.453 (Adla, LV-B, 1532).

La sentencia hizo lugar a ambas pretensiones cruzadas por haber hallado acreditadas las injurias recíprocas.

Mientras que la cónyuge ha consentido, el pronunciamiento por haber resultado acmé con la medida de la acción ejercida por ella, el esposo en cambio se alza, procurando que la reconvencción sea admitida también por las otras dos causales e, inclusive, con ampliación de los hechos determinantes de las injurias reconocidos por la sentenciante de la anterior instancia.

IV. El valor relevante que en juicios de esta naturaleza asume la prueba de testigos, sobre todo cuando se trata de acreditar sucesos ocurridos en la intimidad del hogar, ha sido correctamente expuesto por la juez de grado.

A la misma conclusión cabe arribar en cuanto a la admisibilidad, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de procesos, de los testimonios de personas allegadas a las partes - parientes, amigos, aun íntimos, personal doméstico, dependientes en general - así como la necesidad de apreciar esta prueba en su conjunto, con el fin de lograr una aproximación respecto del clima en que se desenvolvieron las relaciones conyugales, que permita establecer la autoría o la coautoría del desequilibrio que ha llevado a la ruptura.

Bien se ha dicho que: "En los juicios de divorcio no es posible conocer con precisión las circunstancias que dieron origen a las desavenencias que, en el curso de los años, fueron creando obstáculos de gravedad creciente a la armónica convivencia entre los esposos, pues esas circunstancias, que raramente son atribuibles a uno sólo de los cónyuges, se pierden en los ámbitos de la intimidad, y de ello, por cierto, no quedan pruebas para traer al expediente; los actos de los esposos que derivan en su distanciamiento, suelen componer un entretreído donde las causas iniciales se confunden. En la indagación de culpas que las partes pretenden a través de un juicio de divorcio, el juez no puede penetrar en la verdad más allá de lo que surge de los hechos exteriorizados ante terceros o registrados de otro modo a través de medios probatorios, pero que, en esencia, pueden no demostrar cabal y plenamente la realidad de los sucesos, que en sus aspectos de mayor trascendencia suelen acaecer en la intimidad de la pareja" (Conf. voto del Dr. Bossert, CN Civ, Sala V, 21/11/91, LA LEY, 1992-D, 306).

V. Sentado ello, entrando ya al examen de los agravios vertidos por el demandado reconveniente, como ya dije, cuestiona que la juez a quo haya admitido la demanda, por cuanto considera que la actora no ha probado los hechos invocados en su escrito inaugural.

Anticipo que, a mi entender, no lo asiste razón.

En un antiguo fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital, el Dr. Barraquero, formuló una definición de injurias graves que se incorporó definitivamente al lenguaje judicial, ya que se repite permanentemente en las sentencias, a la que no resultará ajena la presente. Dijo por entonces el ilustre integrante de ese tribunal, que se configuran por "toda especie de actos, intencionales o no, ejecutados de palabra, por escrito o por hechos, que constituyen una ofensa para el esposo, aunque su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades" (Conf. CCivil 1ª de la Capital Federal, 5/8/45, LA LEY, 39-748).

La amplitud que encierra ese concepto ha conducido a sostener que se está en presencia de una suerte de causal residual, por cuanto todas las causales de divorcio podrían encuadrarse en la genérica calificación de injurias. Así, no se puede dudar que el adulterio de uno de los cónyuges infiere una gravísima ofensa o menoscabo al otro, lo mismo que los malos tratamientos, el abandono, la tentativa conyugal de la vida o la instigación a la comisión de delitos (Conf. Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil - Derecho de Familia", t. II, p. 84, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993).

Comprende entonces a todo acto ejecutado en forma verbal, por escrito o materialmente que constituya una ofensa para el otro cónyuge, atacando su honor, reputación o dignidad o hiriendo sus justas susceptibilidades, sin que se requiera la reiteración de tales episodios, ya que uno solo bastaría para decretar el divorcio, si reviste la necesaria gravedad (Conf. Borda, Guillermo, "Familia", t. I, p. 428).

Es imposible hacer una enumeración completa de los hechos que configuran las injurias graves, pues la variedad de circunstancias que ofrece la vida real es tan grande que siempre pueden presentarse situaciones nuevas (Conf. Belluscio, Augusto, "Derecho de familia", t. I, pág. 378).

(*) Citas legales del fallo núm. 112.194: leyes nacionales 24.522 (Adla, LV-D, 4381), 26.086 (Adla, LXV-B, 1360); Reglamento para la Justicia Nacional (Adla, XIII-A, 931).

DI VIENE DE LA PÁGINA 5

La *ficción* "es la *re certá*", mientras que la *presunción* — que en rigor no es prueba, sino regla del procedimiento que incide en la prueba — la realidad jurídica se construye tratando de reconstruir lo más exactamente posible la realidad natural. Por ello, contra las ficciones no se puede probar en contrario (al igual que en las presunciones "juris et de jure"). En tal virtud, "... en la presunción la suposición es la de un hecho muy probablemente verdadero, y en la ficción es la de un hecho ciertamente falso". (71)

Ello se infiere incluso hasta de un análisis semántico, habida cuenta de que la palabra "presunción" está tomada del latín "presumpitio", derivada de "presumere", que implica "tomar por anticipado", lo cual sugiere su esencia de conjetura, de probabilidad, de mera verosimilitud.

Refiere también Mari (72) a la tesis doctoral de Philippe Woodland (73), quien refuerza la distinción entre las presunciones "absolutas" (para el verdadero ficciones, evidenciadas de los procedimientos que abren el camino para observar "los mitos de la ciencia del derecho, su protagonismo directo y los artificios de la ciencia jurídica", o lo que es lo mismo los enlaces entre el derecho, su desarrollo y la ideología) y las presunciones "simples", pertenecientes a la teoría de la prueba.

Atilio Alerini (74) distingue las presunciones "propias" de las "impropias", siendo las primeras las inferencias que se extraen de indicios

conforme a experiencia vital, científica o técnica y sobre la base de probabilidades, y las segundas "las que se independizan de las reglas de experiencia". De algún modo, quizás, estas últimas están más estrechas a las ficciones.

De Lorenzo, por su parte, partiendo de la admitida distinción entre presunciones legales y "bonitas" o jurisprudenciales, entiende que las legales que no admiten prueba en contra (las denominadas "juris et de jure"), a diferencia de las que sí lo hacen, denominadas "juris tantum" (75) son lisa y llanamente "ficciones del ordenamiento", y hay ciertamente una tendencia a acotar su operatividad (una prueba de ello es el texto conferido al artículo 77 del Código Civil por la ley 23.264 que, al regular el modo de encajar la concepción de las personas humanas y fijarla en el lapso que media entre los trescientos y los ciento ochenta días previos al del parto, mantiene dicha premisa del Codificador, pero expresamente suprime la prohibición de probar en contra que la norma primigenia establecía).

Las presunciones legales que, en la terminología de Alerini son "propias" y que no implican ficciones porque admiten contraprueba, llevan en sí aquella esencia de estimar como cierto lo que es meramente probable (76) con base en indicios consistentes en hechos reales, como acontece con la presunción de perdón que conlleva la disposición testamentaria posterior al hecho que causa la indignidad (art. 3297, Cód. Civil), o la de la remisión del derecho real de prenda que se infiere de la devolución voluntaria que hiciera el acreedor al deudor del bien objeto de la garantía prendaria (art. 886), o la

de la remisión a la acción penal que se infiere de la renuncia previa por la víctima a la acción civil o a la celebración de convenios de pago (art. 1097), o la de exclusión de la remisión de deudas hechas por el testador con relación a aquellas contraídas después de la fecha de redacción del testamento (art. 8783), o la de propiedad que se establece a favor del poseedor de buena fe de cosas muebles que no fueran robadas o perdidas (art. 2412), o la de gratuidad del contrato de mutuo cuando no se pactaren cláusulas sobre intereses (art. 2248), etc.

En definitiva, los encuentros y desencuentros conceptuales entre las ficciones y las presunciones son, sin dudas, los que mayores debates han generado en la dogmática jurídica.

Y, deliberadamente, nos hemos abstenido de adentrarnos en las mayores profundidades que el análisis propio de las presunciones amerita — lo cual excedería en mucho el propósito de estas reflexiones —, tratando sólo de hacer un nuevo bosquejo de aquellos cruces y paralelismos conceptuales, y asumiendo que si intentar pasar revista a los supuestos concretos donde se corporizan ficciones es tarea casi utópica, pretender hacerlo en relación con las presunciones es imposible.

Las hay en todas las ramas del derecho, y de toda índole. (77) Pero uso será tema de otra labor.

VII. Conclusiones

1) La existencia de ficciones en el Derecho es innegable y casi hasta inevitable.

2) Su origen histórico se relaciona con el sistema romanista de rango pretoriano y formal.

3) Su justificación no aparece sólo asentada en la conservación de estructuras clásicas o tradicionales de política burguesa, sino más bien en razones de resguardo del valor *segurifiducia* jurídica, y a veces de la equidad.

4) Es relevante intentar diferenciar conceptualmente a las ficciones de otros supuestos en los cuales la ley o el dogma interpretan la realidad, con similitudes variadas, que van desde el mantenimiento operativo de estructuras jurídicas ancestrales (mitos), al de mecanismos de técnica jurídica (metaforas), a la teoría de la hermenéutica (analogía), al resguardo de la buena fe subjetiva (parequicia) o la asignación de cargas probatorias (presunciones).

5) Más allá de todo ello, el Derecho moderno tiende a acotar su campo operativo, cuestionar sus dogmas, priorizar basamentos normativos principialistas que relativizan su funcionalidad, aplicarles el control de convencionalidad y permitir la contraprueba. ■

Cita on line: AR/DIC/3831/2013

MÁS INFORMACIÓN

De Lorenzo, Miguel Federico, "Sobre ficciones y mitos en el derecho privado", LA-LEY, 2007-A, 654.

NOTAS

(71) *Ibidem*, p. 265, con cita de las opiniones coincidentes de Lecroy Poulliat-Duparc.
(72) *Op. cit.*, p. 368 y ss.
(73) "Le procédé de la fiction dans la pensée juridique", presentada en el año 1984 en la Facultad de Derecho, Roma y Ciencias Sociales de la Universidad Paris II.

(74) "La presunción legal de culpa como regla del factor victimae", en obra homenaje al Profesor Jorge Bustamante Albino, Buenos Aires, 1990, p. 202 y ss.
(75) Tal distinción, señala MARI ("La teoría...", *op. cit.*, p. 364) ha sugerida primitivamente por Baldo y adoptada luego por Biondetti, dentro de la escuela de los glossadores.
(76) DR LORENZO, "Sobre ficciones y mitos...", *op. cit.*, p. 654.
(77) Hay presunciones de inocencia, de buena fe, de

presencia, de culpa, de responsabilidad, de dolo, de inocencia, de gratuidad, de ganancia, de explotación, de vulnerabilidad, de consentimiento, de mala fe, de salud mental, de donación, de filiación, de manifestación de voluntad, de intención de defraudar, de riesgo, etc.

BIBLIOGRAFÍA

Título: *Criminología I*
Autor: Vincenzo Maria Mastroradi
Editorial: University Edition, Roma.
Año: 2013

El Profesor Vincenzo Mastroradi es psiquiatra, psicoterapeuta, criminólogo clínico, titular de la *Cátedra de Psicopatología Forense, Director del Observatorio de Comportamientos y Desviaciones y del Master en Ciencias de la Criminología Forense del Departamento de Neurología y Psiquiatría de la Facultad de Medicina y Odontología de la Universidad de Roma, La Sapienza, Italia*. Es director de la revista *Ateneo de Psicopatología, Hipnosis, Medicina Psicoanalítica y Psicopatología Forense* de la mencionada Universidad de Roma. Autor de 26 libros de la mano de importantes editoriales internacionales científicas y alrededor de 260 artículos en distintos libros y revistas.

"Criminología I", de Mastroradi, es un texto muy cuidado y especializado, fruto de una honda investigación que cubre una amplia temática respecto de algunos comportamientos marginales humanos, sus raíces y motivaciones.

En forma esquemática brindaré al lector una síntesis de su contenido. La obra cuenta con una *Introducción* con notas históricas, rasgos y modelos de personalidad más frecuentes; trastornos de personalidad y mentales. El *background* en la actividad de construcción de los perfiles criminales. Luego, el *profiling* y los seis interrogantes anglosajones de la criminalidad dinámica. Continúa con "El narcisismo benigno, patológico y maligno". Luego *ingresa* en: "Carácter y tipología criminal. Las 9 categorías de temperamento". Más adelante, y con base en el código Penal Italiano, realiza los primeros intentos de calificación de una tipología criminal; la imputabilidad y la culpa de *trueliva*. Continúa con el estudio de la personalidad psicopática; después, cómo juegan en ella la soledad y compulsión. Luego brinda ejemplos de perfiles

riesgo p. 91. Trata el tema de los "asesinos seriales" (*serial-killers*), definición y clasificación; las diferencias entre el agresor organizado y el desorganizado. Los límites de la imputabilidad de los *serial-killers*. Con base en investigaciones del FBI e Italia, trata la metodología homicida y motivaciones, los *spre-killers* — asesinos relámpago —; los violadores, sus perfiles y estadísticos. Perfil del asesino de masas; perfiles y clasificación de delincuentes. Asesinos seriales, *spre killers*, violadores y asesinos en masa.

El libro forma parte de la *Colección de Criminología Psicopatología Forense y Psicología de la Investigación del Instituto Internazionale di Scienze Criminologiche e Psicopatologica-Forensi IISCoP* (Italia, USA), Roma, University Edition (Se puede adquirir por medio de Amazon a otra empresa que lo publique en la red).

En tiempos de importantes avances de las neurociencias y de la genética, la voz de este experimentado y reconocido experto aparece como fundamental para el estudio, compren-

sión e interpretación de estos procederes, brindando puntos doctrinarios sustanciales para el estudio de la imputabilidad penal.

El Prof. Mastroradi es un hombre con profundos conocimientos y experiencia; es un referente de consulta internacional en toda Europa y Estados Unidos que ha intervenido como experto en numerosos casos trascendentes. Conoce e investiga desde hace muchos años los claroscuros y el recorrido de los pasillos de la mente humana. Por otra parte, y más allá de tratarse de un trabajo técnico y especializado, su pluma es amable y puntual, buerfana de todo loato o cientificismo cosmético. Todo esto convierte a su obra en imprescindible para el estudio de hechos en los que el derecho reclama el auxilio de la psiquiatría forense para fijar los límites de la aplicación de cada norma en casos puntuales, de un lado y de otro, para la comprensión y encuadre de ciertas conductas humanas.

José Luis Puricelli

JURISPRUDENCIA

Expropiación inversa

Véase en página 7, Nota a Fallo

Inmueble declarado como monumento histórico-artístico nacional. Ausencia de calificación de utilidad pública. Efectos. Disidencia.

Hechos: La Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, admitió la de-

munda de expropiación irregular promovida por los actores, con relación a un inmueble declarado como monumento histórico-artístico nacional. Tanto la actora como el Estado Nacional dedujeron recursos ordinarios de apelación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada por mayoría.

1.- Si bien del esquema contemplado por la ley 12.665 y su decreto reglamentario no se sigue que la declaración de "monumento histórico-artístico" traiga aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar, en el caso esa declaración respecto de un bien de alta importancia histórica para la Nación — ley 25.317 — no implicó una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento, pues operó como un evidente obstáculo para que pudie-

ran disponer libremente del inmueble; por lo tanto procede la acción de expropiación inversa.

2.- La sola declaración por ley de "monumento histórico-artístico" no implica una limitación al dominio que justifique la expropiación, por lo cual no incide en la fecha a partir de la cual se computan los intereses de la indemnización.

como supuestos paradigmáticos quizás cuantitativamente más frecuentes, las presunciones.

Hemos dicho *supra* que a veces las fronteras entre ambos conceptos son tan difusas y móviles como las de muchos países de la Europa del este en la última centuria.

De hecho, más allá de las distinciones que intentaremos marcar entre unas y otras, como señala Wilhelm Heidemann en una sedera obra dedicada a las presunciones (61), cuando se habla de ellas, se las identifica fundamentalmente "como elemento característico de la ficción". De alguna manera coincide también en ello Julien Bonnacase (62), al consignar que "a veces las ficciones y las presunciones tienden a confundirse". (63)

Por caso, hay coincidencias por ejemplo en interpretar que instituciones tales como el domicilio legal de las personas (art. 90, Cód. Civil), que da por cierta la presencia de ellas en el lugar donde la ley lo predetermina "aunque de hecho no estén allí presentes"; o los efectos de absolución de posiciones que opera en la confesión (hecho en todos los sistemas procesales, los que lucen como supuestos aparentemente notorios de ficciones, que son en puridad presunciones. (64)

Y hay otros - como por ejemplo la regla según la cual el Derecho se presume conocido por todos, que consagra el artículo 20 del Código Civil - que "se encuentran en el límite entre la presunción y la ficción". (65)

Ahora bien, más allá de estas semejanzas, hay entre ellas singulares diferencias.

Así se ha señalado que la ficción no anida prioritariamente en la normativa, sino que es obra de la doctrina y del discurso jurídico, siendo un recurso del científico o del doctrinario que, por carecer de herramientas epistémicas adecuadas, carabula de una manera particular y arbitraria al supuesto bajo análisis, en tanto que la presunción es "una hipótesis de trabajo principalmente de nivel legal" que "señala un camino entre varios, pero un camino "que se torna imprescindible fijar en un determinado sentido", ya que de lo contrario todo el sistema se desmorona. (66) En tal discurso, la ficción es disvaliosa y la presunción útil.

En una mirada más o menos similar, Bonnacase (67) expresa que "la ficción es un parásito para el método científico del Derecho", en tanto que la presunción resulta plausible, ya que aun con carácter artificial, existe para que el legislador o el juez recurran a ella basados en la verosimilitud de una situación jurídica, y en ausencia de

la posibilidad de una comprobación directa de sus elementos constitutivos.

En su obra ya mencionada sobre las presunciones jurídicas (68), Heidemann puntualiza que la principal diferencia conceptual entre ficciones y presunciones es que las primeras juegan dentro del ámbito del derecho material; y las segundas lo hacen en el del derecho procesal (aserto que, personalmente, no compartimos, al menos como formulación absoluta, más allá de otras calificadas voces que proclaman algo similar, como la de Foriers (69), quien postula que "las presunciones se vinculan a la teoría de la prueba, y las ficciones a la teoría de la extensión de la norma"). Y no coincidimos por cuanto - en nuestro modesto entender - si bien puede ser aceptable sostener que las ficciones operan prioritariamente en el derecho sustantivo y las presunciones lo hacen en el procesal o instrumental (como método de razonamiento judicial para la valoración de la prueba indiciaria), ambas pueden tener origen tanto en uno como en otro ordenamiento, y es incontrovertible que hay ficciones y presunciones en la ley y en la doctrina y en las leyes sustantivas y en las adjetivas. En otras palabras: no difieren en su cuna, sino en su ámbito de actuación.

Mari (70) señala que la distinción conceptual entre ficciones y presunciones "es un punto

siempre presente en el círculo de los miembros de la filosofía y la teoría jurídica", y asigna todo un capítulo de su obra (el XV) al debatido tema. Recuerda por caso las opiniones al respecto de Alf Ross (para quien, de alguna manera, en ambas hay "una extensión de la regla", dicha extensión es menor en las presunciones - por una probabilidad estadística de certeza que dimana de los indicios que la generan - y mayor en las ficciones); y de Hans Kelsen, quien, coincidiendo en parte con postulados de Vallingier, sostiene que en la "ficción" - que quizás equipara a las presunciones "juris et de jure", siempre de rango legal - se acepta un enunciado o un hecho a pesar "de que su contrario sea seguro", mientras que en la "presunción" - las "juris tantum", legales o jurisprudenciales - "se sostiene una hipótesis hasta que se demuestre lo contrario".

En su apreciación, las ficciones introducen "jurídicamente lo falso, que permanece operante", y las presunciones "juris et de jure" se aproximan en su esencia a ellas, toda vez que resuelven el caso en una "extensión generalizada, con fuerza de ley, de una hipótesis probable, que en la mayor parte de los casos puede coincidir con la verdad, aunque en los casos marginales puede no hacerlo".

CONTIÚA EN LA PÁGINA 6

{ NOTAS }

(61) HEIDEMANN, Justus Wilhelm, "Las presunciones en el Derecho", Traducción de Luis Sancho Seral, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p. 247.

(62) "Elementos de Derecho Civil", op. cit., p. 43.
(63) Cita en ello la opinión coincidente de DE FE, en su obra "Tratado de Interpretación de la Ley", 1925, t. II, p. 62.

(64) SANZ, "Presunciones, ficciones y mitos en el Derecho", op. cit., p. 408; DE LORENZO, "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 666.

(65) DE LORENZO, "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 666. El mencionado autor recuerda la propuesta de los Dres. Adolfo Albaril y Horacio Rolón en los trabajos preparatorios de elaboración del Proyecto de Código Civil y Comercial (edición del año 1908, en el ser-

vido de permitir la prueba en contra de tal prohibición en el caso de personas de singular vulnerabilidad socio-económica o cultural), lo cual transformaría la ficción legal actual en una presunción que admitiría contrapueba (de que el hecho aplicable al caso, determinando del error, no se corrección).

(66) SANZ, "Presunciones, ficciones y mitos", op. cit., p. 417.

(67) "Elementos de Derecho Civil", op. cit., p. 43.

(68) HEIDEMANN, Justus Wilhelm, "Las presunciones en el Derecho", op. cit., p. 245 y ss.

(69) FORIERS, P. y FISRELMAN, Ch., "Estudios jurídicos", Bruselas, Ed. Emile Bruylant, 1974, obra citada por MARI, Fouquier en "Los usos de los derechos", op. cit., p. 384.

(70) "La teoría...", op. cit., p. 388 y ss.

LA LEY

LANZAMIENTO
**COLECCION MAXIMOS PRECEDENTES
DERECHO PENAL**

MAURO DIVITO • SANTIAGO VISMARA (DIRECTORES)

LA ÚNICA OBRA DE LEADING CASES COMENTADOS PARA INTERPRETAR LA ÚLTIMA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- Introducción
- Principio de Legalidad
- Principio de Proporcionalidad
- Principio de Finalidad
- Derecho Penal Juvenil
- Aplicación de la ley penal en tiempo
- Autoría y participación criminal

- Responsabilidad penal de la Persona
- Tentativa
- Exceso en la causa de justificación
- Imputabilidad
- Suspensión del juicio a prueba
- Prescripción de la acción penal

- Unificación de penas y condenas
- Condición de efectiva condenación
- Residencia y extrajurisdicción
- Pena de restitución
- Ruptura de la cadena de custodia

CONSULTE BENEFICIOS VIGENTES

LA INFORMACIÓN IMPRESCINDIBLE PARA PLANIFICAR UNA JUGADA ESTRATÉGICA

Adquiera la obra llamando al 0810-222-5253, en su sucursal más cercana o ingresando en www.laley.com.ar

Síguenos en:
f ThomsonReutersLaLey
@TRLaley
ThomsonReutersLaLey
ThomsonReutersLaLey

THOMSON REUTERS

VIENE DE LA PÁGINA 3

o menos atendibles según los tiempos y las circunstancias.

Pero es un dato de la realidad (aunque parezca contradictorio) que el Derecho es una de ficciones (68), y que, aun en la modestia de este sucinto análisis, intentar perfilarlas requiere cierto laboreo de contraste con manifestaciones diversas que integran este vasto campo de la "mitología jurídica". Y así como en la mitología clásica había categorías y espacios (microrrinos, tritones, náyades, sirenas, cíclopes, semidioses, minotauros), es quizás audaz pero útil contrastar las zonas fluyentes de nuestro tomo: los mitos, las metáforas, la analogía, la apariencia y las presunciones.

II. Ficciones y mitos

Obviamente, calificar a los "mitos" dentro de este panorama un tanto original que hemos dado en llamar genéricamente "mitología jurídica" no es otra cosa que postular (o, eventualmente, adheirir) a referencias de otros, y sin rigor científico alguno que lo sustente.

Así, De Lorenzo postula que cuando la doctrina conserva durante un tiempo la existencia de una ficción como explicación lógica renunciando a todo proceso crítico sobre su valor científico, "... ésta termina... por transformarse en un mito jurídico, que "... es el punto en el cual las nociones y principios relativos y discutibles se vuelven absolutos". (49)

En tal mirada de las cosas, la justificación excluyente de los mitos — como ficciones consolidadas — radica en el peso de su propia tradición y circula como modelo a través de generaciones sin que se revise, más allá de su valor histórico, su veracidad o al menos su alcance científico (50), lo cual los vincula, en el fondo, con sustratos político-filosóficos del sistema y con "estrategias de legitimación" del discurso normativamente tradicionalista (tal como, en su tiempo, Bentham se lo imputara a Blackstone).

Para Carlos Raúl Sanz (51) los mitos tienen su símbolo propio en el nivel filosófico (y en el Derecho sucede algo similar), y "... no hay mito que no apunte a dar un soporte aparente a una estructura de tipo espasmativo-práctico...", desde "La República" de Platón o la noción de "voluntad general" y sus formas de expresión. Son — para él — "... hechos indeterminables por la historia", aun cuando reconozca que en la antigüedad fueron los soportes poéticos que suplieron la imposibilidad de la comprobación científica de un dato o aserto (menciona las teogonías homéricas para la representación de las nociones de la justicia y de la iniquidad), pero postulando que, dentro de un grado más o menos razonable de cientificidad, son insostenibles. (52)

Señala De Lorenzo, por su parte, que los mitos jurídicos "conservan su barrica orgi-

nal en la forma de adagios o proverbios..." (53), tales como "quod nullum est nullum producit effectum" (lo que es nulo no produce ningún efecto); o "in claris non fit interpretatio" (lo que es claro no requiere interpretación); o "volenti non fit injuria" (lo querido no causa perjuicio).

De alguna manera, entonces, si la justificación científica de las ficciones resulta opinable, mucho más adversa es la mirada de la dogmática contemporánea con relación a los mitos, que son esa suerte de "retactación" dogmática (y no legal) petrificada y supuestamente tenida como verdad revelada sólo por su reiteración a lo largo del tiempo.

Como expresara Antonio Gambado (54), la ficción produce "una asimetría cognoscitiva entre profesional y profano" y aleja la comprensión del Derecho, y es además estrategia de legitimación del tradicionalismo.

III. Ficciones y metáforas

Aun cuando en una concepción muy general — y no siempre estrictamente jurídica — podría integrarse a las metáforas dentro del elenco de supuestos a los que asignamos el rango de integradores del concepto global de "mitología jurídica", hay en ellas una divergencia conceptual con las ficciones que las hace claramente diferenciables.

Como lo apunta De Lorenzo (55), trayendo oportunamente a cita referencias de Roger Huin (56), la ficción justifica la aceptación consistente de la afirmación de una falsedad (con sentido o proyección lécnica o utilitaria, no como una pura falacia éticamente reprochable), mientras que la metáfora cumple un rol puro y excluyentemente descriptivo.

Los Evangelios son quizás ejemplo claro de la abundancia de parábolas (que son una forma de metáforas), y éstas no asumen otra finalidad que la de transmitir a un pueblo por entonces mayoritariamente rústico e iletrado el sentido de enseñanzas éticas o teológicas que nada tenían de ficticias.

En tal comprensión las metáforas, aun con apariencia de ficciones, cumplen propiamente un rol hasta si se quiere docente, que es del todo ajeno a la irrealdad o oposición de la verdad.

IV. Ficciones y analogía

Podría ciertamente pensarse que lo nómima de supuestos — a nivel comparativo o de contraste — en los cuales las estructuras lógicas jurídicas se apartan de la realidad son untables, en la medida en que cuanto más avanza el grado de abstracción en la construcción de ellas, más distancia hay entre la norma o el concepto y los hechos. (57)

En tal sentido, y como lo veremos *infra*, hay quienes admiten medir dentro del vasto campo de las ficciones por ejemplo a las presunciones (singularmente, a aquellas de ori-

gen legal y en particular a las que no admiten contrapueba, o "juris et de jure"), señalando que si la presunción reposa sobre la noción de generalización de ciertos hechos reales (indicios), permitiendo inferir de ellos como cierto algo que en puridad de lógica y fenomenología es sólo probable, cuando más se generalice la presunción más se aparta de la realidad y, por ende, ingresa al ámbito de la ficción.

En la analogía hay también un grado de irrealdad, en tanto, ante la ausencia de normas regulatoria de un evento fáctico determinado, se recurre (dentro de la teoría de la hermenéutica y como uno de los mecanismos legalmente admitidos en el proceso de la decisión judicial) a la que se aplica a otro similar (si la analogía es "a pari"), o a otro más abarcativo o de mayor rango (si es "a fortiori").

Abora bien, aun cuando en la analogía no hay normativamente una ficción sino un trasvasamiento regulatorio de un supuesto fáctico a otro, cuanto más artificial resulta la conexión lógica entre los dos supuestos, más cerca se estará de aquella, a punto tal de que hay quienes sostienen que frecuentemente las ficciones consisten en una analogía "global y arbitraria". (58)

V. Ficciones y apariencia

Otro de los conceptos jurídicos — que en realidad tienen su raíz fenomenológica pero que se juridizan en su aplicación en el Derecho — en los cuales hay una pauta conceptual de irrealdad es en la *aparientia*, lo que hace que resulte útil demarcar conceptualmente sus diferencias con las ficciones.

En un interesante aporte sobre la cuestión, el distinguido jurista platense Rubén Compagnucci de Caso (59) señala que de las dos acepciones que del concepto de "aparientia" propone el Diccionario de la Real Academia Española se derivan sus dos vertientes, ambas operativas dentro del ámbito de la ciencia jurídica.

Así, por una parte, hay *aparientia* "en lo que tiene el aspecto o parecer exterior de una persona" (en lo que Compagnucci denomina "aparientia real", vale decir, cuando lo que se aprecia coincide con lo que se es); pero también la hay en "lo que asemeja ser y no lo es" ("aparientia irreal", en la cual los hechos engañan sobre las verdaderas esencias subyacentes). Es aquí donde hay parentesco con la ficción.

En el Derecho — señala el citado autor — existen ambas.

Hay casos de "aparientia real" en las servidumbres aparentes (art. 2976 del Código Civil, que según el texto normativo son "las que se anuncian por signos exteriores, como una puerta, o una ventana" según sean servidumbres de paso o de vista); o en los vicios o defectos aparentes (arts. 2164 y 2173, *ibidem*), según los cuales no habiendo entre comprador y vendedor de la cosa estipulación sobre

vicios realísimos, el vendedor queda obligado a responder por los vicios ocultos, pero no por los aparentes).

No hay allí elemento irreal alguno.

Pero si lo hay en los casos de "aparientia irreal" — que son, quizás, los que han dado soporte a la doctrina de la *aparientia* que cuenta con relevante sustento dogmático y que resulta un caso típico de operatividad del principio general de la buena fe subjetiva —, como sucede con el acreedor aparente (art. 732, que legitima el pago hecho de buena fe a quien está en posesión del crédito, aunque éste sea luego vencido en juicio ulterior sobre la propiedad de la deuda); o con el matrimonio putativo (art. 222, que mantiene efectos propios del matrimonio subsistente a favor del cónyuge de buena fe, pese a la anulación del acto matrimonial por un vicio apuntado por el otro cónyuge); o con el heredero aparente (art. 8430, *ibidem*, que legitima los actos de disposición a título oneroso hecho a terceros adquirentes de buena fe por parte del heredero que obtiene a su favor declaratoria o aprobación testamentaria, aunque luego sea preterido por otro); o con el mandatario aparente (arts. 1931 y 1938, que obliga al mandante por lo convenido en exceso de facultades por su mandatario si el contratante no pudo de buena fe conocer la extralimitación).

En estos supuestos de *aparientia* "irreal", y ampliando los criterios propuestos en doctrina española por Bustos Uchego, (60) Compagnucci postula que los elementos integrativos del instituto son al menos tres: a) Una situación irreal, y que no se ajusta a las reglas, la cual si bien no conlleva un estado de ilicitud, sí requiere notoriedad y persistencia junto con ausencia de contradicción (como en la posesión adquisitiva), estando sustentada en un fundamento claramente fáctico y siendo imprescindible, para proyectar sus efectos, que se asiente en la buena fe tanto del ocupante de la situación aparente como de quienes deriven derechos de ella; b) un estado de engaño o falsedad, una "mise en scène" que no implica actitud dolosa en la inteligencia de este concepto propio de los vicios de los actos voluntarios (art. 931, Cód. Civil); y c) la proyección legal que de efectos que el Derecho, en resguardo de la buena fe, hace a partir de estos estados ciertamente ficticios, "al considerar lo inerte como cierto", y reconocer consecuencias "normales" a estados que no pueden normalmente prohibirse.

En conclusión: en la *aparientia* — irreal — hay un grado de ficción, pero conceptualmente son diferenciables. La justificación etiológica de las ficciones quizás se aproxime al resguardo del valor *seguridad jurídica*; la de la *aparientia* claramente anida en la buena fe.

VI. Ficciones y presunciones

Probablemente — lo hemos anticipado — cuando se piensa apriorísticamente en ficciones jurídicas, vienen a la mente,

NOTAS

(60) KUNNEDY, *Danza, espejo de la Teoría Crítica contemporánea*, en su obra "Esquema y Derecho", editada en el año 2010 (Siglo XXI, Buenos Aires), postula que mediante la metodología del "trabaja" (destrucción) debería promoverse la desapegación del discurso jurídico-liberal de conservación de la desigualdad social, "plagada de ficciones".

(49) "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 339.

(50) DE LORENZO trae a cita, entre otras referencias, la palabra de Santi Romano en su trabajo "Mitología jurídica" dentro de la obra "Fragmentos de un diccionario jurídico" (op. cit., p. 225 y ss.).

(51) "Presunciones, ficciones y mitos en el derecho", ED, 141-142.

(52) "... si la inteligencia ha contribuido en el nivel de

la ciencia, el recurso al mito — o su control del uso, la "idea-fuerza" — es una falacia, y por ende despreciable o inadmisible" (Opus mencionado en cita precedente).

(53) Sobre el caso de los adagios como fuente normativa frente al avance constitucional de los principios generales se explica detalladamente el mismo DE LORENZO, Miguel Federico en su trabajo "La interpretación de los términos claros del contrato" ("In claris non fit interpretatio") un principio erudito de utilidad", publicado en la obra colectiva "Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI", editado en homenaje al Profesor Roberto López Cubero, dirigido por César Amest y coordinada por Silvia Trauzl, Aheleto-Parrot, Buenos Aires, 2001, p. 626.

(54) "Costi e benefici delle funzioni giuridiche", en "Le funzioni del diritto", a cura di Francesco Uscasone, Milano, 2002, p. 138 (cita de DE LORENZO en "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 332).

(55) "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 335.

(56) "Le problème des fictions en droit civil", en "Traité de l'Association Henri Capitant", Paris, 1948, p. 245.

(57) DE LORENZO (op. cit., p. 856) ejemplifica al respecto con la noción de "voluntad jurídica", para englobar "la variedad de fenotipos de voluntad con la que se desenvuelve la formación del contrato contemporáneo", y que por razones de política legislativa se trató a ese "consenso normativo" como si fuera un "consenso natural", y se siempre lo es. Algo similar — añaden — ope-

ra para el caso con la caracterización del concepto de acto jurídico, que tanto en el Código vigente, como en los proyectos de reforma y en la unanimidad de la doctrina, incluye la noción de acto humano, voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos, cuando lo físico y real es que los efectos buscados son económicos, afectivos, utilitarios, hasta biológicos; y lo que hay de juridicidad en ellas es la noción, una imprécisa, de tutela jurídica en la licitud de la conducta desplegada.

(58) HOBBI, Roger, "Le problème...", op. cit., p. 244.

(59) "Aparientia jurídica y actos ficticios", La Ley, 2012-1, 970.

(60) "La doctrina de la aparientia", Dykeman, Madrid, 1999, p. 21.

el sentido vobiscogenerismo). Son "luminosas a la funcionalidad" de ese sistema, y forman parte de una "realidad conceptual jurídica" o del sistema de imputación legal (lo ejemplifica con la regla del art. 242 del Código Civil argentino en el texto que le asigna a la ley 23.264, el que cuenta la regla latina del "partus sequitur ventrem", o sea que sea madre la mujer que da a luz a la criatura, aun cuando el nuevo provenga de un óvulo de otra mujer, lo cual, citando a su vez palabras del recordado Arillo Alterini (34), no deja de ser una mentira técnica consagrada por la necesidad según la cual se atribuye una consecuencia a cierto antecedente, con carácter irrevocable y nun, eventualmente, contra su verdadera naturaleza).

Señala —creemos que con mucho acierto— que estas ficciones "del Derecho" están directamente vinculadas a la dinámica de las fuentes, y que así como tuvieron como propio de acción en sistemas jurídicos formalistas (como el romano), guardan una relación proporcional inversa de proliferación en otros más flexibles y hospitalarios a la realidad y a la axiología, en los cuales los principios generales del Derecho y las llamadas cláusulas generales construyen "órganos respiradores" que evitan las tensiones entre el sistema jurídico y los datos de la realidad. Agraga también que más allá de esa función, si se quiere utilizarla, que esas ficciones cumplen para el ordenamiento, "cuanto más grande es la brecha que distancia la norma positiva de la realidad social, mayor es la pérdida de la capacidad permissiva de la norma, y correlativamente, más propicio resulta el espacio yermo para la incubación de ficciones jurídicas", citando a Pietro Perlingieri y a Pasquale Formia (35) cuando postulan que la adecuación del sistema jurídico a la realidad depende "no sólo de la rapidez y de la calidad de producción de reglas legislativas, sino fundamentalmente del contenido de sus principios".

Por su parte, señala De Lorenzo, las ficciones "del Derecho" o dogmáticas son fruto de una renuncia consciente a la realidad por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que mediante su empleo intentan explicar el régimen del instituto con la cobertura de "una mentira aceptable". Menciona que ellas "asumen un costo elevado: el divorcio de la lógica que, sin dudas, es el aspecto más sólido de la ciencia jurídica", y así ella resalta "su mayor riesgo". Propone como ejemplo la ficción de sustener que en materia de responsabilidad civil se predice que la culpa como factor de atribución, y se sostenga simultáneamente que la liberación exige la demostración de la incidencia de una causa ajena, lo cual oculta en realidad la existencia de un factor objetivo. (36)

Ante la pregunta de si por su rango legal deben condonarse todas las ficciones, responde que en ciertos casos lo mere del legislador, o la decisión del político, si el intérprete "tiene la percepción de la injusticia o la de la inadecuación de una norma", la ficción puede constituir una importante técnica de innova-

ción para el Derecho", aun cuando ello configure un valor "meramente relativo" y con un "rol transitorio", ya que lo nulo "no es la ficción en sí misma", sino "su afianzamiento conceptual como parte de la lógica jurídica". En similar línea de pensamiento, Mari, citando a Fuller (37), señala que "la ficción opera como un parche en la fábrica de la teoría".

Ahora bien, dejando momentáneamente lo conceptual —tan escuetamente propuesto en un tema tan rico para el análisis— y viendo a una suerte de trabajo de campo: cuáles son algunos de los casos más notorios de ficciones jurídicas. Tanto en el Derecho histórico como en el actual, y tanto en el comparado como en el nacional? (38)

Rodrigo Mari (39) menciona varias. Una de ellas, de origen histórico romanista y ya proscripita en la evolución jurídica de los últimos siglos, era la de la muerte civil, por la cual "se asimilaba un hombre vivo a un hombre muerto", con todos los efectos propios de la muerte natural (vindex, transmisión patrimonial a los herederos, etc.), y que se aplicaba en Roma como consecuencia de la "capitis diminutio", o se hacía operativa respecto de los prisioneros de guerra, o bien era consecuencia de la pena de deportación.

Otra sería la ficción inherente a la figura del pago por subrogación, la que consiste en "suponer subsistente una obligación extinguida por el pago", cuando el cambio de identidad del acreedor no se corresponde por sucesión o cesión del crédito, sino por la ficción de la subsistencia (con modificación subjetiva activa del vínculo creditario) de la obligación primitiva, que ha sido extinguida por el pago. (40)

Algo así sucedería con el caso de las obligaciones ambulatorias, que por estar tan ligadas al bien objeto de la obligación, si el dueño de aquel lo transmite, inmuta de titularidad de deudor en cabeza del nuevo adquirente, como si fueran derechos reales y no personales.

Otro caso sería el de la obligación sometida a condición resolutoria, caso en el cual, operada la condición, la resolución retroactiva del vínculo finge que nunca existió; o el del matrimonio putativo, que, aunque ineficaz desde su origen, permite surtir efectos respecto de la filiación del hijo nacido y de los derechos reconocidos al cónyuge de buenas fe.

Lo mismo sucedería por ejemplo con el caso del artículo 2695 del Cód. Civil, que reconoce efectos declarativos y no constitutivos —en función de una ficción— a la división de un bien sometido a condominio indiviso, lo que hace que se considere a cada condómino como titular originario de su cuota-parte, como si la situación de copropiedad nunca hubiera existido; o con los artículos 70 y 74 del mismo Código, que permiten en el primer caso reconocer a la persona en gestación determinados derechos "como si ya hubiese nacido", y en el segundo, y en sentido inverso,

finge (si el niño ha nacido muerto o muere antes de ser separado totalmente de su madre) que nunca existió a los efectos patrimoniales de la adquisición y transmisión de derechos patrimoniales.

También menciona el citado autor el caso del artículo 88 del Código, según el cual cuando muere más de un hijo vivo del mismo parto se los considera de igual edad (aunque hubieran nacido en diferentes días, lo que a veces sucede); o el supuesto legal de la nomenclación, por la cual se finge que murieron al mismo tiempo personas que tenían entre sí vicia sucesoria recíproca, pero que fallecieron en un desastre común o en circunstancias en las cuales es difícil la prueba de quién sobrevivió a quién, aunque fuera por breve tiempo.

Alude igualmente a la ficción de intangibilidad del instituto de la cosa juzgada o a la presunción —frecuente incluso en el Derecho Comparado— de paternidad respecto del hijo habido durante la vigencia del matrimonio; o, en el caso del Código argentino, a la presunción sobre la época de la concepción, que se calcula habría operado en el lapso que discurre entre los 300 y los 180 días previos al nacimiento.

También, y reconociendo mayoritariamente el fundamento de seguridad jurídica y orden público que las informa, menciona la ficción de que el derecho es conocido por todos (o que su ignorancia no es alegable para disponer su acatamiento); o la de que el juez conoce el Derecho ("iura novit curiae"); o la presunción de fallecimiento de la persona ausente bajo determinadas circunstancias, o la de la culpabilidad —según el Código Penal— de todos los partícipes cuando resulten lesiones o muerte en riña, sin que constare quienes efectivamente fueron los autores materiales de ellas.

Carlos Raúl Sanz (41) ofrece como muestras claras de ficción al consencato (figura que nada tiene en común con el contrato) y al consuelido, que igual distancia conceptual mantiene con el delito.

De Lorenzo (42), por su parte, alude como supuestos —en una nómina que obviamente jamás podrá ser taxativa, sino meramente ilustrativa— a la ficción de la "culpa irrefragable" (sostenido por importante doctrina y jurisprudencia durante mucho tiempo), lo cual es una "ficción de culpa" que encubre la existencia en el caso de un factor objetivo de atribución; o la del principio de igualdad ante la ley del artículo 16 de la Constitución Nacional (43), que desatiende la proterofa realidad que muestra débiles y poderosos, ilustrados e ignorantes, proveedores y consumidores, empleadores y trabajadores, profesionales y profanos, y que hace que el Derecho, justamente, busque nivelar esas desigualdades ayudando al más vulnerable. (44)

Alude también a la ficción de la separación tajante a nivel conceptual de los derechos

reales y personales, derivada de otra ficción ancestral (la de la obligación pasiva universal con relación a los primeros y su rango "absolutivo" de oponibilidad "erga omnes"), siendo que el Derecho contemporáneo intentó severamente el valor dogmático de la postula absoluta sobre las cosas, generando zonas comunes a ambas categorías donde juegan instituciones como el abuso del derecho, el deber de diligencia, o la buena fe.

Compila igualmente en la nómina la ficción de la antijuridicidad formal que dimana del texto del artículo 1066 del Código Civil, que todavía proclama que no hay libertad (propiedad, antijuridicidad) si no hubiera una proscripción normativa expresa de la conducta, cuando en la realidad la regla es la de la antijuridicidad material, regida por la vieja prescripción Justiniana del "alteri non laedere", que juzga antijurídico todo daño causado sin una causa de justificación que lo legitime, lo cual conlleva a la búsqueda de valores axiológicos meliorativos, debiendo entenderse que fuera de aquella "norma general excluyente" del citado artículo, hay "normas generales inclusivas" que deben buscarse en la analogía, o en los principios generales del Derecho. (45)

Obviamente, más allá de estos supuestos hay infinidad de situaciones en todo el ámbito del Derecho (público y privado, sustancial o procesal) en las cuales las ficciones aparecen planteadas por la ley o asumidas por la dogmática autoral o judicial; y pretender pasar revista a todas sea quizás materialmente imposible.

Es paradigmáticas ficciones reconocer como personas —más allá de las justificaciones que lo legitimen como recurso técnico (46)— a las entidades de existencia ideal, ya sean de contenido personal (sociedades de personas, o asociaciones) como a las de contenido patrimonial (fundaciones, o sociedades unipersonales); como lo es asignar el carácter de inmueble por carácter representativo a un documento que sirve de soporte a la constancia de la existencia de un derecho real (art. 2317, Cód. Civil); o el de hacer operativa la subrogación real asignando a un bien que ingresa a un patrimonio el rol que cumpliría otro que egresó antes (47); o considerar notificado en Secretaría del Juzgado al demandado que ha sido declarado rebelde; o conferir efectos a la notificación edictal.

Hay ficción en proclamar legalmente la continuación de la persona del causante por el heredero (art. 2342, Cód. Civil); como la hay en sustentar la extraterritorialidad de la ley en los supuestos en los cuales se lo admite (art. 11 a 14, ibídem).

En todos los casos mencionados o no — hay razones axiológicas que intentan justificar la "mentira técnica" (tal decir de Rudolf von Ihering), las que pueden ser más

CONTINÚA EN LA PÁGINA 4

[NOTAS]

(34) "Derecho de Familia". Libro homenaje a la Dra. María Josefina Méndez Costa, Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1990, p. 312.

(35) "Manuale di Diritto Civile", Napoli, 2000, p. 18.

(36) Coincidimos con ello, y mezcamos una necesaria especificación: la culpa ajena (de la víctima o de un tercero ajeno a la responsabilidad vicaria de aquel a quien se señala como responsable de un daño) es claramente una exigencia propia de los factores objetivos de imputación, en lo cual lo que se tiene por supuesto no es la "culpa", sino la responsabilidad misma. Con ello, predicar que la culpa ajena (en el caso forzado no imputable) exonerar de culpa propia —si se tiene a ella como factor subjetivo—, resulta ficticio. La culpa ajena no excluye lo propio, con la cual a lo sumo puede concurrir, pero sí puede ser un elemento de ruptura del nexo causal. No es, claramente, el caso del Proyecto de Cód-

igo Civil y Comercial unificados del 2012, que establece la culpa como parte de "vicio" del sistema de atribución legal de consecuencias por los actos dañinos, ya que ello implica un operatividad en la medida en que la ley no contemple el juego de un factor objetivo en el caso concreto.

(37) "La teoría...", op. cit., p. 318.

(38) Hacemos lo necesario al respecto, atendiendo a lo que conllevamos infra respecto al parentesco o proximidad de las ficciones con otros conceptos afines en la dinámica de la ciencia jurídica, como sucede con los mitos, las metáforas, la analogía, la afinidad y las presunciones, a lo que seguramente de modo poco técnico englobamos como "mitología jurídica", o que algunas de los casos propuestos pueden encuadrarse en una o más de esas proterofas categorías —si es que lo son—. Lo zona conceptual limítrofe entre las ficciones y las presunciones,

singularmente es, parafraseando una conocida película china, "una delgada línea roja".

(39) "La teoría...", op. cit., p. 376 y ss.

(40) DE LORENZO, Federico "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 857 menciona que en tal supuesto, aun cuando el Codificador citando en la nota al artículo 707 la opinión de Aubry et Rau alude a la existencia de una ficción, no existe tal, en la medida en que la figura se explica por operar una sucesión a título singular permitida por la ley en base a razones de justicia, tal como sucede con la validez del pago hecho al acreedor ajeno (art. 782, Cód. Civil).

(41) "Presunciones, ficciones y mitos en el Derecho", ED, 141-47.

(42) "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 858 y ss.

(43) De Lorenzo en realidad lo enlaza como un "mito", o ficción consolidada socialmente.

(44) A cuento de tal reflexión, que compartimos, el mencionado autor alude a un concepto más que interesante y claro: el Derecho privado contemporáneo aludiera al hombre abstracto del "Código francés y salido al "hombre situado", concreto, determinando una suerte de "regreso a los status", y un tránsito de los contratos "ratione materiae" a los "ratione personae".

(45) Conf. BOBBIO, Norberto, "Teoría general del Derecho", Debate, Madrid, 1996, p. 222.

(46) Aludidamente alguna vez: Están Hugo Richiardi dijo que la personalidad jurídica "es un signo alquímico".

(47) BONRECASE, Julien, "Derechos de Derecho Civil", op. cit., p. 57; así como de autor del sustrato "La subrogación real como principio general en el Derecho Privado patrimonial", Editorial-Cuzco, Santa Fe, 2018, p. 147 y ss., con especial referencia a los postulados, entre otros, de Flach, Reamson, Aubry y Rau y Salles.