

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tema: ECONOMÍA Y DERECHO PRIVADO (PRIMERA REUNIÓN)

Relatores: PROFESORES DOCTORES MANUEL ADROGUÉ Y JORGE MOSSET ITURRASPE

Participantes: DOCTORES FEDERICO N. VIDELA ESCALADA Y LILY FLAH;
LICENCIADA GARCÍA DEL SOUTO

Fecha: 24 DE OCTUBRE DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Luego de transitar por aspectos que atañen a las diversas áreas del derecho civil, al derecho internacional privado y al derecho romano, en la estructura de la jornada existe un tema interdisciplinario que conecta diversas ramas del Derecho, privado básicamente, eventualmente público, pero que en ocasiones hasta desborda la temática jurídica. Y justamente esta noche se da el caso de abordar "Economía y Derecho Privado", tema de alta sugestión, como no escapa a ninguno de ustedes.

Esa sugestión se agiganta porque serán nuestros relatores el doctor Jorge Mosset Iturraspe y el doctor Manuel Adrogué.

En ningún caso, y no voy a variar esa pauta, presento a los panelistas porque son siempre, o profesores titulares, o especialistas del máximo nivel, suficientemente conocidos, que no necesitan una presentación mayor que sus trayectorias, que ya de por sí son elocuentes.

Esta noche vamos a aplicar un mecanismo semejante al de mesas anteriores de esta naturaleza. Durante veinte minutos aproximadamente, expondrán el doctor Manuel Adrogué, en primer término, y después el doctor Mosset Iturraspe. Luego vendrá el tiempo en el que los asistentes planteen las observaciones que les parezcan adecuadas y una vez satisfechos, dos cierres sucesivos con el doctor Adrogué y el doctor Mosset Iturraspe.

Agradecemos la presencia de ustedes y escuchamos al doctor Adrogué.

DOCTOR ADROGUÉ.

Agradezco al Director del Departamento, doctor Alterini, no sólo habernos invitado sino inclusive sus generosas palabras, y también la concurrencia de todos ustedes.

El tema que nos reúne es Economía y Derecho privado. Voy a hacer esta breve exposición haciendo alusión a un pensador de comienzo de siglo, Max Weber, autor del célebre libro Economía y sociedad.

Recordemos que Max Weber desarrolló la famosa tesis que relacionaba los inicios del capitalismo con la moral protestante. Era abogado, enseñó Derecho romano y Derecho mercantil. Con posterioridad enseñó economía y luego se dedicó de lleno a la sociología.

La obra principal a que estamos aludiendo tiene un frondoso capítulo sobre economía y derecho, y fue publicada por la viuda de Max Weber en 1922, poco después de la muerte de su esposo.

Con esto queremos decir que fue un abogado, un pensador y uno de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autores de las principales obras de sociología, al menos alemana, en la que se hace un enfoque interdisciplinario entre derecho y economía. Más aún, comenzó enseñando derecho, pasó por la economía y terminó en la sociología.

Las reflexiones de Max Weber sobre Derecho romano son interesantísimas en relación con la génesis de la ley positiva y a cómo era imposible pensar en el derecho positivo sin el respaldo del ejército romano ¿Qué queremos decir con esto? Que el derecho positivo tiene que estar siempre respaldado por un poder que permita su efectiva aplicación ¿Estamos limitando el derecho a la fuerza? En ninguna medida.

Es bueno que anticipemos, a pesar de que vamos a sostener que los juristas, como alguien dijo, somos los últimos en enterarnos de muchas cosas, y habitualmente el derecho responde muchas veces tardíamente, que hay una importante penetración de la economía en el Derecho privado. Esto no significa que vamos a afirmar la primacía de lo material sobre lo espiritual; todo lo contrario.

Lo que vamos a exponer - de entrada lo advertimos - es compatible con una adhesión a una concepción iusnaturalista en la que la norma va a estar superada por el principio y en la que el derecho no se va a limitar a la norma.

Los principios, justamente, por ser tales, no necesitan su formulación.

En esto es importante tener en cuenta la relación entre la economía y el derecho. A veces, desde otra concepción, se identifica el derecho con la norma, y debemos tener presente que ésa no ha sido la génesis del derecho. Fundamentalmente el derecho nació en la actividad social, y cuando se aprobaba en Roma o en los pueblos germanos, se hacía en asambleas o en presencia de tropas, de legiones, mediante un murmullo que aclamaba la norma.

Cuando el Estado - parece que fue Maquiavelo el primero en pergeñar la expresión *Lo Stato* - se va afirmando, el aparato político empieza a recoger una primacía acentuada en la formulación del derecho. Es muy importante tener esto en cuenta porque a veces creemos que fundamentalmente vamos a encontrar el derecho sólo en los libros y particularmente en los códigos o en los digestos legislativos. La historia demuestra que no es así, que es bastante distinto.

También queremos hacer alusión a otro pensador contemporáneo, Paul Ricoeur, que en un importante libro titulado *Ideología y Utopía*, que recoge conferencias pronunciadas en una universidad americana, afirma que todo lo que uno dice es desde un ángulo ideológico.

Vamos a intentar prescindir no digo de toda subjetividad, lo que sería un absurdo porque todos los seres humanos somos sujetos y, por tanto, no podemos desprendernos de nosotros mismos, por lo cual nuestras afirmaciones son relativamente objetivas; pero de todas formas, a este respecto vamos a seguir a Ricoeur, especialmente en cuanto a que las expresiones ideológicas tienden a mantener el statu quo, y por eso vamos a reivindicar una utopía, una esperanza de un futuro mejor.

La utopía no es lo desarraigado; lo desarraigado es la fantasía. Estamos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aludiendo a que vamos a intentar hacer una descripción de lo que suponemos que es la realidad y formular alguna prospección, alguna exhortación.

Además, la importancia del tema se destaca porque si bien la economía - y así lo creemos - como el Derecho privado se pueden estructurar como un conocimiento científico, hoy en día se sabe que la ciencia es naturalmente interdisciplinaria, que es imposible conocer la realidad si no es a través de distintos ángulos para testarlos entre ellos, y lo que no puede ser controlado desde distintos ángulos debe ser en buena medida controvertido.

Es bastante común aludir a las grandes transformaciones del derecho privado. Las hubo, y acentuadas. Fijémonos en el campo de las obligaciones y de los contratos, tema que vamos a insinuar, pero que no nos atrevemos a desarrollar, particularmente en presencia del doctor Mosset Iturraspe. Advertimos que en ese campo ha habido transformaciones muy importantes, sobre todo en el curso de este siglo, no sólo en cuanto al abuso del derecho, a la teoría de la imprevisión, a la lesión subjetiva, etcétera. En buena medida, todo esto ha modificado el tradicional derecho de las obligaciones y los contratos, con el común denominador de que ha disminuido la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad.

Pero no sólo hubo transformaciones en el campo de las obligaciones y de los contratos; también se señalan en el derecho de familia, algunas de contenido económico, como la exigencia del asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil, con la reforma introducida en el '68. Algún autor ha dicho que tal vez uno de los primeros países que han impuesto una restricción de este tipo es un país socialista, Yugoslavia. Nos parece que acá en el contenido del art. 1277, hay una exageración, porque una cosa es el asentimiento para proteger el hogar conyugal y otra cosa es el asentimiento indiscriminado para cualquier bien registrable. Creemos que a veces no nos damos cuenta de que evitando la libre circulación de los bienes, lejos de crear riqueza, nos empobrece un poco más. De ser posible, este tema lo veremos un poco al final de la exposición. Pero no es esto lo importante.

En nuestra modesta opinión, la tendencia general de las transformaciones del derecho de familia en este siglo es deplorable. Creemos que el modernismo se ha enseñoreado del derecho de familia, disolviendo a la familia por vía del divorcio vincular, haciendo una equiparación indiscriminada de la filiación, muchas veces injusta, y debilitando acentuadamente la autoridad paterna todo esto ha quebrado la unidad familiar, según pensamos.

Pero acá no hay un problema económico; hay otras ideas, hay un problema ideológico de por medio. Pero no es nuestro tema, que es, fundamentalmente, la gravitación de la economía.

Es común omitir en las transformaciones del derecho privado las profundas transformaciones del derecho de propiedad.

Sabemos que el derecho de propiedad ha tenido una gran evolución desde el derecho romano hasta nuestros días. Así, desde una concepción del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dominio, robusta, autoritaria, de contenido religioso y militar, como era el del derecho romano primitivo, de una propiedad muy poco extendida, se fue progresivamente modificando en el derecho imperial, después en el derecho justiniano, y, luego, por influencia de los pueblos germanos, del derecho de costumbre, se fue morigerando y admitiendo distintas expresiones y fragmentando la propiedad.

Luego llegó el feudalismo, que no es otra cosa que un sistema económico-social en el que el poder político reposa sobre la propiedad de la tierra, con una acentuada estratificación social. Ahí está la diferencia entre el dominio útil y el dominio directo: el dominio directo a manos del señor; el útil a manos del siervo.

Todo esto concluyó en la Revolución Francesa. En la célebre noche del 4 de agosto se dice que hubo la más colosal transferencia de la propiedad en Europa. Esa noche la Asamblea resolvió la privación de la propiedad inmobiliaria de la nobleza y el clero, a los que se les prometió una indemnización que nunca se concretó. Francia entró en guerra prácticamente contra toda Europa.

Lo cierto es que la concepción napoleónica de la propiedad es aquella del dominio absoluto, exclusivo, perpetuo. Algunos pensadores marxistas sostienen que es la concepción del derecho romano, lo que no es exacto. La concepción napoleónica de la propiedad tiene la estructura técnica de la propiedad del derecho romano, pero con una fisonomía marcadamente distinta: es de inspiración fundamentalmente liberal. El pueblo romano fue un pueblo de militares y pastores; la propiedad estaba muy poco extendida y la concentración política y económica se manifestaba en la propiedad romana.

En cambio, la Revolución Francesa trató de dissociar el poder político, la soberanía del pueblo, del económico.

Sabemos que en el siglo pasado hubo grandes convulsiones, como los hechos revolucionarios de 1848. En este siglo se producen la Primera Guerra Mundial, la crisis del '30, la Segunda Guerra Mundial.

¿Qué ha ocurrido con la propiedad? A nuestro criterio, ha habido una profunda transformación del derecho de propiedad y esencialmente han sido factores espirituales y materiales los que han modificado no ya el contenido sino la estructura del derecho de propiedad.

¿Cómo es esto? Cuando estudiamos lo que nosotros llamamos la parte general del derecho civil, tomamos la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, divisibles y no divisibles, fungibles, etcétera. Por supuesto, algunas de ellas tienen importancia, otras no. Importancia tiene la clasificación de muebles e inmuebles; pero no dudamos de que la principal clasificación de la propiedad en el derecho contemporáneo, en nuestra modesta opinión, reside en el distingo entre bienes de producción y bienes de consumo.

Algunos autores han creído que el sostén de esta clasificación era una concepción marxista. Evidentemente, no es así.

Un autor tiene dicho que el dominio absoluto, exclusivo y perpetuo sólo lo encontramos en unos pocos bienes, que además son de consumo. Porque

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿qué dominio absoluto vamos a encontrar, si para edificar hay que pedir permiso a la Municipalidad? La propiedad urbana sólo sirve para edificar. Recordemos que hace unos años para usar los automóviles en la Capital teníamos que fijarnos si era martes y jueves y si la matrícula era par o impar. Un autor alemán dice: ¿de qué dominio estamos hablando si el propietario de un inmueble tiene la obligación de baldear la vereda?

A veces, como alguien ha dicho, no nos damos cuenta de que la propiedad está escapando del derecho civil, que se la están llevando a pedazos. El derecho agrario se llevó la propiedad rural; el derecho minero, la propiedad minera; el derecho aeronáutico, la propiedad de las aeronaves; el derecho marítimo, los buques; el derecho de recursos naturales se llevó las aguas, los bosques; se llevaron los automotores. ... Se llevaron todo. Los civilistas no nos dimos cuenta de que se llevaron todo.

¿Por qué se llevaron todo? Tal vez esté todo afuera y tal vez esté básicamente adentro, si tomamos conciencia de lo que ocurrió.

Nosotros adherimos a esa cosmovisión que dice que los caracteres absoluto, exclusivo y perpetuo son históricos, porque hoy en día los caracteres viscerales de la propiedad son la plenitud, la autonomía y la diversificación. Hay muchos tipos de propiedades; no es lo mismo la propiedad de una mina, que la propiedad de un bosque o la propiedad de una casa o la propiedad de un yeguarizo. Es decir, se ha producido una fragmentación de la propiedad.

El famoso decano Josserand nos hablaba de la plasticidad de la propiedad, y alguien ha dicho que el marxismo, ahora caído, a pesar de haberla combatido con ardor, nunca la pudo vencer. Más aún, se está restableciendo en el mundo entero, pero con un contenido mucho más humanista, y éste es el aspecto, llamémosle, espiritual.

¿Qué es lo que ha ocurrido? Que no se duda de que es naturalmente diverso el contenido de los bienes de producción y el de los de consumo. Los bienes de producción sirven para producir y los bienes de consumo sirven para la utilización inmediata.

Quiero advertir, a pesar de ser una cosa muy conocida, que no hay que confundir bienes de consumo con bienes consumibles. Los bienes consumibles se agotan en un primer momento, de inmediato; los bienes de consumo satisfacen directamente necesidades.

En los bienes de consumo es muy robusto el conjunto de facultades y poderes de su titular. En los bienes de producciones mucho más mitigado porque el ordenamiento jurídico ampara al propietario plenamente en tanto cuanto le dé el destino que le corresponde a esa cosa, que es hacerla producir.

Más aún, en el derecho contemporáneo, además de esa diversificación de la propiedad, en alguna medida se ha dicho que estamos como volviendo a esa concepción medieval que es la fractura de la propiedad.

Conocemos que en el derecho angloamericano no existe una concepción única de la propiedad. No se entiende eso. Tampoco se entiende esto del *númerus clausus*: es una concepción distinta. Tampoco se entiende bien el distinguo del derecho romano entre el dominio por una parte y la posesión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la otra. Uno y otra están muy imbricados.

Habrán advertido que nosotros preferimos no hablar de dominio sino de propiedad. Nos parece una expresión un poco anticuada.

¿Qué es lo que ha modificado todo esto? Ahora el contenido y la estructura de la propiedad están determinados por el destino económico-social del bien.

Para saber qué puede hacer una persona que es propietaria de un bien no hay que limitarse a preguntarle si es propietaria o no, y, en caso afirmativo, de qué bien. "¿Usted es propietario de un campo? Perfecto, tiene sus atribuciones. ¿De una fábrica? Serán éstas. ¿De una lapicera? Aquellas otras ..." ¿Por qué? Porque ha tomado absoluta primacía la destinación de la cosa.

Por eso se ha dicho que esto de la "cosificación" de la propiedad no es un problema meramente terminológico sino un problema muy serio y mucho más acentuado en los tiempos que corren.

La propiedad se ha ido objetivando, con lo cual se ha diversificado porque el contenido y la estructura de la propiedad responden a la cosa que es. Decimos estructura. ¿Por qué? Porque en la opinión que seguimos, existe propiedad privada de estructura individual como también de estructura colectiva.

También notamos en el régimen de la propiedad una aproximación de los dos grandes sistemas de derecho: la familia romano - germánica - que es la nuestra, no la del Tercer Mundo, sin negar que puede ser que haya una familia de derecho del Tercer Mundo; seguro que hay una familia de derecho islámica, por ejemplo - y la angloamericana. Pero por señalar las que juzgamos más importantes, que es la familia romano - germánica y la familia angloamericana, ¿qué notamos? Que las nuevas expresiones de la propiedad tienen nombres que se dicen en inglés industrial development, los parques industriales, los countries, que son los clubes de campo, time - sharing, el tiempo compartido o multipropiedad.

En definitiva, ¿qué está ocurriendo? Que se están acercando uno y otro. Los centros de compra, los shopping centers. Hay terminología que usamos todos los días: "Vamos a este shopping" o "vamos a este country", y no es porque seamos cipayos o cosa por el estilo sino porque felizmente estamos superando algunos complejos de inferioridad y nos damos cuenta de que la cultura nos ayuda a todos y más vale imitar en lo bueno del primer mundo y tratar de rechazar algunas cosas que son malas.

Quiero hacer una referencia a la situación actual. ¿Qué es lo que describimos en la situación actual? Nosotros pensamos que hay una tendencia generalizada a la humanización de la propiedad, que la determinación y el contenido de la propiedad están en función del destino económico-social del bien.

Pensamos que hay una disociación de los poderes en la propiedad, pero fijémonos. Hoy día los bienes de producción más significativos están en manos de corporaciones, de sociedades, porque la producción en masa requiere grandes concentraciones de capitales, y en las grandes concentraciones de capitales hay justamente una disociación de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poderes de la propiedad: hay unos que administran, que son los gerentes, y otros que son los que aprovechan de los dividendos, que son los accionistas. El accionista busca, en la mejor dirección, una mejor gerencia; por eso se dice que la disociación de la propiedad se da fundamentalmente no sólo en el campo del derecho civil, sino también en el campo del derecho comercial.

También es bueno que reparemos que los tiempos no corren en vano y ha habido inclusive en nuestro país una presencia acentuada de dirigismo económico.

Los tiempos actuales favorecen a la iniciativa privada y hay algunas instituciones que se han acogido a nuestro derecho que ponen en peligro la autonomía de la voluntad, suponen todavía la permanencia de actitudes dirigistas.

Nuestras reflexiones finales son las siguientes: es público y notorio que nuestro país vive una crisis tremenda, y el tema que nos congrega es el de economía y derecho privado. Pero nuestra crisis no es sólo económica; más aún, estamos persuadidos de que nuestra crisis fundamental exige el restablecimiento de los valores tradicionales de nuestra cultura.

Un pueblo sin raíces es un pueblo sin futuro, sin destino.

¿Cuáles son las raíces profundas de nuestra cultura? Creemos que se nutren de una cosmovisión cristiana, que en los últimos años se ha olvidado tanto. El retorno a las fuentes exige, entre otras, una cosmovisión cristiana del hombre y del mundo, la preservación y defensa de la unidad familiar, un robustecimiento de la solidaridad, del espíritu comunitario, una revalorización del trabajo que premie al esfuerzo y al talento, una afirmación del espíritu de sacrificio y también, por supuesto, un replanteo muy hondo de los sistemas de selección de nuestra clase dirigente.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Lo escuchamos, doctor Mosset Iturraspe.

DOCTOR MOSSET ITURRASPE.

El tema es arduo, es polémico, es difícil y toca a fondo las cuestiones que los argentinos vivimos hoy. Hablar de economía y derecho es como hablar de mercado y justicia.

La traducción de "economía", que hacen los autores modernos, es "mercado", y la traducción de "derecho" que debemos hacer es "justicia". Enfrentamos en posición dialéctica el mercado y la justicia.

Todos sabemos lo que es el mercado: es el tráfico, el mundo de los negocios, el ambiente donde el hombre, el consumidor, todos, vamos a satisfacer nuestras necesidades de bienes y servicios. Ese es el mercado al que concurren las empresas proveedoras de bienes y servicios y los consumidores ansiosos de satisfacer sus necesidades, adquiriendo esos bienes y servicios. Eso es el mercado.

Por otro lado, el derecho. El derecho no puede ser ya una mera normativa jurídica dictada por cualquier gobierno con propósito cualquiera. No, el derecho es un ordenamiento, un orden a la paz, a la seguridad y, sobre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

todo, a la justicia. Por eso decimos que derecho es justicia.

Dejamos de lado las concepciones puras del derecho, las concepciones meramente formales del derecho y ponemos el acento en es la estrella polar, en este valor fundamental: el derecho es justicia.

Nos preguntamos, entonces, qué relación hay entre mercado y justicia. ¿Puede el mercado vivir sin el derecho? ¿Puede el derecho hacerse el ignorante respecto del mercado? ¿Puede el derecho pretender regularlo todo en el mercado, establecer las reglas, la orientación, las finalidades, los propósitos? ¿Puede el mercado pretender que rijan exclusivamente sus leyes, las que se llaman las leyes inexorables de mercado, y retroceder entonces el derecho?

En esta dialéctica muchas veces hemos observado el avance del derecho, que prácticamente invade el mercado y pretende orientar, dirigir, planificar, y en otro momento el retroceso del derecho; es lo que muchos juristas, políticos, dicen: el derecho debe dejar hacer, el derecho no puede meterse, debe dejar que las reglas del mercado sean la oferta y la demanda, las de la economía libre, las de un mercado regido por sus propias y específicas leyes económicas y el derecho no debe intervenir. Este es el tema.

En una época se decía entre nosotros que hablar de economía y derecho era, simplemente, destacar que las grandes instituciones jurídicas, como el contrato y la responsabilidad por daños, tienen que ver con problemas de costes, de beneficios, de eficiencia, de costos de transacción y otras expresiones económicas; y que el derecho no se puede seguir enseñando como se enseña a través de la glosa de los artículos de un código o de una ley.

Agotar el derecho en lo que se llama la pura juridicidad. Por ejemplo, no se puede seguir diciendo que el contrato es el acuerdo de voluntades exteriorizadas para reglar derechos, porque decir esto es castrar a la institución contrato de lo que tiene de típico, de fundamental, de eterno, de importante; que es el instrumento jurídico apto para satisfacer las necesidades del hombre, las necesidades económicas.

Si al definir el contrato no hablamos de las necesidades del hombre que con la contratación se busca satisfacer, si no hablamos de la economía del contrato, del equilibrio entre prestación y contraprestación, de los motivos determinantes, de los fines, la exposición no sirve para nada; estamos haciendo una exposición formalista, voluntarista, dogmática, nominalista. Descubrir esto es importante.

La víctima merece una reparación. El derecho brega porque toda víctima sea reparada. El estado de justicia busca que no haya más víctimas o las menos víctimas posibles o que, frente a un daño, se repare. Entonces escuchamos a un eminente jurista y decano americano, Calabresi, que nos dice: "esto es una gran mentira, no es así. Al Estado moderno no le preocupa tanto que haya víctimas, vidas segadas, incapacitados; lo que le preocupa es averiguar la relación entre ese sacrificio, ese costo social y los beneficios que se siguen de ese costo social". Ese es el tema. Y entonces nosotros introducimos un ejemplo - algunos de ustedes pueden haberlo escuchado porque lo he repetido varias veces - ilustrativo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Durante mis muchos años de abogado de la empresa de ferrocarriles me afanaba porque el día de la inspección ocular, el juez y el secretario en el lugar del accidente - el paso a nivel - encontraran que las cosas estuvieran bien: funcionara la señal de alarma, la luminosa, que todo quedara preparado para que se dijera: "Qué buen paso a nivel, qué protegido que está." Y cuando la otra parte preguntaba por qué no tenía barrera, puesto que estaba sobre una ruta nacional y a nivel, no sobre o bajo nivel, nosotros contestábamos: "Porque no es necesario, porque la Cruz de San Andrés, 'Pare, mire, escuche', porque las señales, bastan para advertir y prevenir a un conductor atento y diligente ..."

Esa era una falacia a la que nos empujaban las autoridades ferroviarias. Debimos contestar como contestan hoy en Norteamérica los propios juristas y los abogados de las empresas ferroviarias: "No colocamos barreras porque es más barato pagar las indemnizaciones a las víctimas que tener tres turnos de guardabarreras". Así de simple. Y esto no es inmoral, éste es el principio del utilitarismo que rige la vida del hombre en sociedad en muchas regiones de la tierra, que es la filosofía más en boga - ¡cuidado con esto! - en los Estados Unidos.

Quien crea que no es así, lea algunas de las varias obras del maestro Cueto Rúa en su introducción al derecho anglosajón. La realidad es la verdad, lo útil, lo provechoso, es lo conveniente. Si lo útil es lo que da más beneficio que costes o costos, entonces no coloquemos la barrera; no nos preocupemos por la depuración de las aguas que van a napa; si esto es más económico que colocar el depurador por el polvillo, por el carbón que va al aire, y no nos preocupamos por tantas cosas, que a la postre son costosas, aunque hagan a la salud, a la mejor realidad de vida.

Por allí, desde mi óptica, marcha el tema: hay que comprender bien que las instituciones jurídicas se deben observar desde el punto de vista jurídico y económico; el contrato regla derechos, pero también sirve para satisfacer necesidades; la indemnización repara a la víctima, pero, cuidado, porque a veces es una carga pesadísima sobre las empresas, que éstas vuelcan en los precios de los productos y los servicios que colocan en el mercado.

En ocasiones el Estado dice: ¿No habrá que tarifar la indemnización? ¿No habrá que poner un techo? ¿No habrá que limitar porque las empresas peligran, los costos aumentan? Es como la cara y la contracara. Esto no puede ignorarse.

Para mí, el precursor en esta línea de esclarecimiento es el gran Michel Villey. El ausente de todas nuestras exposiciones jurídicas, el iusfilósofo que nos dice que las concepciones jurídicas que llegan hasta nosotros a partir del Código Civil francés, están ebrias de formalismo, ebrias de consensualismo, hechas por juristas que pertenecieron a una concepción iusnaturalista, racionalista; que pretendían derivar todo, confeccionar todo un código a partir de la razón pura como si fuera un precipitado de la razón; inductivo - deductivo, consecuencias lógicas un artículo del otro, y de este modo armar lógica y bellamente este cuerpo legal.

Pero el derecho no fue así en muchísimas épocas de la historia; y no fue así entre los romanos que eran pragmáticos; preocupados por la justicia del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caso; preocupados porque el contrato fuera el intercambio justo de bienes y servicios; preocupados porque si había un daño la víctima fuera colocada en la situación de indemnidad en que se encontraba antes del daño. Y decía que como una exigencia del principio de justicia "dar a cada uno lo suyo", el dañado que es privado de lo suyo, debía ser reparado, para que volviera a tener lo que era de él. Aplicaban un sentido bien práctico, bien realista, bien economicista.

En Italia, algunas obras sobre el contrato están inscriptas en esta línea de pensamiento.

A la propiedad, nos ha dicho Adrogué, también hay que verla como un problema jurídico y económico: satisfacción de necesidades, productividad, empuje empresario, etcétera.

Pero la cosa no se agota aquí. Ese sería el enfoque de los años '60 - '70. Después nos enteramos de que en los Estados Unidos desde hace diez años se ha planteado una polémica durísima entre dos grandes autores americanos sobre la llamada "interpretación económica del derecho". Es aquella interpretación que trata de hacer privar lo económico sobre lo jurídico, vale decir, la utilidad sobre la justicia. Y allí se han enfrentado nada menos que Possner, profesor de Chicago, y Calabresi, profesor de Yale.

Calabresi sostiene una postura más humanizada, diríamos más juridizada, no tan economicista en la interpretación del derecho.

Nos enteramos de que en Alemania hace ya veinte años que Reich escribió una obra memorable que precisamente se llama Economía y Derecho - Mercado y Derecho, y que autores nacionales, como O'Farrel, en su obra sobre el utilitarismo, se han hecho eco de este tema. El viejo Jeremías Bentham nos movía a risa en las aulas cuando decíamos: ¿Cómo puede ser que alguien pretenda guiar el derecho, la vida social, a través de pautas meramente utilitaristas, materialistas?

Esta es la filosofía en boga. Ustedes dirán: sí, en los Estados Unidos.

Cuidado. . . está llegando... También entre nosotros empezamos a hablar con criterio utilitarista, a manejarnos con pautas utilitaristas. Está llegando como todas las grandes ideas del Norte que bajan y bañan Latinoamérica y arriban un día a la Argentina. La obra de Cueto Rúa nos lo dice; también la obra de O'Farrel, y hasta en un opúsculo de difusión de Mariano Grondona, muy interesante, sobre utilitarismo y otras corrientes filosóficas ustedes pueden encontrar este tema.

Hace poco, con Ricardo Lorenzetti hemos escrito una obra en la que dedicamos los primeros capítulos a este tema. Se llama Derecho monetario, y pretendemos, como haciendo un contrabando, meter el tema de la economía y el derecho.

Los franceses se han ocupado de la cuestión. Tal vez no esté aquí, en la biblioteca porque en estas universidades en crisis cada vez caben menos cosas, pero la famosísima revista del Archivo de Filosofía del Derecho, que durante cuarenta años dirigió Michel Villey, se ocupa, precisamente en el tomo XXIII, de derecho y economía. Y en un artículo importantísimo de Gestain, que es el máximo contractualista francés de esta hora, se habla de contrato y economía bajo el título de "Utilidad y justicia".

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hoy en día todos buscamos un contrato útil: el consumidor, el empresario; todos persiguen el provecho y que los costos sean inferiores a los beneficios; que es una ecuación casi diríamos, connatural a la condición humana. Pero nos dice Gestain: ¡cuidado!, ¿y la justicia? ¿Debemos erradicar la justicia? ¿Debemos dejar que las normas de mercado venzan al derecho; que el derecho se bata en retirada, o debemos pretender humanizar, volver más justa y equitativa esta normativa, estas reglas del mercado?

El contrato debe ser útil, pero justo. Justicia con utilidad; utilidad con justicia. El tema tiene que ver con cuestiones sociales, políticas y económicas que todos manejamos; tiene que ver con muchísimos problemas que son de grandísima actualidad. ¿Hasta dónde la interpretación económica del derecho? ¿Cuál es el freno que podemos encontrar a esta interpretación económica?

De los autores más modernos hay un excelente trabajo de Bustamante, hijo, en el Libro de Homenaje a Bustamante Alsina, a Jorge Bustamante Alsina, de reciente aparición, sobre esto de la interpretación del derecho, de la economía y el derecho. Y Bustamante, con gran sinceridad, toca dos temas que son comunes en estas cuestiones: el de las fallas de esas reglas del derecho que se pretenden por algunos inexorables, y luego la situación de las personas en el mercado, los llamados "perdedores del mercado".

¿Qué es eso de las "fallas del mercado"? Creo que podríamos discutir muchas horas y días si, en el mercado, todo se rige por la ley de la oferta y la demanda, por esas leyes inexorables que es imposible modificar, alterar. Traducido a términos argentinos y de economía o de finanzas, es el debate acerca de si cuando el dólar subía y subía había "manos negras" en la City porteña o era simplemente una especie de envión o fuerza hacia arriba del dólar. Y cuando empezó a bajar y bajar, volvió la misma polémica: ¿está la "mano negra"?; ¿hay operadores en el mercado capaces de fijar pautas o criterios, o todo acontece por un artilugio casi mágico, de ese personaje que se llama mercado?

Alguien dijo: "Los hay, porque el mercado argentino es pequeño, es sensible, cuatro o cinco operadores hacen subir o bajar el dólar; cuidado, porque detrás de eso hay intereses económicos y políticos..., etcétera.

¿Será así...? Las fallas, las reglas del mercado... Cuando el mercado es pequeño, es provinciano, es doméstico, ya no están las reglas cubriéndolo como en Nueva York o en las grandes ciudades del mundo. A los americanos les preocupó desde siempre una falla tradicional, que es la de los monopolios y oligopolios. Pero nosotros conocemos otra propia, de los mercados latinoamericanos; que es la diferencia entre los poderosos y los débiles económicos. Y esto trae fallas del mercado; porque en los países desarrollados, como en Alemania y en Francia, es muy difícil que un productor de bienes o servicios se aproveche de un consumidor; porque el consumidor es un hombre fuerte, casi tan fuerte como el productor desde un punto de vista. En cambio, en los países latinoamericanos, donde hay masas formidables de indigentes, de menesterosos, de hombres que no tienen el menor poder de negociación y que tienen hambre y necesidades,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es decir, que no pueden esperar para satisfacer esas necesidades, se da otra falla de mercado; ya no rige la ley de la oferta y la demanda; rige una oferta casi imperativa a la que hay que adherir diciendo "sí, aceptamos", porque de lo contrario no se come, no se tiene techo. Y esto existe en muchos ámbitos. No es una cuestión pequeña de algunas cosas. Tenemos que atender a esas fallas en el mercado de acuerdo con la idiosincrasia de nuestros pueblos y con la realidad que vivimos. Entre los alemanes y entre los americanos no vamos a ver esto, porque allá no existen ciertas diferencias; existen, sí, algunas minorías de portorriqueños, algunos otros sudamericanos, pero no diez millones de necesitados que ingresen en el mercado con la fuerza de sus necesidades y la debilidad de sus carencias. Las fallas del mercado... El tema de los perdedores. En los Estados Unidos se dice: rigiendo estas leyes en el mercado, algunos ganan, otros pierden. Los que ganan son los más; es la productividad, es el ingreso per cápita, es la economía del país, y entonces hay que estar por eso. ¿Y los que pierden? Los perdedores en el mercado son unos pocos cuyos casos individuales no interesan. Es el costo social del progreso, es el costo social del avance, del confort.

En Latinoamérica no es así. El costo social puede ser de diez o más millones de personas, el costo social puede ser la muerte de nuestros hijos, el costo social pueden ser huelgas y revoluciones. Es otro costo social. Y aquí es donde decimos: ¡cuidado con los perdedores!, no abusemos de los perdedores porque está de por medio el mantenimiento normal o al rojo del gran calderón social; y cuando la caldera social se pone al rojo, ¡cuidado!

¿Ven ustedes cómo el tema economía y derecho da para estas incursiones, da para profundizaciones en estos temas de la eficiencia, de los costes o costos, de los provechos, de qué es la utilidad, para quién, cómo, cuándo? Es un tema fantástico, es un tema que descubrimos tardíamente, es como si se nos hubiera caído la venda y hubiera otros derechos que deben "tomarse en serio".

Hasta ahora era la teoría pura; ahora es la teoría economicista del derecho. Hasta ahora el derecho era como un entretenimiento, repartíamos derechos subjetivos y los particulares jugaban con ellos. Ahora nos damos cuenta de que en este juego va la vida, va la paz, va la tranquilidad, va la satisfacción de necesidades. Entonces decimos: señores: ¿el derecho debe controlar el mercado? ¿El mercado debe ir al margen del derecho? ¿Cuál será la postura? Los argentinos solemos ser pendulares, antes lo controlábamos todo, ahora pretendemos no controlar nada. ¿No estará, como decía Aristóteles, la verdad en el medio?

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI - Advierto que han estado presentes en estas lucidas exposiciones distinguidos profesores, y otros apasionados asistentes. Me gustaría escucharlos, máxime en un tema tan lleno de aristas polémicas como las que han planteado los señores relatores y sobre las cuales algunos de nosotros seguramente formularíamos reservas. No voy a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expresarlas yo porque quiero sujetarme a la regla que me condiciona como director: la absoluta objetividad en la conducción de los debates.

LICENCIADA GARCIA DEL SOUTO. - Mi pregunta va dirigida al doctor Mosset Iturraspe, y es la siguiente: ¿se puede homologar la relación entre empresario - productor, por un lado, y consumidor, por el otro, de países desarrollados con la relación en sí de países desarrollados y países subdesarrollados? No sé si he sido claro en mi pregunta.

DOCTOR MOSSET ITURRASPE. - Sí, la entiendo perfectamente. Los países desarrollados, los países industrializados, los países de avanzada, los jefes de fila del mundo moderno muestran empresarios fuertes y consumidores fuertes. No obstante, en todos los países existen códigos o leyes de defensa del consumidor y también existen comisiones formadas por el Estado, como la francesa, y mixtas, paritarias, para controlar las condiciones en que se incorporan al mercado los bienes y servicios. Y aquí, en nuestro país, la paradoja: empresarios - los hay fuertes, los hay no tan fuertes o débiles -; presencia de empresas fuertes multinacionales; consumidores fuertes, una minoría; consumidores débiles, una gran mayoría; y ausencia de normas reguladoras de la protección al consumidor. Códigos del consumidor, normas proteccionistas están esperando en el Poder Legislativo que llegue algún día para que se dicten o promulguen... Que son muy largos esos códigos, que son muy complejos. Lo cierto es que no podemos dejar pasar una generación sin hallar la respuesta... Como si viviéramos en el paraíso, para poder discutir eternamente estas cuestiones. ¡Qué paradoja! Ustedes saben que en los Estados Unidos las empresas son muy controladas en cuanto a los bienes y servicios que incorporan al mercado. Son severamente controladas. Esa libertad de comercialización, para las empresas, es muy relativa. En cambio, aquí se pretende que las empresas tengan un ancho campo de actuación, una gran libertad. Esto llama la atención. Da la impresión de que ésta fuera tierra de experimentación, tierra de desprotección, un campo arrasado... Esto, por ejemplo, tiene que ver con el gran debate sobre los productos de farmacia, de la farmacopea, de los productos medicinales, y con el famoso tema de la responsabilidad. ¿Qué pasa cuando un producto que hoy parece inofensivo el día de mañana se vuelve ofensivo, se descubre su carácter dañoso? ¿Responde el que hoy lo puso en el mercado cuando aparentemente era inofensivo y empezó a probarlo? Yo digo ¡cuidado!, qué grave que lleguemos siquiera a pensar que un gran país del mundo nos use como conejitos de la India y nos trae la píldora del colesterol para tratar de controlarlo, cuando a lo mejor, esta ingesta nos lleva a la ceguera. Que no se nos diga que, de cualquier manera, estaba en experimentación... ¿Y por qué no en los países centrales? ¿por qué sí en naciones periféricas? La cuestión es apasionante.

LICENCIADA GARCIA DEL SOUTO. - Esta otra pregunta tiene por destinatario al doctor Adrogué.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿Por qué considera que el establecimiento del divorcio vincular es un factor de disolución familiar?

DOCTOR ADROGUÉ. - Antes de responder a esa pregunta, quiero hacer una breve reflexión.

Quiero destacar mi profunda admiración por Michel Villey, a quien adhiero y a quien releo. Es un pensador cristiano que tiene toda mi adhesión.

En lo que respecta a otros comentarios, tengo mis coincidencias y mis discrepancias con el doctor Mosset Iturraspe, inclusive sobre lo que acontece en los Estados Unidos y qué es lo que nos acontece a nosotros y por qué nos va tan mal. Creo que todavía no superamos concepciones tercermundistas que, lejos de enriquecer, nos seguirán empobreciendo. Pero, en fin, las cosas son así.

¿Cómo se destruye la familia con el divorcio? En nuestra modesta opinión, el tema es relativamente simple.

Si un hombre y una mujer se quieren y piden el reconocimiento institucional a la sociedad política, lo hacen para formar una familia, para fundar una familia. No dudamos de que antes de Lo Stato existió el hombre. El hombre nació de una mujer por unión con un varón. El ser humano nace naturalmente en una familia. Estamos convencidos de que la célula natural de la sociedad es la familia, y así nos parece que quien ha pedido el reconocimiento institucional para fundar una familia, que es la piedra angular de la sociedad política, no puede pretender con posterioridad solicitar su disolución y la readmisión para constituir otra familia.

Si es muy grave poner en crisis la unidad de un país, nos parece que no es menos grave poner en crisis la unidad familiar.

No estamos juzgando personas. No conozco ninguna concepción que obligue a convivir a dos personas que no se quieren. Se está hablando de otra cosa; se está hablando acerca de si es legítimo autorizar a fundar una nueva organización natural, que es la base de la sociedad política. Este es el núcleo del tema.

Más aún, estamos convencidos de que la crisis del país es una crisis de unidad. ¿No nos damos cuenta de que los partidos políticos - el peronismo, el radicalismo, la Ucedé, para citar los más significativos - están divididos? ¿La CGT no está dividida? ¿Las fuerzas armadas no están divididas? ¿La familia no está dividida? A veces no asumimos que padecemos una profundísima crisis, y es una crisis de unidad.

Estamos firmemente convencidos de que el principal objetivo para tener destino como nación es acentuar el espíritu de solidaridad, acentuar el espíritu de comunidad. La escuela de las virtudes comienza en la familia.

Hemos soslayado un tema que está en la boca de todos: el de la profunda corrupción que padecemos. Que no es de ahora, viene desde hace cinco, seis o más años.

Creemos que la corrupción se debe a que hemos perdido nuestras raíces. Somos firmemente democráticos, pero nos da tristeza que nadie hable de la patria, que nos llenemos la boca de democracia y no evoquemos a los padres de la patria. Creo que eso nos ha ocurrido. Los grandes países a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que el doctor Mosset Iturraspe llamó centrales hacen un culto de los formadores de sus patrias porque honran sus tradiciones, no se dan esos lujos desmedidos y absurdos de estar permanentemente denigrando o negando a nuestros propios antecesores.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Dentro del contexto de sus relaciones los señores expositores a veces se refieren a temas que no hacen estrictamente al contenido de las mesas redondas y sí a la riqueza de sus puntos de vista.

Pero las preguntas, por razones obvias, tienen que ceñirse al contenido del temario, que hoy es el de economía y derecho privado. En la medida en que sigan esa directiva, voy a aceptar que se formulen y a instar las respuestas.

PARTICIPANTE. - Doctor Adrogué: ¿No hay una diferencia muy grande en establecer un dominio de las características del que usted plantea y la realidad que presenta múltiples factores económicos? Es decir, me parece que usted plantea un dominio muy estricto cuando, por otra parte, se ve lo interligado que están todas las relaciones comerciales y de dominio no sólo interno, sino externamente.

DOCTOR ADROGUÉ. - Nosotros creemos que justamente la propiedad se ha fragmentado, que hay una diversidad de tipos. Más aún, hablamos de la humanización de la propiedad porque nos iba a llevar tiempo referirnos a la función social de la propiedad.

Nosotros estamos firmemente persuadidos de que es propio del derecho argentino la función social de la propiedad, y que es una teoría.

Nosotros creemos que esta teoría está acogida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Cuando este artículo constitucional alude a la prerrogativa del trabajador de colaborar en la dirección de la empresa, de controlar la producción y de participar de las utilidades es porque ha coloreado el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Inclusive, el derecho del trabajo como una manifestación del derecho de la producción, que integra la economía en sentido lato, ha modificado profundamente la institución de la propiedad.

El tema es extenso e imposible de describir en veinte minutos. Simplemente le digo que nosotros creemos que la función social de la propiedad es derecho positivo, y que la función de la propiedad, que está cobijada en el artículo nuevo de la Constitución Nacional, es incompatible con la concepción napoleónica de la propiedad. Los marxistas le llaman la concepción burguesa de la propiedad. Nosotros preferimos, siguiendo a otros autores, hablar de la concepción napoleónica de la propiedad, que es esa propiedad absoluta, exclusiva y perpetua, cuyo modelo es el de la Revolución Francesa, el territorial.

Más todavía, todos sabemos que fue probablemente Tomás Moro quien acuñó la voz "utopía", y pensamos que fue probablemente Napoleón el que originó la expresión "ideólogos" a los que se oponían a la concentración de poderes en su persona. En realidad, los ideólogos eran los que continuaron

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con el iluminismo y el enciclopedismo.

PARTICIPANTE. - Doctor Adrogué: Yo no sé si tengo un problema de interpretación, y lo digo con todo respeto. Mi planteo es por lo menos desde mi óptica, y tal vez sea muy pretencioso.

Me preocupa un poco cierta utilización que usted ha dado a determinados términos y advierto una cierta contradicción lógica, porque en diferentes momentos usted nos habla de unidad, en otros, de disociación, particularmente citó la disociación de la propiedad. Al mismo tiempo veo la contradicción cuando usted habla de diversificación o fragmentación de la propiedad. Entonces, como conclusión yo interpreto - amén de las buenas intenciones de su planteo, que me parece brillante, sin descartar la existencia de ideologías, cosa que últimamente está muy de moda - que el planteo resulta en algún sentido escaso, porque mantiene un statu quo, lo que me asombra.

Es decir, usted brega por una suerte de humanización del derecho y de la economía, pero, en definitiva y hablando vulgarmente, no plantea cómo agrandar la torta, como diría en economía, sino, en una de éstas, cómo podemos distribuirla.

Me da la sensación de que para usted diversificación es disociación, y que no existe un criterio único. Tengo la impresión de que ante la falta de esa famosa unidad, ya sea en la familia, en la propiedad, en todos los ejemplos que citó históricamente, usted cree que hay disociación. Entonces, ¿dónde está la propiedad? Tenemos dos propiedades, dos derechos, dos economías. Yo, modestamente, no lo veo así, y por eso le planteo la crítica. Tal vez son dos caras, dos aspectos de una misma realidad.

DOCTOR ADROGUÉ. - Posiblemente me he explicado muy mal...

PARTICIPANTE. - No, probablemente yo lo interpreté mal.

DOCTOR ADROGUÉ. - Yo he hablado de la unidad de la familia y he hablado de la diversificación de la propiedad. Más aún, dije que "dominio" es un término ya histórico, que ahora se habla de propiedad, y que no hay una sola propiedad, hay muchos tipos de propiedad.

Algunos autores hablan de fragmentación, otros hablan de disociación; son distintos términos de lo mismo. Otros han hablado de flexibilización, y hay quien ha dicho que la flexibilización es lo contrario a la diversificación.

Disociación, diversificación, fragmentación apuntan a la misma idea, y no se refieren a la familia, sino a la propiedad. El objetivo central de nuestra exposición fue la propiedad.

Quiero hacer una aclaración: modestamente, no puedo responder a cómo hacer dinero, porque tendría que aprender a hacerlo yo primero. Además, no soy economista. Modestamente, estudio derecho. Por otra parte, no estoy descubriendo ni diciendo ninguna originalidad. Simplemente, soy un lector, y en cuanto a la diversificación de la propiedad, es una doctrina firmemente establecida en una multitud de autores actuales, fundamentalmente europeos.

PARTICIPANTE. - El doctor Adrogué comenzó su exposición refiriéndose a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la génesis de la ley. Habló de la génesis del derecho, y supongo que se ha remitido a la ley como forma de expresión del derecho. Luego el doctor Mosset Iturraspe hizo una interpretación del término "derecho" como justicia y lo relacionó con una economía que llamó "mercado". Luego el mismo expositor llegó a la conclusión de que quizás hay un movimiento pendular permanente y que posiblemente la verdad está en el medio, concepto aristotélico.

Mi pregunta, que va dirigida a cualquiera de los dos expositores, estaría concebida así: ¿No será tal vez que el meollo de esta cuestión, la relación entre estas dos cosas, está en la génesis de leyes que afectan a la economía y su efecto sobre la economía en forma de privilegio?

Formulo la pregunta porque me parece que la mayor parte de las leyes que llevan al derecho a invadir el campo de la economía tiene una génesis que apunta a proteger a algún privilegio y que en esas génesis no están las centurias romanas detrás sino los grupos corporativos de presión, para que esas leyes beneficien a una minoría o a una mayoría, pero que en definitiva no apuntan a conservar o a preservar reglas de juego del tipo que necesitarían las inexorables reglas del mercado para funcionar en armonía y equidad.

DOCTOR MOSSE ITURRASPE . - Me resulta difícil entender que se afirme que las leyes que pretenden de algún modo corregir las fallas o las debilidades en el mercado apunten a proteger privilegios. Salvo que usted aluda con la expresión "privilegio" al privilegio de ser pobre, al privilegio de ser un hombre auténticamente libre, al privilegio de poder gozar de toda su libertad, al privilegio de la holganza.

Yo no creo que cuando el Código del Consumidor o las leyes de protección del consumidor se afanan en encontrar una protección excluyendo de la contratación predispuesta a las cláusulas abusivas apunten a proteger un privilegio. Casi diría que se ha dado vuelta la relación; que apuntan a limitar, a encasillar, a embretar, diríamos, los privilegios que da el poder económico, que da la riqueza. Porque la riqueza es el poder económico que otorga privilegios, desde la concepción tradicional.

No alcanzo a entender. Evidentemente, el debate acerca de si el mercado funciona mejor librado a sus leyes o con la intervención del derecho, es un debate muy difícil de acotar o de enriquecer porque mucho se ha dicho ya. Por eso, me parece mejor, por ahora, dejarlo así.

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - Quiero hacer una brevísima reflexión.

He oído decir que el derecho invade el campo de la economía.

El derecho está en todos los campos. La sociedad está regida por el derecho. Sin derecho no se concibe sociedad alguna.

DOCTORA FLAH. - Coincido con el doctor Videla Escalada sobre el ámbito de aplicación e incumbencias del derecho y la economía. Pero respetando la consigna de esta mesa, no voy a decir que no coincido con el doctor Adrogué en cuanto al debilitamiento de la familia debido a la sanción de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

leyes 23264 y 23515.

Tampoco voy a decir que disiento totalmente de ese planteo porque considero que se han recogido los patrones de la realidad contrarios a todo tipo de discriminación, en un caso, y, en el otro, admitir el divorcio implica el remedio para evitar que perdure una convivencia imposible o nociva cuando no es justamente testimonio de unidad familiar.

Entrando al tema que motiva esta reunión, coincido con la necesidad de modernizar el derecho de propiedad, pero ello no conlleva de ninguna manera afirmar que el derecho de propiedad o de dominio no es derecho absoluto. Es absoluto porque se trata del derecho subjetivo que otorga la mayor cantidad de facultades a su titular en cada ordenamiento jurídico. La existencia de restricciones y límites al dominio no desnaturaliza ni modifica este carácter, porque constituye la normativa dentro de la cual se desenvuelve el derecho en cada lugar y momento histórico.

La nueva redacción del artículo 2513 del Código Civil ha constituido una modificación semántica variando el parecer, no el ser. Es cierto que la incorporación del ejercicio regular del derecho de propiedad y del abuso del derecho es importantísimo, porque recoge expresamente la idea de justicia y equidad. Pero también es cierto que los estándares de la buena fe, la moral y las buenas costumbres no estuvieron ni deben estar ajenos en la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, siempre doy a mis alumnos el ejemplo del propietario de varios inmuebles que, pese a la existencia del problema habitacional que nos aflige y a la escasez de la oferta de inmuebles en locación, trata de mantenerlos cerrados, desocupados e inactivos.

¿Que solución ofrece nuestro derecho? En cuanto hace a la diversificación de la propiedad, ésta está dada por el objeto sobre el que recae, y pienso que si se trata de modernizar el concepto, llamarlo propiedad aparece más moderno que dominio. A este fin sería muy interesante desprenderlo de la necesidad que recaiga sobre cosas corporales. Se abriría así una nueva perspectiva con la extensión del derecho de propiedad a otros bienes que no sean las cosas corporales o materiales, por ejemplo, créditos, propiedad intelectual, propiedad industrial, etcétera, que también integran el patrimonio.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Para el cierre de esta mesa redonda, dejaré en el uso de la palabra a los relatores.

DOCTOR ADROGUÉ. - Seré muy breve.

En general se dice que desde que se incorporó el abuso del derecho ya no podemos calificar de absoluto al derecho de propiedad. Más aún, desde que se incorpora al abuso del derecho, nuestra doctrina en general ya no habla de ello. En general hay una coincidencia en que de los tres atributos tradicionales de la concepción napoleónica - absoluto, exclusivo y perpetuo-, el determinante es el absoluto, porque el exclusivo y el perpetuo son derivaciones del absoluto.

Por otra parte, la función social de la propiedad va más allá del abuso del derecho. En muy pocas palabras me voy a referir a este tema.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En tanto que posiblemente el abuso del derecho suponga una suerte de limitación externa que impide desvirtuar mediante su ejercicio los fines por los cuales el ordenamiento jurídico reconoció o concedió un derecho, la función social de la propiedad integra la estructura del derecho de propiedad, que, en nuestro derecho, se da, según creemos, en los bienes de producción. Por eso, la función social de la propiedad significa que el propietario de un bien de producción lo ejerce explotándolo. De ahí que creemos que no es inconstitucional la ley de ordenamiento territorial de la provincia de Buenos Aires que, como todos sabemos, puede llegar a obligar la edificación e inclusive puede terminar en la expropiación. Esto es ley, porque si no, no puede ser que una persona por no edificar termine en la expropiación. Es decir, el solo hecho de no haber edificado determina la expropiación. Por supuesto, previo trámite que contempla expresamente la ley de ordenamiento territorial. ¿Por qué todo esto? Porque hay algunos bienes - nosotros creemos que son fundamentalmente los de producción - que tienen la función social, y la función social es absolutamente antitética con el carácter absoluto. Más aún, nosotros creemos que el carácter absoluto en nuestro país no existe desde la reforma constitucional del año '57.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Tiene la palabra el doctor Mosset Iturraspe.

DOCTOR MOSSET ITURRASPE. - Tres pequeñas acotaciones.

La primera, un joven y brillante profesor rosarino, el doctor Colomino, ha presentado su tesis doctoral sobre el siguiente tema: De cómo don Dalmacio Vélez Sársfield siguió las teorías económicas expuestas en los siglos XVIII y principios del XIX, desechando las más adelantadas o modernas entre 1850 y 1890, para aceptar las más tradicionales, las que de algún modo estaban superadas a la época de la sanción del Código Civil. Trae ahí el tema de Alberdi, la polémica, los criterios económicos de Alberdi; cómo los criterios de Vélez, enfrentados a los de Alberdi y a los de los economistas modernos, se trasuntan en muchos textos del Código Civil. Es lo queda para que ustedes lo profundizen.

Segundo tema. La idea utilitarista en el derecho aparece muy clara en una línea de pensamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de tres fallos.

El primero, que muy pocos han leído, es el llamado fallo del divorcio, en el que la Corte sostiene, por el voto de la mayoría, que no existen tales criterios de moral social o de bien común, que cada persona mayor en la comunidad es dueña de su destino y de hacer lo que quiera con su vida y que si alguien quiere casarse veinte veces puede hacerlo y treinta veces también, y que no existe una autoridad para decirle: esto que haces está bien, esto que haces está mal. Es el utilitarismo americano, que no era, a mi juicio, imprescindible para fundar la decisión de divorcio, pero la Corte lo trae porque la mayoría de entonces adhería a este criterio.

El segundo, en la misma línea de pensamiento, es aquel fallo que declaró inconstitucional una norma penal que incriminaba el consumo de drogas en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el propio domicilio. Allí la Corte volvió al tema para decir: ¿por qué el Estado se pone en paternalista?, ¿, por qué no se deja a los ciudadanos que hagan lo que quieran de su vida?, ¿por qué insistir con la moral social? Lo que cada uno considere provechoso para sí, eso es la verdad suya y eso es lo útil para sí y eso es lo que debe hacer él, y no hay tales criterios rectores o pautas comunes. Es notable la disidencia expresada a ese fallo nada menos por el entonces Presidente de la Corte, el penalista Carlos Severo Caballero, y por el doctor Belluscio, que aparecen allí como defensores de la moral social.

Y el tercero, donde se vuelve al tema - no sé si primero o segundo en el orden del tiempo es el de la señora de Balbín con motivo de la difusión del avance en la intimidad.

Hay, entonces, una línea de pensamiento utilitarista en la Corte y que conviene investigar para ver si se ha repetido en fallos más recientes del '89 o '90.

Finalmente, mucho de lo que aquí se dijo sobre la realidad, la economía, la patria, el orden público, aparece en el lema de los contratos en dólares, que algunos pretenden que sean pagados en dólares, como moneda esencial.

Nos decía el profesor Adrogué que se está perdiendo el criterio de patria, de nacionalidad; esos criterios fundamentales que los argentinos siempre respetábamos. Y ahora estamos en el debate de la moneda. ¿Compromete o no compromete la existencia de una moneda argentina, el austral, la soberanía del país? ¿Surge o no surge de la Constitución? ¿Podemos, sin caer en crudo nacionalismo, defender al austral, o tenemos que aceptar, como tantos medios de prensa pregonan, el bimonetarismo, que sabemos que conduce fatalmente a la moneda americana como moneda única?

Este es un tema de la economía, es un tema del derecho, es un tema de la nacionalidad, es un tema de la intervención o no intervención en el mercado nada menos que con la moneda, común denominador de los valores.

Así se dice que aceptar la moneda yanqui acabaría con los problemas nuestros, no habría más inflación, no habría más emisión exagerada. Claro, el Estado no tendría billetera, no tendría cartera, no tendría bolsillo, no tendría dinero propio, tendría que juntarlo como cualquiera. Pero los impuestos se pagarían en dólares, se cobrarían en dólares. ¡Qué maravilla..!

Y entonces, yo ironizando digo: extendamos la medida... A lo mejor podemos prescindir de las fuerzas armadas; adoptemos las americanas. Y podemos prescindir de gastos en educación; adoptemos profesores americanos. Y hagamos al final como Puerto Rico, que, después de algunos de esos intentos, puso a votación "Patria independiente o anexión", y la mayoría dijo "anexión"...

LICENCIADA GARCIA DEL SOUTO. - Desearía saber si los relatores consideran que existe algún modo para compatibilizar la función social de la propiedad y la justicia social con la aplicación ortodoxa de la economía liberal.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - ¿Quién quiere contestar el interrogante?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR ADROGUÉ. - Quiero contestar simplemente su pregunta, señorita. Si usted dice que la función social de la propiedad es compatible con un crudo liberalismo, yo estoy convencido de que no; categóricamente no.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Muchas gracias a todos y hasta la próxima reunión.

- Aplausos prolongados.

Tema: ECONOMÍA Y DERECHO PRIVADO (SEGUNDA REUNIÓN)

Relatores: PROFESORES ISIDRO H. GOLDENBERG, ATILIO A. ALTERINI Y ROBERTO LÓPEZ CABANA

Participante: DOCTORA LILY FLAH

Fecha: 7 DE NOVIEMBRE DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI - Hoy celebramos la última mesa redonda del ciclo de este año y nos convoca el tema Economía y Derecho Privado

Son tres los oradores que están con nosotros, quienes han acordado exponer sobre esta temática en el siguiente orden: primero, el doctor Isidoro Goldenberg, luego el doctor Atilio Aníbal Alterini y finalmente el doctor Roberto López Cabana.

DOCTOR GOLDENBERG.

I. El tema que hoy nos convoca es "Economía y Derecho Privado".

Quiero comenzar esta disertación enmarcando esas disciplinas dentro de un contexto histórico, ya que no es posible prescindir de la historicidad del fenómeno jurídico. En efecto, el derecho es una realidad, en el plano de los valores culturales y, en definitiva, como toda realidad, se halla inmerso en el flujo vivo de la historia.

No es procedente, pues, hablar de economía y derecho soslayando ese dato, que va a condicionar en forma inescindible ambas manifestaciones de la cultura.

Efectuada esta salvedad, debo expresar que una de las pautas significativas de esa interdependencia es la pérdida de vigencia de los criterios tradicionales. El devenir temporal provoca una incesante metamorfosis de las reglas jurídicas a medida que se van operando las transformaciones en el seno de la comunidad por el impacto de las nuevas condiciones económicas.

II. Tradicionalmente, la riqueza de las naciones se asentaba en el siguiente trípode: la tierra, el trabajo y el capital. Esa ha sido la óptica de los economistas clásicos.

Pero en la era actual estos factores fueron desplazados por la información codificada y centralizada y el potencial científico técnico. Es necesaria la