

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXX

■ Núm. 2187

■ Marzo de 2016

## RECENSIÓN



**«Informes. Rapports. Reports. De la Asociación Argentina de Derecho comparado al XIX Congreso Internacional de Derecho comparado». 2014.  
Personería Jurídica C. 6506. Av. Santa Fe 1145 C1059 ABF- Caba, República Argentina. 414 p.**

**Gabriel García Cantero**

**«Informes. Rapports. Reports. De la Asociación Argentina de Derecho comparado al XIX Congreso Internacional de Derecho comparado». 2014. Personería Jurídica C. 6506. Av. Santa Fe 1145 C1059 ABF- Caba, República Argentina. 414 p.**

**GABRIEL GARCÍA CANTERO**

Catedrático Emérito de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

1. Introducción. Este tipo de obras que recensiono es poco habitual entre nosotros, pese a que los Congresos Internacionales de Derecho Comparado han sido bastante conocidos y difundidos en los últimos años. Se trata, en realidad, de un valioso material comparativo, elaborado con ocasión de su celebración. Sobre la base de un programa previo -propuesto por la *Académie International de Droit Comparé* (AIDC) al anunciarlo- que abarca tendencialmente todos los ámbitos jurídicos, el Ponente general recibe las ponencias o informes nacionales (en torno a una veintena, de promedio) relativos al tema en cuestión, de países que suelen pertenecer, de hecho, a todos o casi todos los continentes, y que le sirven para elaborar la propia ponencia que se discutirá en el Congreso. Una vez celebrado, ha sido habitual hasta ahora que el resultado final de la discusión en el Congreso de todas las Ponencias generales se recoja en un valioso y documentado volumen. Previamente, las Asociaciones Nacionales más activas (en el momento actual cabe mencionar a Francia, Italia, USA, Suiza e Israel, grupo al que ahora se suma Argentina) acostumbran a editar previamente al Congreso sus ponencias nacionales -y, ello aunque raras veces abarquen la totalidad del temario congresual -, en un volumen cuya utilidad resulta, por lo demás, evidente. Para el país respectivo es la prueba de su dedicación efectiva al *ius comparatum*, lo que incrementa su prestigio; para los asistentes al Congreso, es un punto de referencia en el debate; para terceros países, constituye por añadidura un acreditado medio de información en el futuro.

En el presente caso, al haber sido la publicación del volumen recensionado, resultado del esfuerzo desplegado por la Asociación Argentina de Derecho comparado, conviene recordar que ésta fue fundada en 1947 debido a la creación, el año anterior, de la sección argentina de la *Société de Législation comparé*, con sede en París, cuya presidencia ha sido, sucesivamente, ostentada por ilustres juristas argentinos, entre ellos Julio César Rivera, y el actual Pedro Aberástury.

2. Contenido. El volumen reproduce el texto completo de doce extensas ponencias argentinas presentadas al XIX Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en Viena del 20 al 26 de julio de 2014), redactadas en francés o inglés, sin duda de interés general para el jurista y el comparatista español; en esta recensión prestaré preferente atención a las materias de Derecho privado. A continuación recojo el índice general:

-Miguel Ángel ACOSTA, *Personal guarantees: between commercial law and consumer protection*<sup>1</sup>.

-Augusto BELLUSCIO, *Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El autor es Prof de la Univ. Nacional del Mar del Plata. Op. cit. p. 11-40.

<sup>2</sup> Op. cit. p. 41-89.

- Alberto Ricardo DALLA VIA, *Compared electoral systems*<sup>3</sup>.
- Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO and Paula Maria ALI, *Proof and Information about Foreign Law*<sup>4</sup>.
- Hortensia D.T. GUTIÉRREZ POSSE, *Damages for the Infringement of Human Rights*<sup>5</sup>.
- Rafael Mariano MANÓVIL, *The law of closed corporations*<sup>6</sup>.
- María Blanca NOODT TAQUELA, *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the application of the New York Convention by national courts*<sup>7</sup>.
- Agustín PARISE, *Migration and Law*<sup>8</sup>.
- Julio César RIVERA, *The effects of financial crises on the binding force of contracts: Renegotiation, rescission or revision*<sup>9</sup>.
- Julio César RIVERA (Jr.) *Foreign precedents in constitutional litigation*<sup>10</sup>.
- Alejandra RODRIGUEZ GALÁN, *Judicial rulings with prospective effects*<sup>11</sup>.
- Alfredo Mauricio VITOLLO, *Applicable religious rules according to the law of the state*<sup>12</sup>.
- Graciela MEDINA, *La contractualisation de la famille/ Contractualisations of family law*<sup>13</sup>.

### 3. Ponencias de contenido preferente de Derecho civil:

A) El Prof. ACOSTA advierte de la escasa repercusión sociológica del tema sobre las garantías personales, en el marco de la protección de consumidores, en la realidad judicial argentina (de un total de 200.000 casos examinados, apenas si un centenar se relacionaban con ella, o sea un 0'05 % del total). Hace una sucinta descripción de la historia de la codificación y de la irrupción de aquel principio, con apoyo de la Constitución de 1993, y la vigente Ley nº 24.240

<sup>3</sup> El autor es Prof. de la Univ. de Buenos Aires. Op. cit. p. 91-101.

<sup>4</sup> El Prof. Fernández Arroyo es Prof. de Sciences Po (Paris), y la Profs<sup>a</sup> Paula María Alí, lo es de la Univ. Nacional del Litoral (Santa Fe). Op. cit. p.103-132.

<sup>5</sup> La Profsora. Hortensia D.T Gutiérrez Posse es emérita de la Univ. de Buenos Aires. Op.cit. p. 133 -161.

<sup>6</sup> Op. cit. p. 163-206.

<sup>7</sup> La autora es Profesora de la Univ. de B. A. y Dean de la Univ. de Belgrano. Op. cit. p.207-224.

<sup>8</sup> El autor ha cursado estudios en las Universidades de Maastricht, Buenos Aires y Louisiana. Op.cit. p. 225-283.

<sup>9</sup> El autor es Prof. de Derecho civil en la Univ. de Buenos Aires. Op.cit. p.285-335.

<sup>10</sup> El autor es Prof. de la Univ. de San Andrés (Argentina) and *Global Adjunct Professor of law* (NY Schol of Law). Op. cit. p. 311- 335.

<sup>11</sup> La autora es Profesora de Derecho constitucional de la Univ. de B.A. Op.cit. p. 337-367.

<sup>12</sup> El autor es Prof. de la Univ. de B.A. Op.cit. p. 368-384.

<sup>13</sup> La autora es Profesora de Derecho civil de la Univ. de B.A. y Vicepresidenta de la Asociación Argentina de Jueces. Op.cit. p. 385-414.

(2008), combinada con la Ley de buenas prácticas comerciales n° 22.802, la Ley antitrust n° 21.156 y la Ley sobre tarjetas de crédito n° 25.065. Las garantías personales aparecen todavía reguladas profusamente en los códigos civil y mercantil (ambos debidos a Vélez Sarsfield). Tras parciales reformas de la regulación, el régimen se contiene en los arts. 1986 a 2050 del Cc y 478 a 483 Ccom, sin que el Proyecto de unificación del Derecho privado, aprobado en 2011, se haya convertido en ley<sup>14</sup>. Explica detalladamente el funcionamiento sustantivo y procesal de las garantías personales de las obligaciones en general y en el ámbito consumerista, y presta atención a la muy discutida noción de consumidor y de sus derechos de información, con cita abundante de doctrina argentina y de la escasa jurisprudencia. Su conclusión final<sup>15</sup> - que podríamos calificar de *levemente optimista* -es la subsistencia de una dualidad de regímenes, privado y consumerista, que pese a sucesivas reformas, no han llegado a confluir, aunque en ocasiones los Tribunales hacen considerables esfuerzos por armonizar elementos aislados y construir un sistema funcional.

B) La ponencia del Prof. BELLUSCIO<sup>16</sup>. a modo de introducción, pasa revista a los denominados derechos fundamentales en la Constitución argentina, a partir de 1853 hasta nuestros días, enumerando las Convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Argentina, advirtiendo que desde 1994 el núcleo básico forma parte del bloque constitucional. El control constitucional sigue el sistema norteamericano, caracterizándolo de difuso ya que todos los tribunales, cualquiera sea su grado, tanto si pertenecen a la Federación como a las Provincias, tienen la facultad de declarar contrarios a la Constitución y a los Tratados internacionales, las leyes, decretos del poder ejecutivo y demás disposiciones administrativas. Está garantizada la inamovilidad de los componentes del Poder judicial, federal y provincial. En sucesivos apartados el Prof. BELLUSCIO analiza *le rayonnement des droits de l'Homme* en diversos sectores del ordenamiento (contratos, responsabilidad extracontractual, el derecho a la vida privada y a la intimidad, el equilibrio entre el derecho a la vida privada y la libertad de expresión y de información; el derecho de propiedad privada y, con amplitud y detalle, el Derecho de familia, sentando sus principios básicos, las parejas de hecho, el divorcio - en 1986 el TS declara inconstitucional la indisolubilidad, hasta entonces vigente -, las parejas de hecho, el matrimonio sexualmente neutro y la Ley n° 26.618 sobre matrimonio homosexual - siguiendo en buena parte las pautas de la Ley española de 2005-, la filiación, el interés superior del menor, y la adopción. El autor hace gala de su espíritu crítico, y así algunas reformas contenidas en el non nato Cc de 2012, las califica de *manque de technique et de l'obscurité de style*<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Se compone de 2571 arts., divididos en seis libros y una sección preliminar. El autor advierte que en el derecho argentino no existe la poco clara distinción angloamericana entre suretyship y securities (op.cit. p. 14).

<sup>15</sup> Op.cit. p. 80.

<sup>16</sup> Ponencia caracterizada por su amplitud y minuciosidad, puede considerarse resultado de una determinada técnica de elaboración de ponencias nacionales, que ha variado a lo largo de los 19 Congresos Internacionales celebrados hasta ahora por la AIDC, pasando de ser absolutamente libre a convertirse exclusivamente en las respuestas del ponente nacional al cuestionario elaborado por el Ponente general de turno. De mi experiencia personal constato que, con esta última cualidad, he utilizado, desde el sistema de una libertad total para los ponentes nacionales - así en el Congreso de Teherán (1994) -, al de un cuestionario facultativo en el de Brisbane (2002). Sin duda el cuestionario previo facilita la elaboración de las ponencias nacionales y la discusión congresual, pero un dirigismo excesivo puede producir reiteraciones y corre el riesgo de oscurecer la visión general. En el último Congreso de Viena (2014) he optado personalmente, al elaborar mi ponencia nacional, por acumular ambos procedimientos (exposición general+respuesta a cuestionario). Lateralmente cabe añadir aquí que el ponente argentino advierte diferencias de traducción del cuestionario, en perjuicio del texto francés (op. cit. p. 55, nota 7), lo que supone un problema ulterior añadido.

<sup>17</sup> Op. cit. p. 85. ss. Observa el autor, con referencia a algunas reformas introducidas en el Proyecto de 2012, que resulta difícil distinguir si el fundamento de las mismas se encuentra en los derechos fundamentales o exclusivamente en las ideas personales de los redactores del mismo.

C) La ponencia de la Profesora. Hortensia D.T. GUTIÉRREZ POSSE, sobre los daños causados por la violación de derechos humanos nos acerca en concreto a las consecuencias de la infracción por los Estados-parte *del Sistema inter-americano de derechos humanos*, (este último, no muy conocido entre nosotros fuera de los ámbitos especializados). Tal sistema nació a mediados del siglo XX en la 9ª Conferencia Inter-americana de Bogotá de 1948 al adoptarse la Carta de los estados americanos y la Declaración de los derechos y deberes del hombre. El 22 noviembre 1969 la Conferencia especializada sobre derechos humanos aprobó la correspondiente Convención que entró en vigor el 18 julio 1978. La *Inter-American Court of Human Rights*, uno de sus órganos básicos, se estableció en San José de Costa Rica el 3 septiembre 1979, como Tribunal permanente para la protección de los derechos humanos, operando como Tribunal Constitucional cuando los Estados-parte incumplen su deber de garantizar los derechos humanos que se les ha encomendado, en aplicación de los arts. 1 y 2 de la Convención, obligándoseles a que su ordenamiento interno adopte las medidas necesarias para salvaguardar los derechos y libertades garantizados por la Convención. Después de explicar el marco legal en que actúa el Tribunal<sup>18</sup>, la autora analiza con detalle una serie de casos resueltos por aquél en relación con Argentina<sup>19</sup>, destacando que la Corte Inter-americana ha tratado de extraer toda la eficacia posible de los mencionados arts. 1 y 2, de modo que cualquier violación demostrada y objeto de una sentencia supone consecuencias, es decir una reparación, aunque no sólo bajo la forma de indemnización que comprende una compensación por el daño pecuniario y no pecuniario, sino también bajo otras modalidades, como la rehabilitación, la satisfacción y garantía de no reiterarse el daño. La rehabilitación no se centra exclusivamente en la asistencia médica bajo todas sus formas, sino también en ayudar a la víctima para superar los obstáculos derivados de la violación de sus derechos y libertad (así condena a los Estados a proporcionar a las víctimas equipos de especialistas que dirijan y orienten la rehabilitación, garantizándoles recursos materiales y condiciones apropiadas). Una de las medidas adoptadas ha sido la inserción de la sentencia en los periódicos oficiales o en diarios estatales de amplia difusión, y también ocasionalmente la efectiva inserción en una *website*. Con todo, estimo por mi parte ser una de las medidas más eficaces que se proceda por el Estado infractor a hacer una investigación procedente de los hechos denunciados, encaminada a perseguir y sancionar internamente a los autores de tales violaciones y a quienes han colaborado con ellos, anulando incluso las decisiones adoptadas contra las víctimas por los tribunales domésticos, y modificando, por último, la legislación interna para acomodarla a la Convención Inter-Americana. Ello se completará accesoriamente con cursos sobre derechos humanos dirigidos a las fuerzas de seguridad, administración de justicia y cuerpos de la administración federal y provincial.

D) Sobre el tema de «Los efectos de las crisis financieras en la fuerza obligatoria de los contratos: renegociación, rescisión o revisión», trata la Ponencia del Prof. Julio César RIVERA (*sr*). El Cc argentino de 1869 en su art. 1197, estableció como principio general que los contratos obligan a las partes como si se tratase de la ley misma, sin que se admitan excepciones explícitas, de modo que en principio no se prevé la posibilidad de rescindir o revisar el contrato por causa de alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración<sup>20</sup>. Pero Argentina ha sufrido crisis económicas y financieras muy profundas, a lo largo del siglo pasado, que ha llevado a la legislación especial y a la jurisprudencia a atenuar el principio de *pacta sunt servanda*, así

---

<sup>18</sup> Op. cit. p.134-140.

<sup>19</sup> Op. cit. p.140-160.

<sup>20</sup> Observa que en derecho argentino se distingue entre *rescisión* y *resolución* del contrato, pues la primera carece de efectos retroactivos; las acciones de ineficacia por los vicios de lesión y excesiva onerosidad, son acciones de rescisión (op. cit. p. 285, nota 2).

como a la importante reforma del Cc en 1968, a introducir la *teoría de la imprevisión*. El autor hace una detallada descripción cronológica de la legislación argentina en las siguientes etapas:

a) Repercusiones de la 1ª GM (introducción de paliativos en favor de los deudores, eliminando la convertibilidad del peso argentino al oro, al tiempo que la masiva llegada de inmigrantes originó una escasez de viviendas que obligó a fijar plazos de duración del arrendamiento de viviendas y la congelación temporal de las rentas urbanas; el TS en 1922 declaró la constitucionalidad de estas medidas transitorias y de excepción);

b) Enumeración de algunos efectos de la crisis global de 1929 (ley de 1933 que dispuso una moratoria hipotecaria con reducción de intereses, y una prórroga trienal para exigir el capital del préstamo y de seis meses para los intereses, también convalidada por el TS inspirándose en la jurisprudencia norteamericana). De aquí deriva la *doctrina de la emergencia*, que se ha consolidado ulteriormente, según la cual *se reconoce la existencia de un poder del Estado, implícito en todos los contratos, de intervenir en los mismos cuando lo autoricen razones excepcionales, siempre que la limitación sea razonable y transitoria*<sup>21</sup>.

c) Primeros pronunciamientos judiciales y evolución doctrinal sobre los efectos de la inflación (estudios doctrinales de Spota y Rezzonico, y prohibición del abuso de derecho introducido en la Constitución de 1949; y jurisprudencia que revisa el precio de algunos contratos invocando la buena fe, la equidad, la doctrina de la presuposición o la imprevisión).

d) La importante reforma del Cc en 1968, introduciendo la *teoría de la imprevisión*. En materia contractual, la doctrina, pese a que sólo afectó al 10% del articulado, consideró que, en realidad, se había transformado el inicial texto codicial en un nuevo Cc<sup>22</sup>. El nuevo art. 1198 reguló así la imprevisión: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o podido entender, obrando con cuidado y previsión.- En los contratos bilaterales conmutativos y en los contratos unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.- En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.- No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora .- La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato». La posterior aplicación de esta doctrina por la jurisprudencia ha sido muy frecuente vista la gravedad de ulteriores crisis (así caben mencionar, la hiperinflación de 1975 y la revalorización de las obligaciones pecuniarias; la devaluación de 1981; la hiperinflación de 1989, la crisis de 2001 en relación con la convertibilidad del peso, finalmente suprimida; esta *pesificación* impuesta ha sido convalidada por la el TS);

e) Finalmente, cabe mencionar que el Proyecto de Cc y mercantil de 2012, en su art.1091, mantiene sustancialmente la teoría de la imprevisión.

<sup>21</sup> Op. cit. p. 288.

<sup>22</sup> Pues atenúa de manera significativa el principio pacta sunt servanda, estableciendo el principio de la buena fe que rige tanto la celebración como la interpretación y el cumplimiento de los contratos, la doctrina de la imprevisión, el abuso del derecho y la lesión como vicios de los actos jurídicos; en otros ámbitos, se ha corregido la responsabilidad objetiva, limitándose el carácter absoluto de la propiedad (op.cit. p. 289).

El autor llega a las siguientes conclusiones parciales<sup>23</sup>: Aunque el Cc sigue conservando el principio general del *pacta sunt servanda*, la legislación y la jurisprudencia, con apoyo de la doctrina, a partir de las sucesivas crisis desencadenadas en el siglo XX han introducido moderaciones en el campo de la moneda pactada para el pago, en el carácter nominalista de la obligación del pago en dinero, en los plazos de duración de ciertos contratos, y en materia de la eficacia de los contratos autorizando la rescisión del contrato cuando se han producido modificaciones excepcionales e imprevisibles de las circunstancias que hacen excesivamente onerosa la prestación de una de las partes.

En la última parte el autor pasa revista a las teorías dominantes en la doctrina contractual europea y argentina (bases del contrato, frustración del fin, excesiva onerosidad) y con base en el art. 1198 Cc, analiza en profundidad las dimensiones adecuadas en que la doctrina y jurisprudencia argentina admiten el reajuste equitativo del contrato<sup>24</sup>.

E) Cierra el volumen recensionado, y también las ponencias de preferente contenido civil, la dedicada a un tema de actualidad, también entre nosotros y en la doctrina europea, sobre la *Contractualización de la familia*, debida a la Profsora y Magistrada Graciela MEDINA<sup>25</sup>. La autora realiza una apretada síntesis del sistema jurídico argentino que si bien en el ámbito constitucional tomó por modelo la Constitución norteamericana, en el privado pertenece indudablemente a la familia romano-germánica. Observa que en Argentina rige la regla de la eficacia vinculante de la Constitución, y se admite la existencia del Derecho civil constitucional. En cuanto al ámbito del Derecho de familia cree próxima la aprobación del Proy. de Cc y comercial de 2012, que se ha visto aludido con variedad de pronósticos sobre su eventual entrada en vigor, en anteriores ponencias, y aporta, a su juicio, grandes novedades en este sector del ordenamiento civil: Cambios de terminología, reducción de los deberes derivados del matrimonio (desaparecen así la fidelidad y la convivencia), divorcio sin causa, amplia contractualización de las relaciones familiares, imposición de deberes legales a los parientes por afinidad, creación de un tercer tipo de filiación basada en la voluntad, interés superior del menor, etc. Existe en el mismo el amplio objetivo de ampliar la libertad de los sujetos. La aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo supone un cambio de paradigma sobre el modo de concebir el Derecho de familia, lo que también incide en la más fácil admisión de la regulación contractual de los efectos personales y patrimoniales de tales uniones. Al mismo tiempo era necesario regular la procreación médicamente asistida y la maternidad subrogada, la delegación de la responsabilidad parental en los parientes por afinidad, así como la expresión de voluntades anticipadas en caso de enfermedad. Por último, se ratifica en el Proyecto la utilización de los procedimientos de mediación y conciliación, que desde hace un ventenio se venían utilizando en Argentina con reconocido éxito.

4. Palabras finales. Poco puedo añadir a lo ya dicho. Si acaso reiterar que Argentina es una *potencia emergente* en el ámbito del Derecho comparado, como lo prueba que el importante puesto de Secretario de la AIDC haya recaído, en 2014, en el Prof. Diego P. Fernández Arroyo, colaborador de este volumen, especialista de Derecho Internacional privado, y desde hace varios años enseñando en Universidades galas. Creo que su nominación ha venido a coincidir, casual y felizmente, con la publicación del mismo, sobrio en su presentación material, pero notable

<sup>23</sup> Op. cit. p. 295 s.

<sup>24</sup> Op. cit. p. 306-308.

<sup>25</sup> La autora se había encargado previamente de redactar la ponencia de su país en el Congreso Internacional de Taiwan de 2012 sobre el tema: *Argentina on the Eve of a new Civil and Commercial Code*, en VVAA, *The Scope and Structure of Civil Codes* (ed. J.C. RIVERA), Springer 2013, p. 43-66.

por la calidad de gran parte de las ponencias recogidas, así como por la rica documentación aportada (doctrinal y jurisprudencial), caracterizándose también por el pluralismo ideológico de sus autores. Personalmente me gustaría recoger la conclusión que el constitucionalista Julio César RIVERA (jr) hace en su ponencia: «Argentine Courts regularly use foreign precedents -and particularly U.S precedents because of the genetic relationship between the American and Argentine Constitution - in constitutional interpretation and have borrowed several constitutional standards designed by foreign courts. In my view, Argentine courts should pay more attention to the constitutional text, the historical and institutional context before importing foreign precedents. Argentine Court refers too often to the constitutional interpretations made by courts of other countries without explaining the reasons that make these decisions relevant to our constitutional system»<sup>26</sup>. Conclusión del autor que viene avalada por un minucioso seguimiento de las diferentes etapas que ha seguido la jurisprudencia argentina al respecto, al tiempo que su docencia, precisamente en universidades norteamericanas, viene también a reforzar su testimonio.

---

<sup>26</sup> Op. cit. p. 334 s.

