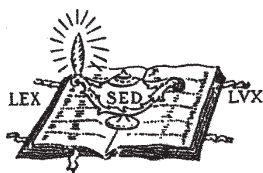


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA EPOCA  
AÑO LII - NUMERO 45  
2007



BUENOS AIRES

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva  
responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la  
opinión de dicha publicación, ni de la Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723  
Todos los derechos reservados  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 48129327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina

I.S.B.N.: 978-987-03-1357-1

**PUBLICACIONES  
DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*

SERIE I – ANUARIOS

*Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 45*

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer ( 2 tomos ).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino ( 2 tomos ).
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino ( 2 tomos ). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza ( 1840 – 1919 ). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci

### SERIE III – COMUNICACIONES

*Comunicaciones – N° 1.*

### SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario*

### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*

#### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

#### INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

#### INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

*Académico Dr. Julio César Otaegui*

Vicepresidente

*Académico Dr. Juan Carlos Cassagne*

Secretarios

*Académico Dr. Santos Cifuentes*

*Académico Dr. Héctor Alegria*

Tesorero

*Académico Dr. Jorge H. Alterini*

## COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones  
*Académico Dr. José Domingo Ray*

Vocales  
*Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán*  
*Académico Dr. Jaime Luis Anaya*



## ACADÉMICOS DE NÚMERO

*por orden de antigüedad*

|                                     | <i>Nombre del sitial</i> | <i>Fecha</i>      |
|-------------------------------------|--------------------------|-------------------|
| Dr. Segundo V. Linares Quintana     | Esteban Echeverría       | 28 mayo 1956      |
| Dr. Julio H. G. Olivera             | Juan B. Alberdi          | 6 mayo 1964       |
| Dr. José Domingo Ray                | Manuel Obarrio           | 22 mayo 1975      |
| Dr. Alberto Rodríguez Varela        | Luis María Drago         | 16 julio 1975     |
| Dr. Juan R. Aguirre Lanari          | Salvador M. del Carril   | 19 octubre 1978   |
| Dr. Horacio A. García Belsunce      | Félix Gregorio Frías     | 9 setiembre 1982  |
| Dr. Alberto Rodríguez Galán         | Carlos Pellegrini        | 9 mayo 1985       |
| Dr. Juan Carlos Cassagne            | Antonio Bermejo          | 23 octubre 1986   |
| Dr. Augusto Mario Morello           | Mariano Moreno           | 23 octubre 1986   |
| Dr. Félix Alberto Trigo Represas    | Nicolás Avellaneda       | 18 junio 1987     |
| Dr. Jaime Luis Anaya                | Rodolfo Rivarola         | 10 agosto 1989    |
| Dr. Eduardo Aguirre Obarrio         | José Figueroa Alcorta    | 28 octubre 1993   |
| Dr. Jorge R. Vanossi                | José A. Terry            | 11 agosto 1994    |
| Dr. Hugo Caminos                    | Eduardo Acevedo          | 23 noviembre 1995 |
| Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci | Aristóbulo del Valle     | 24 setiembre 1996 |
| Dr. Carlos María Bidegain           | José María Moreno        | 8 abril 1999      |
| Dr. Julio César Otaegui             | Estanislao Zeballos      | 23 setiembre 1999 |
| Dr. Julio César Rivera              | Dalmacio Vélez Sarsfield | 25 noviembre 1999 |
| Dr. Santos Cifuentes                | Bartolomé Mitre          | 14 setiembre 2000 |
| Dr. Jorge Horacio Alterini          | Alfredo Colmo            | 14 diciembre 2000 |
| Dr. Víctor Tau Anzoátegui           | Lucio V. López           | 13 diciembre 2001 |
| Dr. Roberto E. Guyer                | Lisandro Segovia         | 10 abril 2003     |
| Dr. Héctor Alegria                  | Roque Sáenz Peña         | 9 octubre 2003    |
| Dr. Gregorio Badeni                 | Manuel Quintana          | 12 mayo 2005      |
| Dr. Horacio P. Fargosi              | Carlos Calvo             | 27 julio 2006     |
| Dr. Enrique Manuel Falcón           | Domingo F. Sarmiento     | 12 julio 2007     |
| Dr. Roberto Enrique Luqui           | José Manuel Estrada      | 27 setiembre 2007 |
| Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia   | Roberto Repetto          | 13 diciembre 2007 |

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

|                                      |               | <i>Fecha</i>      |
|--------------------------------------|---------------|-------------------|
| Prof. Ivon Loussouarn                | Francia       | 25 noviembre 1971 |
| Dr. Luis Sánchez Agesta              | España        | 25 noviembre 1976 |
| Dr. Pedro J. Frías                   | Córdoba       | 25 setiembre 1986 |
| Dr. Rafael Entrena Cuesta            | España        | 10 agosto 1989    |
| Dr. Néstor Pedro Sagüés              | Rosario       | 10 agosto 1989    |
| Dr. Jesús González Pérez             | España        | 24 mayo 1990      |
| Dr. Carlos Fernández Sessarego       | Perú          | 25 noviembre 1993 |
| Dr. Adolfo A. N. Rouillon            | Rosario       | 25 noviembre 1993 |
| Dr. Eduardo García de Enterría       | España        | 23 marzo 1995     |
| Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo      | España        | 13 noviembre 1997 |
| Dr. Ernesto F. Garzón Valdés         | Alemania      | 11 diciembre 1997 |
| Dr. Wolfgang Schöne                  | Alemania      | 23 julio 1998     |
| Dr. Saúl Litvinoff                   | EE. UU. de A. | 22 agosto 2002    |
| Dr. Giorgio Berti                    | Italia        | 10 julio 2003     |
| Dr. Rudolf Dolzer                    | Alemania      | 22 abril 2004     |
| Dr. Franck Moderne                   | Francia       | 27 mayo 2004      |
| Dr. Carlo Angelici                   | Italia        | 22 julio 2004     |
| Dr. Tomás Ramón Fernández            | España        | 12 agosto 2004    |
| Dr. Federico Carpi                   | Italia        | 12 mayo 2005      |
| Dr. Gaspar Ariño Ortiz               | España        | 11 agosto 2005    |
| Dr. Marcelo G. Kohen                 | Suiza         | 25 agosto 2005    |
| Dr. Francesco Galgano                | Italia        | 25 agosto 2005    |
| Dra Giovanna Visintini               | Italia        | 25 agosto 2005    |
| Dr. Asdrúbal Aguiar                  | Venezuela     | 27 abril 2006     |
| Dr. Angel Rojo Fernández-Río         | España        | 10 agosto 2006    |
| Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto | Brasil        | 26 abril 2007     |

## ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
Dr. Carlos A. Adrogué  
Dr. Jorge A. Aja Espil  
Dr. Juan Álvarez  
Dr. Octavio R. Amadeo  
Dra. Margarita Argúas  
Dr. Marco R. Avellaneda  
Dr. Antonio Bermejo  
Dr. Juan A. Bibiloni  
Dr. Germán J. Bidart Campos  
Dr. Eduardo L. Bidau  
Dr. Eduardo Bidau  
Dr. Rafael Bielsa  
Dr. Bernardino Bilbao  
Dr. Adolfo Bioy  
Dr. Guillermo A. Borda  
Dr. Ernesto Bosch  
Dr. Rodolfo Bullrich  
Dr. Carlos O. Bunge  
Dr. Eduardo B. Busso  
Dr. Jorge Bustamante Alsina  
Dr. Pablo Calatayud  
Dr. Francisco Canale  
Dr. Ramón S. Castillo  
Dr. Alfredo Colmo  
Dr. Jorge E. Coll  
Dr. Julio César Cueto Rúa  
Dr. Tomás R. Cullen  
Dr. Mauricio P. Daract  
Dr. Calixto S. de la Torre  
Dr. Antonio Dellepiane  
Dr. Atilio Dell'Oro Maini  
Dr. Mariano de Vedia y Mitre  
Dr. Juan José Díaz Arana  
Dr. Manuel María Diez  
Dr. Luis M. Drago  
Dr. Mariano J. Drago  
Dr. Wenceslao Escalante  
Dr. Felipe A. Espil  
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo  
Dr. José Figueroa Alcorta  
Dr. Salvador Fornieles  
Dr. Vicente C. Gallo  
Dr. Guillermo Garbarini Islas  
Dr. Juan Agustín García  
Dr. Juan M. Garro  
Dr. Juan A. González Calderón  
Dr. Dimas González Gowland  
Dr. Aquiles H. Guaglianone  
Dr. Elías P. S. Guastavino  
Dr. Carlos Güiraldes (h)  
Dr. Alberto Hueyo  
Dr. Carlos Iburguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Largaña  
Dr. Tomás Le Bretón  
Dr. Ricardo Levene  
Dr. Juan Francisco Linares  
Dr. Mario Justo López  
Dr. José María López Olaciregui  
Dr. Baldomero Llerena  
Dr. Osvaldo Magnasco  
Dr. Carlos C. Malagarriga  
Dr. Miguel S. Marienhoff  
Dr. Félix Martín y Herrera  
Dr. Roberto Martínez Ruiz  
Dr. Agustín N. Matienzo  
Dr. José N. Matienzo  
Dr. Jorge M. Mayer  
Dr. Carlos L. Melo  
Dr. Leopoldo Melo  
Dr. Manuel A. Montes de Oca  
Dr. Rodolfo Moreno (h)  
Dr. Carlos M. Muñiz  
Dr. José Luis Murature  
Dr. Rómulo S. Naón  
Dr. Benito A. Nazar Anchorena  
Dr. Luis Esteban Negri Pisano  
Dr. Manuel Obarrio  
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta  
Dr. Francisco J. Oliver  
Dr. Manuel V. Ordóñez

Dr. Alfredo Orgaz  
Dr. Adolfo Orma  
Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruzo  
Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

INCORPORACIONES



# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires se honra con la incorporación del profesor Saúl Litvinoff como académico correspondiente en Estados Unidos.

La actuación universitaria en nuestro país y en el Estado de Luisiana del profesor Litvinoff tiene particular relevancia en esta hora de globalización en la que el derecho angloamericano y el continental confluyen.

Cabe recordar al respecto su intervención en el proyecto de Código Civil de Luisiana lo que ha requerido un cabal conocimiento tanto del *jus civilis* como del *common law* para lograr una coexistencia armoniosa.

El discurso de recepción está a cargo del señor académico doctor Jorge Alterini.

Tras ello el profesor Litvinoff disertará sobre “Otra mirada al derecho angloamericano”.

Con su disertación nos ayudará a comprender los alcances de la regla *stare decisis et non quieta movere*.

Regla singular según la cual un juez del siglo XXI debe resolver de acuerdo a un precedente de un juez de siglos atrás.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico correspondiente Saúl Litvinoff, el 24 de mayo de 2007.

No obstante es de advertir que de alguna manera ello también ocurre en nuestro derecho codificado en él que hoy en materia de derecho privado la estructura fundamental reposa en un Código Civil heredero del derecho romano.

Reiteramos nuestro agradecimiento al señor profesor Saúl Litvinoff y aguardamos expectantes los discursos de recepción y de incorporación.



# DISCURSO DE RECEPCION

POR JORGE HORACIO ALTERINI (\*)

Me es particularmente grato en este acto de recepción del Dr. Saúl Litvinoff, referirme a su personalidad y a su trayectoria.

El Dr. Litvinoff egresó como bachiller del Colegio Nacional de Buenos Aires en 1944 y como abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) en 1949. Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, también de la UBA. Ejerció de manera exitosa la profesión de abogado y en la década de 1960 se trasladó a los Estados Unidos de Norte América, donde transcurrido poco tiempo alcanzó un nuevo logro académico, ya que la Universidad de Yale le confirió el título de master en leyes (LL.M.) en 1964. En 1965 se inició su relación con la Universidad Estatal de Luisiana, larga vinculación que culminó con su extenso desempeño como Director del Centro de Estudios de Derecho Civil, que se inició en 1977.

Por cierto, que la actividad docente del Dr. Litvinoff no se desarrolló únicamente en la Universidad Estatal de Luisiana, sino que fue profesor invitado en universidades tan prestigiosas como la Católica de Lovaina y también en la Universidad de Puerto Rico.

Tuvo una destacada presencia en la función pública, pues fue consultor del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norte América, consultor del Departamento de Estado de Luisiana y Asesor del Banco Central de Honduras.

---

(\*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Saúl Litvinoff, en la sesión pública del 24 de mayo de 2007.

Quiero destacar también que fue distinguido por Francia con la Medalla Henri Capitant.

Ostenta una importante obra jurídica, una nutrida cantidad de libros, entre los que destaco muy especialmente su renombrado Tratado de Obligaciones, del que ya se conoció su tomo cuarto y además artículos de investigación sobre temas apasionantes, como el primero que recogió en 1956 la Revista Jurídica de Buenos Aires sobre principios generales del derecho y otros atractivos como los atinentes al daño moral, la protección del consumidor, el caso fortuito, la frustración de la causa, la teoría de la imprevisión, la subrogación, los vicios del consentimiento.

Su actuación en Luisiana tuvo resonancia no sólo en el plano docente; su presencia activa y muy reconocida en Luisiana tiene para los argentinos una especial significación. Ustedes saben que el Código de Luisiana de 1808 fue el primer código civil de América, que recibió una marcada influencia del derecho francés, incluso en mayor medida del Proyecto originario de la llamada Comisión Portalis de 1800, que del mismo Código Civil Francés de 1804, tanto que se apunta que de este último se extrajeron 706 artículos, mientras que de aquél 807. La gravitación del Proyecto francés de 1800, de manera transparente y directa, aparece como la más intensa en el derecho comparado.

La estirpe francesa del Código de Luisiana no es impropia, porque ese territorio estuvo bajo pertenencia gala, pasó luego a ser regentado por España, regresó a la conducción efectiva por Francia muy fugazmente y fue finalmente vendido a los Estados Unidos. Todo ello explica la fuerte influencia de las raíces francesa y española en el devenir jurídico posterior. El Código de 1808 fue substituido por el de 1825, de especial trascendencia para nosotros porque fue una de las fuentes del Código Civil de la Argentina de 1871. Segovia señala que tuvieron ese antecedente 32 artículos del libro tercero del código argentino y 19 del libro cuarto.

Dicho Código de 1825 pretendió ser una estructura nueva que intentaba no limitarse a una réplica de sus antecedentes, romanos, franceses y españoles y se propuso infructuosamente derogar en los hechos la legislación pretérita, tanto que la denominada Ley Derogatoria de 1828 insistió en esa intención abrogatoria.

Le sucedió el Código Civil Revisado de 1870, que en verdad es el vigente, aunque experimentó con posterioridad muchas nuevas revisiones. Y aquí

aparece en escena nuestro destacado Miembro Correspondiente, porque en su incumbencia fue el fogonero, el intelectual más activo, el más prestigioso, como una suerte de Relator de las sucesivas reformas que se hicieron hacia el final del siglo pasado al Libro Tercero del Código Civil, que trata de las obligaciones en general y de las obligaciones convencionales.

Al pensar en lecturas pasadas, advertí que el Dr. Litvinoff ha sido actor de algunas paradojas. Grandes pensadores han hablado del olvido que produce la ausencia, Quevedo expresaba: “que a los idos, no hay amigos” y Jorge Manrique que “son olvido y mudanza las condiciones de ausencia”.

Los argentinos nunca olvidamos al Dr. Litvinoff. Recuerdo que el 3 y el 5 de octubre de 1994 compartimos Mesas Redondas en la Universidad de Buenos Aires, donde yo ejercía la Dirección del Departamento de Derecho Privado, y en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. La segunda de las Mesas se particularizó en la ejecución extrajudicial de las hipotecas. Nuestro Académico Correspondiente trató tal modalidad de ejecución hipotecaria el 5 de octubre de 1994 y esa institución se incorporó al régimen jurídico argentino con la sanción de la ley 24.441 el 22 de diciembre de ese año. Ocurrió semanas después de la disertación del Dr. Litvinoff; es como si la comunidad jurídica argentina hubiera estado esperando su palabra esclarecedora para adoptar una decisión en tema tan innovador.

Reflexionaba también, que el Miembro Correspondiente en los Estados Unidos de América es justamente un argentino, caso llamativo porque es el único argentino que ha sido honrado con esa responsabilidad, por su mérito como embajador, como emisario. Su aporte para la construcción del Código de Luisiana, es como una cristalización de aquella consigna de Roque Sáenz Peña: *América para la humanidad*.

¿De qué va a disertar hoy el Dr. Litvinoff?, se referirá a “Otra mirada al derecho angloamericano”. Otra mirada podría ser una mirada más, sin embargo creo que esa otra mirada es una mirada distinta, una mirada menos aprehensiva, una mirada que intenta una integración entre el derecho angloamericano y el continental europeo, o procurar la congruencia y armonía entre ambos sistemas. Estoy motivado por el tema, impactado por el expositor y espero sus nuevas enseñanzas. Lo escuchamos...



# OTRA MIRADA AL COMMON LAW

POR SAÚL LITVINOFF (\*)

Muchas gracias Jorge [Alterini], cuánto me gustaría ser la persona que has descrito. Voy a tratarlo, voy a hacer un gran esfuerzo. Te agradezco la referencia poética, especialmente a Manrique, por cuanto con mi país de origen me pasa algo similar. Es como en la canción de Ginastera, *en mis pagos hay un árbol que del olvido se llama, pero me dormí bajo ese árbol, y me olvidé de olvidar.*

Como dijo Jorge, me proponía conversar con ustedes sobre el derecho angloamericano. A comienzos de la década del Sesenta del Siglo XX, por razones no muy claras, que si lo fueran no vinieran al caso, yo llegué a los Estados Unidos (EE.UU.).

Traía algún bagaje intelectual sobre el derecho anglosajón. Por ejemplo, en el curso de Derecho Constitucional que yo había tomado para graduarme de abogado en la Universidad de Buenos Aires, se hacía bastante comparación con el Derecho Constitucional de los EE.UU., y por mi cuenta, también había leído algunas sentencias del gran juez Marshall y de Story.

De manera que cuando llegué pensé: *Bien, estoy en condiciones de conversar con colegas de este país.* Entonces, con arrojo, me eché a la alberca, o tal vez debería decir, al mar convulsionado del derecho de los EE.UU., y casi me ahogo. Resistiendo la respiración, comencé a flotar un poco, y al final, creo que me salvé en virtud de cuatro preguntas que me hice a mí mismo:

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de mayo de 2007. Dedicó la versión escrita de mis palabras de incorporación a la memoria del Dr. Julio Cueto Rúa, de quien aprendí una gran parte de lo que aquí expongo.

¿Qué es esto del *common law*?

¿Cómo se estructura y se crea una norma jurídica en este otro ordenamiento?

¿Qué es eso que se llama *stare decisis*? y

¿Qué es un precedente?

Y entonces haciendo experiencia, leyendo y también enseñando un poco, comencé a responderme a mi mismo esas preguntas.

¿*Common law*?

Algunos dicen que esta expresión es intraducible. Respetuosamente, disiento, yo creo que la traducción literal *derecho común*, es precisamente lo que es el *common law*. Es decir, el derecho de todos. Así como le *droit commune*, es el derecho común de los franceses que está contenido naturalmente en el Código Civil tal como lo quería Napoleón. La idea de un derecho común aquí en Argentina también se conoce, como lo es en Alemania y otras jurisdicciones civiles. También lo es así con el derecho originariamente inglés.

Como decía probablemente el más ilustre comentarista del derecho inglés, Blackstone, quien comenzó a escribir en las primeras décadas del siglo XVIII: *Derecho de este reino consiste de ley escrita (lex scripta)*. Claro pues, hay un parlamento que sanciona leyes, entre ellas escritas, pero también hay una *ley non scripta*, es decir, hay también una ley que no está escrita.

Ahora sé que ustedes me preguntarán ¿Cómo podía decir eso el gran Blackstone? Cuando todo el mundo sabe que en el derecho angloamericano, desde luego, hay montones de prescripciones escritas ¿Cómo es posible que se hable de un derecho no escrito? Pues bien, la respuesta que se da en la escuela clásica es: *mire, el derecho no escrito todavía se lo describe así por cuanto era así originariamente*.

El juez del rey iba a caballo, de aldea en aldea. Ahí le sometían disputas, y él las resolvía. Poco después, se le agregó al juez itinerante una especie de oficial que lo acompañaba y tomaba notas sobre las cosas que el juez decidía. Claro está, el juez se acordaba muy bien de lo que él ya había decidido, y si se le presentaba un caso similar, entonces él daba exactamente la misma solución.

Ahora bien, ¿de dónde sacaba este juez la norma que aplicaba para solucionar el caso? Ah, dice Blackstone, *esa norma es una norma universal, tiene validez en todas partes, esa norma está allí en las esferas celestes junto con las ideas platónicas y lo que hace el juez simplemente es declarar esa norma. No vayan ustedes a creer que el juez crea la norma.* Entonces uno se pregunta, ¿es que los jueces tienen que escalar a las esferas celestes? No, dice Blackstone, *la escalación no es necesaria.* Los jueces miran la costumbre inveterada de las gentes, por cuanto estas gentes viven la norma y el juez la declara.

Un poco después, se cambió la aproximación y empezó a decirse bueno: *los jueces no inventan normas generales. Tampoco las declaran, lo que ellos hacen es descubrirlas.*

Claro está que en esto de descubrir las leyes hay una cierta paradoja, paradoja que tal vez se explique mejor con un ejemplo. Supongamos que en cierto lugar de una jurisdicción donde prevalece este derecho más bien consuetudinario, un señor ha construido un tanque y lo ha llenado de agua, y por razones que excluyen la culpa de esta persona, el tanque se rompe, el agua se derrama, inunda la propiedad de un vecino, y le causa daño. El vecino desde luego quiere ser indemnizado. Pregunta: ¿Bueno, el dueño del tanque debe indemnización? Supongamos también que hay un precedente inglés que da una solución negativa: no indemnización. El dueño del tanque no tiene ninguna culpa. Es la mala suerte del vecino, etc.

Pongamos ahora que en uno de los estados de la Unión, digamos un estado cuya jurisprudencia no es tan conspicua como la de los otros estados, por ejemplo Utah, sucede lo mismo: tanque, rotura, derramamiento, inundación, pedido de indemnización. Bueno, ¿qué hace el juez de este estado? Resuelve seguir lo que los jueces ingleses al principio decidieron.

Bien, hay un estado vecino, digamos por ejemplo, Nevada. Allí también sucede lo mismo, el juez que tiene el caso a mano no encuentra ninguna ley escrita, no encuentra ningún precedente en su estado, no encuentra absolutamente ninguna costumbre. Las gentes del lugar tampoco le dieron jamás pensamiento de ninguna clase a un suceso semejante.

¿Qué hace entonces el juez del otro estado? Dice, bueno sí, le vamos a dar indemnización al actor. Bien, ahí tienen ustedes que en estados vecinos en uno sí, en otro no. En uno sí se ha seguido el precedente inglés, por cierto muy prestigioso, en otro no.

¿Qué pasa en el estado donde la respuesta fue positiva y se va a permitir indemnizar? ¿Es que antes había una norma que decía que no había indemnización y ahora se dice que sí? ¿O es que no había absolutamente norma alguna? ¿Es que el juez ha declarado algo? ¿El juez ha descubierto algo? ¿Puede un juez u otra persona cualquiera descubrir algo que no existe? Evidentemente no. Este buen juez ha creado, ha creado derecho.

Bien, entonces uno puede concluir en esta cuestión del derecho angloamericano recurriendo a una comparación, por ejemplo, en nuestra educación de personas formadas en el derecho de origen romanista, los oráculos son los profesores; los libros de autoridad son los códigos y los libros de texto, son los comentarios que hacen los tratadistas sobre esos códigos.

¿Qué pasa en cambio en el derecho angloamericano? Los oráculos son los jueces; los libros de autoridad son los repertorios de sentencias y los libros de textos son los comentarios que hacen algunos profesores, e incluso algunos abogados en ejercicio, sobre las sentencias probablemente recientes y sobre su coordinación con otras anteriores. Bien, con esto se puede terminar lo de la escuela clásica. A pesar de todo, la aserción rotunda es: *jueces no crean normas generales*.

Pasa algún tiempo, y por cierto, las ideas cambian un poco. Saltando muchos años, aparece un gran juez en los EE.UU., un juez que tal vez sea el más grande jurista que haya existido, me refiero a Oliver Wendell Holmes. Este señor dijo: *bueno, esto de las normas universales, de validez total, absoluta, general... nada cierto*. Decide plantear la cuestión desde el punto de vista de lo que él llama el hombre malo -traducción literal del *bad man*. En realidad, el gran juez piensa de un sinvergüenza. ¿Cuál es el problema de este sinvergüenza? Bueno, ¿con cuánto se puede él salir sin que lo condenen a pagar perjuicios? Eso, dice este gran juez, es la norma. ¿Y dónde se encuentra esa norma? El juez la dirá. ¿Y cuál es la misión del abogado? La misión del abogado es predecir cuál puede ser la norma que sancione el juez.

De modo que, ven ustedes, en el curso de los siglos, al principio se dice que los jueces no crean derecho, y se afirma que los jueces lo declaran; pero después se dice que los jueces lo descubren, dicen cuál es la norma general. Todavía de acuerdo a una escuela posterior, la que se llama rea-



lista, la norma general ya no es aquello que los jueces recitan de un texto anterior, sino que el derecho simplemente es eso que los jueces dicen. ¿En qué consiste entonces el derecho?: En la respuesta judicial.

Bien, volvamos al principio, ¿qué es esto entonces del *common law* tan característico del derecho angloamericano? derecho de Inglaterra, derecho de los EE.UU., derecho de la mayor parte del Canadá, derecho de Australia, derecho de Nueva Zelanda, de Tasmania, y como tan bien ha dicho Jorge, derecho que ha extendido su influencia hasta algunas jurisdicciones de origen romanista.

Con un enfoque realista hay que reconocer la existencia de una artesanía muy especial de los jueces angloamericanos, artesanía que se ha ejercido, desde luego, cambiando con el tiempo como se cambian, por ejemplo, las aproximaciones a las obras de arte. Había una artesanía para crear derecho clásico, y otra destreza muy parecida, pero no idéntica, para crear derecho “romántico”.

Y después, si ustedes quieren, un atentado de crear derecho “impresionista”, como cuando el presidente Roosevelt intentó cambiar toda la configuración de la Corte Suprema. Bueno, luego pasamos a un derecho “cubista”, y en estos momentos hay una especie de derecho que se parece al “expresionismo abstracto”. Pero ya se van despertando protestas y se oyen reclamos a que se vuelva al estilo clásico para evitar eso que se llama el activismo judicial, es decir, la excesiva libertad de los jueces creando derecho y *derechos*.

Los jueces de los EE.UU., en los últimos 23 años digamos, se han abrogado el poder de crear soluciones que en realidad le pertenecerían al poder legislativo. Pero el poder legislativo está muy ocupado con otras cosas, como ser: si se autoriza al presidente a seguir enganchado en una guerra que nadie le pidió que iniciara... y ese tipo de cosas. Entonces alguien tiene que cuidar la casa, y el poder judicial se ha encargado de eso.

Jueces activos, o *activistas*, son los que en cierto modo usurpan un poco el poder de los legisladores. Hay quien inclusive habla en estos momentos, de una tiranía judicial. Bien, ¿qué es esto de una tiranía judicial?

Los jueces siguen resolviendo casos, lo hacen siempre con gran sentido de justicia, y me pregunto si no es mejor la tiranía judicial que la tiranía de los dictadores. Yo veo valores en una tiranía judicial, que puedo tolerar perfectamente como así toleran también muchas otras gentes.

Bien, ¿qué es entonces esto del *stare desisis*? Es una maestría especialísima que a veces, leyendo sentencias de los grandes jueces, uno comprende que puede inclusive ser exquisita.

Pero vamos a ver cómo se desarrolla eso en un caso concreto, y para ver con claridad lo del caso concreto, me voy a permitir hacer una paráfrasis de una sentencia en un caso que fue sumamente discutido, sentencia pronunciada por un gran juez, paráfrasis que consiste en hacer más sencillas las circunstancias del caso, por cuanto si yo eligiera como ejemplo una sentencia que trata de una disputa entre dos monstruos financieros sobre un problema de monopolio, allí *stare decisis* desde luego existirá, pero se oscurece un poco; lo mismo, si yo les hablara de una sentencia en un caso sumamente complicado de derechos intelectuales sobre ciertas proyecciones de entretenimiento, por ejemplo. Pero en el caso que elijo las cosas son sumamente sencillas. Ocurre que cuando los automóviles todavía eran un poco primitivos, un señor llega a comprar un automóvil y manejando su automóvil, una de las ruedas se rompió. Desde luego, el automóvil tuvo que parar súbitamente. Otro automóvil lo embistió. La rueda que era entonces de madera se había roto. Bien, ocurre que la rueda no la había fabricado el mismo fabricante del automóvil. El fabricante del automóvil se la había comprado a otro fabricante. Problema: ¿el que fabrica un automóvil y le pone a ese automóvil una rueda que ha adquirido de otro fabricante responde por un daño que ha sufrido un tercero cuando el fabricante le vendió su automóvil a un revendedor? El actor había adquirido el automóvil precisamente de un revendedor, de un agente. ¿Existe en tal caso responsabilidad? Hoy en día, desde luego, no hay problema. Hoy en día tenemos eso de la responsabilidad del fabricante perfectamente masticado y legislado aquí, como en EE.UU. y prácticamente en todo el mundo occidental. Pero entonces, no había tal cosa.

El juez a cuyas manos llegó la disputa empezó a buscar casos similares. Encontró una sentencia en que una señora quería comprar cierta medicina. Fue con ese motivo a una farmacia. Le dieron un frasco rotulado “diente de león” que en realidad contenía belladona. La pobre señora desde luego se enfermó muy, muy gravemente. El farmacéutico no lo había compuesto, sino que lo había comprado naturalmente de un mayorista. ¿Responde este mayorista por los daños de la señora? Ven ustedes que aquí no existe una relación contractual directa. Por el contrario.

Bueno, el juez de la causa dijo, miren esto de la belladona es un veneno, o sea es una cosa inherentemente peligrosa y una cosa inherentemente

peligrosa causa desde luego un peligro inminente a quien pueda sufrir del uso de semejante cosa. Pues bien, como la cosa en sí es peligrosa, el daño es inminente, le vamos a permitir a esta señora recobrar daños y perjuicios (1).

Pues bien, había otra sentencia. En este caso no se trataba de un veneno, se trataba más bien de una rueda que era parte de una sierra automática. El dueño de la sierra con la rueda se la prestó a otra persona. Ocurre que la rueda se rompió y le causó muchos daños a quien había tomado la sierra en préstamo. Pregunta: ¿responde el fabricante de la rueda? Respuesta: No, ¿por qué no? Una rueda, una sierra en sí, no es inherentemente peligrosa, podrá serlo si hay tal vez algún defecto no descubierto, aunque posible de descubrirse. De modo que en este caso el causante no recupera (2).

Otro caso se refería a una caldera que había explotado y allí el juez del asunto se preguntó nuevamente: ¿es una caldera algo inherentemente peligroso? No, claro que no. Si tiene un defecto puede causar daño, desde luego. Pero no la caldera en sí, que no es una cosa peligrosa. No se recupera, pues, daños ni perjuicios (3).

Pero claro, el buen juez encontró casos un poco diferentes. Como ser uno en que una cafetera que había sido comprada por el dueño de un bar donde era usada, de repente explotó, y le causó daños a uno de los clientes del bar. Bueno, el causante no demandó al dueño del bar, demandó al fabricante de la máquina de hacer café. ¿Qué dijo ahí el juez? Miren, este tipo de máquinas que se sabe muy bien que se va a usar en un lugar público, si no se la usa con cuidado, si no se la fabrica con cuidado, sí, entonces se convierte en una cosa inherentemente peligrosa y conviene hacer lugar a la indemnización (4).

Otra cosa parecida sucedió en un caso concerniente a un andamio. Un andamio relativamente alto al cual se había subido un obrero. Como el andamio era defectuoso, se rompió y el obrero se cayó y murió a causa del

---

(1) Thomas v. Winchester, 6 N.Y. 397 (1852).

(2) Loop v. Litchfield, 42 N.Y. 351 (1870).

(3) Losee c. Clute, 51 N.Y. 494 (1873).

(4) Statler v. Ray, 195 N.Y. 478, 88 N.E. 1063 (1909).

accidente. ¿Responde el fabricante del andamio? Esta vez sí (5). Y estas distintas sentencias que les voy enumerando fueron realidades que se siguieron con pocos años de diferencia.

Pero ahora lo tenemos a este juez de la rueda del automóvil. ¿Es un automóvil una cosa inherentemente peligrosa? ¡Claro que no! ¿Puede serlo si contiene un defecto? Bueno, sí, en ese caso puede convertirse en una cosa peligrosa. Pero digamos, ¿el fabricante que le vende el automóvil a un revendedor sabe o no sabe que el revendedor se lo va a vender a un tercero?

Este automóvil, de acuerdo a la prueba producida en el caso, está manufacturado, programado para correr a la entonces espantosa velocidad de 50 millas por hora. ¿No sabe el fabricante que a tal velocidad si algo falla, desde luego, los daños pueden ser significativos? Entonces, el dilema del gran juez se advierte muy bien. En virtud del *stare desisis*, encontró casos por sí y también encontró casos por no.

¿Qué hace este juez? El decide por el sí. Este automóvil, en virtud de un vicio, se ha convertido en una cosa inherentemente peligrosa (6).

¿Qué ha pasado con las sentencias anteriores? Una transmutación muy sutil. Al principio, la cosa tenía que ser peligrosa en sí, tal como una pistola cargada en un muy conocido caso inglés (7). Pero en otros casos, el peligro no era inherente, pero el daño sí era inminente. Entonces, este gran juez ahora crea una nueva norma, diciendo que si debe haber indemnización cuando una cosa es peligrosa, ya sea en sí misma (como un veneno) o en virtud de un vicio (como la rueda de un automóvil que no ha sido fabricada con el necesario cuidado).

Entonces, ¿se ha atenido el juez a lo ya decidido? Bien, en parte sí, en parte no. Pero este juez ha construido una nueva norma. Y ésa es la tarea de todo juez angloamericano. Sí, ellos miran a lo que otros jueces han decidido, pero de esas sentencias anteriores ellos tienen que extraer una norma general. ¿Cómo se hace para extraer una norma general de una

---

(5) Devlin v. Smith, 89 N.Y. 470 (1882).

(6) Mac Pherson v. Buick, 217 N.Y.382, 111 N.E. 1050 (1916).

(7) Longmeid v. Holliday, 155 Eng. Rep. 752 (1851).

sentencia en un caso individual? Como ser, algún señor en un bar compra una botella de agua gaseosa y esa agua gaseosa que venía en una botella oscura contenía una sustancia alimenticia en estado de descomposición, el señor naturalmente se enferma. La sentencia dice sí, si había una sustancia dañina en una botella, debe haber indemnizaciones. ¿Esa es una norma general? No, eso no es una norma general, es una norma individual. ¿Cómo se la convierte en una norma general?

Primero hay que dejar de lado las circunstancias del caso, luego proceder a su generalización y categorización. Nada de esto es una tarea muy sencilla. Desde luego hay grandes jueces que dominan muy bien esta técnica especialísima. Hay otros jueces menos brillantes. Hay jueces que son relativamente peligrosos o perezosos, pero, en fin, la comunidad tiene que adaptarse.

Bien, yo adivino la pregunta de ustedes: Esto del *common law* parece muy bonito ¿pero no hay leyes escritas? Claro que las hay, por cierto, a montones. ¿Se compagina la legislación escrita con esto del *stare decisis* y del *common law*? Sí, hay más bien una diferencia en materia de jurisdicción. Por ejemplo, lo que queda del *common law* y del *stare decisis* se encuentra exclusivamente en el derecho privado. Son las materias que en el derecho romanista están muy bien legisladas en un código civil. Todo lo demás, es derecho escrito.

Bueno, ¿qué hace entonces un juez angloamericano con el derecho escrito? Aquí, sí nos encontramos con diferencias bastante marcadas entre el derecho inglés y el derecho de los EE.UU. Por ejemplo, en el derecho inglés clásico, el *stare decisis* se aplicaba de manera absoluta y un juez no tenía ninguna libertad para apartarse de un precedente, ni podía una cámara de apelaciones cambiar su jurisprudencia, ni siquiera la Cámara de los Lores, podía cambiar su jurisprudencia. Sólo en la parte del Consejo Privado (*privy council*) que trataba de los casos coloniales había un poco más de flexibilidad.

Pero esto ya es derecho inglés un poco anterior. Desde la incorporación de Inglaterra a la Comunidad Europea las cosas han cambiado, y han cambiado fundamentalmente, hasta el punto de que algunos estudiosos se preguntan si Inglaterra ya no es un país de derecho civil, como es el título de un artículo bastante conocido: *L'Angleterre pays de droit civil*. Pero en fin, en el derecho de los EE.UU., de acuerdo a lo conversado, esto del *stare decisis*, siempre era bastante más flexible.

Ocurre que el juez, y ahora sí me voy atener al juez de los EE.UU., claro está, que lee la legislación y la interpreta. Pero, el juez de los EE.UU. considera la legislación como un intruso. Un intruso en el atributo judicial. El juez estadounidense exige que el legislador sea sumamente claro y sumamente preciso. Y si no lo es, el juez tiene atribución de dejar de lado la legislación, volver a su derecho común, volver a su *common law*. Ni que hablar que esto le da a la legislación un tono especialísimo, y en virtud de esas atribuciones judiciales la técnica legislativa en los EE.UU. es también peculiar y muy, muy diferente a la legislación argentina, por ejemplo o aun a la legislación francesa. La legislación en los EE.UU. está llena de ejemplos y detalles que son sumamente tediosos para que el juez se obligue a sí mismo a seguirlos, porque el legislador sabe que si no es tan preciso, el juez tranquilamente lo va a ignorar. Bien, el juez de los EE.UU. sí tiene gran libertad para interpretar legislación y admira el juez de los EE.UU. la libertad interpretativa del juez de derecho civil.

Por otra parte, y casi como una paradoja, el juez de los EE.UU. se siente menos libre cuando tiene que dictar sentencia en una cuestión en la cual lo aplicable es este derecho consuetudinario nebuloso, etc., que es lo que se llama el *common law*, el derecho común.

Bien, ¿a dónde conduce todo esto? La técnica descripta varía, por ejemplo, del derecho civil al comercial, al criminal, al constitucional. En el derecho criminal la aplicación del precedente es bien estricta por cuanto el juez quiere darle toda oportunidad de defensa al acusado. En materia comercial y civil hay más flexibilidad, y en materia constitucional, bueno, allí uno se encuentra con acontecimientos realmente sorprendentes.

Me decía un abogado de los EE.UU.: *cuando yo era estudiante me inculcaron ciertos dogmas que eran naturalmente inviolables, tales como las sentencias de la Corte Suprema de los EE.UU.* y el hecho de que la Corte Suprema de los EE.UU., aunque tenía la atribución, rara vez, se contradecía.

Esto ha cambiado mucho, me decía este señor. Ha cambiado hasta el punto de que ahora, más bien, una varita mágica o una bola de cristal parecieran ser más útiles que una sentencia anterior de la Corte Suprema. La Corte Suprema actual sí cambia su jurisprudencia con toda libertad, y claro está, es una libertad que le está constitucionalmente asegurada.

Los jueces de la Corte Suprema, a quienes no se los llama simplemente jueces sino que se los llama justices, con una especie de matiz de lo que

era en un tiempo el Justicia Mayor de Castilla. Estos jueces hoy en día gozan de una popularidad que rivaliza la popularidad de las estrellas de cine. Bien, la comunidad está muy satisfecha con esa popularidad que para ella denota la importancia de los jueces de la Corte Suprema. Es decir, los super oráculos, ya que todo juez es de cierto modo un oráculo del derecho.

Bueno, tenemos todavía muchas diferencias. En el siglo XX, un ius-filósofo alemán muy notable, que tuvo repercusión en este país, me refiero a Gustav Radbruch, se fue una vez a Inglaterra, volvió de allí, y escribió una obra entonces muy conocida: “El Espíritu del Derecho Inglés” (*Der Geist des englischen Rechts*), y a este buen ius-filósofo se le ponían los pelos de punta. Ciertamente es, hay diferencias insalvables. Claro está, eso era en el tiempo del famoso Código Civil Alemán, ese ejemplo de claridad conceptual hoy ya destruida por lo menos en la parte de obligaciones. Decía Radbruch que no hay manera de reconciliar esto: el derecho inglés con el derecho alemán. ¿Persiste esta situación todavía? No, ya no.

Hay interesantes movimientos intelectuales, por lo menos en los EE.UU. y aún en Inglaterra. Por ejemplo, la esfera de contratos y la esfera de cuasidelitos o entuertos, lo que se llama *torts*, siempre se han mantenido muy aparte y con diferencias tajantes, pero en los últimos 25 años, la esfera del entuerto va fagocitando poco a poco la esfera del contrato. Tanto es así, que yo veo en esto un movimiento hacia la idea romanista, bueno, digamos francesa, de la responsabilidad civil (*responsabilité civile*), que puede ser contractual y que puede ser delictual.

Los ordenamientos se van acercando. Se van acercando en virtud de similares necesidades sociales, políticas, económicas, y también a consecuencia del intercambio de técnicos. Ya tantos estudiantes profesionales argentinos van a EE.UU. y aprenden, por lo menos superficialmente, lo que es el derecho angloamericano, así como vienen también abogados de allá y se interesan por el derecho que prevalece en este país.

También hay, como saben ustedes y están por decírmelo, esta verdadera caldera en fusión hirviente que en este momento es Europa. Europa en donde están tratando de unificar los ordenamientos nacionales y donde están tratando, desde luego, de entenderse claramente con Inglaterra que les plantea tantos problemas, en virtud de ciertas diferencias de hábito. Hábito intelectual.

¿Terminará Europa por unirse en un código, un sólo código civil? Puede ser; yo por lo menos no lo veré. Pero en los trabajos preliminares sí se abre camino una especie de ordenamiento híbrido, en que los dos sistemas ya no sólo pueden convivir, sino de cierto modo, pueden fusionarse.

Lo que pudiera suceder en Europa ya ha sucedido en lo que yo llamo las jurisdicciones híbridas. Por ejemplo, Luisiana, y el ordenamiento de la provincia de Québec en el Canadá. Ahí conviven derecho civil y derecho de tipo inglés. No puede ser de otra manera, porque cada una de estas dos jurisdicciones pertenece a organizaciones federales donde tienen que entenderse con hermanos y primos que hablan otro idioma jurídico.

En fin, el derecho occidental va en camino de armonizarse y ¿quién sabe? tal vez se llegue a unificar.

Muchas gracias por la atención que me han deparado.



# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

Queda abierta la sesión pública del 13 de septiembre de 2007.

Sr. ex Vicepresidente de la Nación, Dr. Víctor Martínez

Sr. Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,  
Dr. Julio H. Olivera

Sres. Académicos

Sras. y Sres.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires hoy se enriquece con la incorporación del Dr. Enrique Falcón como académico de número en el sitial “Domingo Faustino Sarmiento”.

Sucede en el mismo a don Lino Enrique Palacio, maestro del Derecho Procesal, disciplina a la que el Sr. Académico beneficiario ya ha brindado exhaustivas obras.

Siempre estuvo consustanciado con los fines de esta Academia mediante su activa participación en el Instituto de Derecho Procesal y en la que ganó el premio homónimo con su “Tratado de la prueba”.

El Sr. Académico doctor Augusto Mario Morello, maestro del Derecho Procesal, pronunciará el discurso de recepción.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Enrique M. Falcón, el 13 de setiembre de 2007.

Tras ello el Sr. Académico recipiendario disertará sobre “*El Derecho Procesal en el siglo XXI*”, fascinante tema en el que confluyen el inviolable derecho de defensa en juicio con las proyecciones de una globalización creciente y tecnificada.

Sr. Académico Dr. Enrique Falcón quiera Ud. aceptar el diploma acreditante de tal condición y la correspondiente medalla.

---

# DISCURSO DE RECEPCION

POR AUGUSTO M. MORELLO (\*)

Señor Presidente, señores académicos, señoras y señores:

I.- Comporta para mí un grato honor y un gozo espiritual pronunciar, en nombre de la acogedora Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, las tradicionales palabras de bienvenida dedicadas al nuevo Miembro de Número Académico Doctor Enrique Manuel Falcón, quien se incorpora a esta ilustre corporación en mérito a sus relevantes condiciones morales e intelectuales.

La dimensión de ese sentimiento se acrecienta y proyecta, si es posible todavía, por haber seguido y acompañado con su antecesor el ilustre y querido caballero Lino Enrique Palacio, el esfuerzo de su taller de la existencialidad colmado de esfuerzos, sacrificios, una formidable vocación por el derecho procesal y el afán autodidacta de derribar escollos y vallas impeditivas, para, con humildad, perseverancia, hidalguía en el comportamiento y permanente deseo de superación y de ser útil a sus semejantes, avalar la rectitud y fecundidad de su obrar.

Nacido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1942, ha estado vinculado a la alta casa de Estudios de la Universidad de Buenos Aires en uno de sus períodos más luminosos y atrapantes (1960-1966) regodeándose, Enrique, de la aventura que le significó contar y gozar de los maestros que en aquel momento, uno de los más fecundos y estimulantes de su historia, ayudaron a la misión noble y continua de la Universidad, aguijoneando para la capacitación, la investigación, la formación pedagógica, la tarea legislativa, el empeño diplomático, el deleite de ser escritor en temas de

---

(\*) Discurso de recepción del Académico Enrique Manuel Falcón, en la sesión pública del 13 de setiembre de 2007.

derecho y por encima de todo, el sentirse un profesional protagonista de la realidad, esto es, de las ideas vigentes en su tiempo para, en compañía de firmes convicciones, esforzarse en construir el futuro.

A esa condición de autodidacta y disciplinado cultor del Derecho y de modo atrapante por el Derecho Procesal, Falcón desde todos los peldaños, esto es, desde los más humildes y primeros hasta acompañar en la cátedra al benemérito Lino Palacio, afrontó sucesivos y difíciles desafíos a los que dominó con pasión y entusiasmo. Así se van alineando diversos hitos desde la prueba y desde la gráfica procesal la cuña profunda de la informática en la empresa del servicio judicial y lecturas y obras sucesivas cada vez más profundas, que constituyen aperturas del pensamiento moderno; amanecen y se reproducen análisis y críticas generales del código procesal, de la teoría de la prueba y del proceso, y ahora, desde hace pocos años, concentrando energía y potencial intelectual en ya seis luminosos volúmenes de su monumental Tratado de Derecho Procesal, cuya metodología, sistémica, finalidades y proyecciones lo llevan a ocupar una primerísima posición en tales obras no sólo en la lengua de Cervantes.

Hemos seguido, como la mayoría de quienes vestimos el mismo deseo por la ciencia de Chioventa, Calamandrei, Carneluti, Satta, Cappelletti, Denti, Tarzia, Comoglio, Ricci, y tantas otras lumbreras de la cultura itálica, los pasos ascendentes de nuestro querido hoy Académico. Su modestia, su espíritu alegre, comunicativo y portador de los valores de la juventud: la risa, el entusiasmo, la amistad y el amor, en compañía de su amadrigante esposa y compañera de trabajo, hacía ver que en tiempo más corto que largo, lo tendríamos también entre los señores Académicos que animan con sensible realismo el andar de una faena dispuesta al trabajo, a la investigación, a conformar mediante el uso fundamental del ejercicio del Derecho la ansiada paz social con justicia en un universo complicado que, como acaba de señalar Su Santidad Benedicto XVI, cada día está más amenazado y cada día, por ende, es menesteroso de mayor protección.

De esas dos manifestaciones que se atribuye el propio doctor Falcón —ser un autodidacta y un agradecido a sus maestros y mentores formativos— se desprende el fuego de una gran vocación.

II.- Fue muy temprano el llamado de la vocación. Solo se vive a sí mismo, solo vive, de verdad, el que vive su vocación, el que coincide con su verdadero sí mismo. Este llamado hacia un tipo de vida interior, esta voz o grito imperativo que asciende desde nuestro más radical fondo, no es sino la vocación. O dicho de otro modo, en palabras de Ortega y Gasset, que ese

extrañísimo fenómeno que nos lleva a muchos a leer determinadas cosas a través de la mirada de su vocación, de la auténtica, nos enseña, igualmente, que la misma no coincide nunca con la profesión, sino que consiste en una interpretación original de ella. Porque la profesión pertenece en realidad a la vida colectiva y todo lo colectivo es genérico, típico, extrovertido. La vocación, en cambio, cálida y efervescente, se anida en lo más puro de nuestro ser para empeñarnos a no ser distintos de lo que debemos ser.

III.- Dos circunstancias felices pero también preñadas de alta responsabilidad intelectual y moral se conjugan en esta incorporación. El sitio que ocupará nuestro recipiendario lleva el ilustre nombre de Domingo Faustino Sarmiento cuyo puño pleno de verdades se enfrenta con la decadencia argentina del presente, llama a la conciencia de todos los habitantes de esta queridísima nación y nos invita y empuja a promover su recuperación a partir de una nueva cruzada educativa cuyo guardapolvo blanco igualitario es el que mejor interpreta la manda constitucional, que no es sólo válida para el Congreso, sino para todos los ciudadanos de llevar adelante con persistencia y calidad institucional las medidas activas que aseguren a todos las posibilidades de una vida mejor, quiere decir, más justa, más equitativa, más solidaria y desde luego más culta y participativa cívicamente en la defensa de la Constitución y las instituciones de la República.

Pero, además de ello, el sitio fue ocupado en el tiempo inmediato por uno de los más lúcidos juristas cuyas proezas, cordura, tolerancia y sabiduría cobraron dignísima identidad y ejemplaridad en el último tercio de la centuria anterior. Estoy seguro, porque integramos el jurado que aprobó la tesis doctoral del doctor Falcón, que el fraterno Lino Palacio estaría hoy orgulloso, complacido y continuará siempre siendo la sombra tuteladora de Enrique Falcón.

IV.- Nuestro entrañable amigo, disertará sobre el Derecho Procesal del siglo XXI. Vivimos el final de una época y el inicio de otra. Cada tiempo tiene sus preocupaciones y cada generación sus compromisos. Nuestra Corporación está atenta a todos los problemas de carácter general de trascendencia jurídica y moral tal como lo prescriben sus estatutos. Sus miembros saben muy bien que al igual que las otras disciplinas el Derecho Procesal no es una caja vacía sino un resonante y creativo arsenal de ideas, reformas, propuestas, de querer estar continuamente a la altura de su tiempo. Las demandas, las obligaciones se entrecruzan sin cesar. La gente reclama otra cosa de la Justicia: que llegue oportunamente sin demoras indebidas, que no sea costosa, que sus reglamentos y técnicas sean comprensibles por el hombre

de cultura común. Conoce y utiliza el amparo, la acción popular, las medidas cautelares, sabe del tránsito del proceso individual al colectivo. Y quiere que las soluciones de los jueces del Estado o de los árbitros privados, ajustándose a las exigencias del proceso justo, respondan sin vueltas técnicas ni gambetas ni abusos a la exigencia de los consumidores. Todo el Derecho en cualesquiera de sus ramas tiene a la persona como centro imantante de sus dilemas. Y además tiene conciencia de que el Derecho Procesal, el acceso a la justicia, el ejercicio de cada uno a la tutela efectiva de sus derechos desconocidos o amenazados han de encontrar el eco pronto y completo de sus jueces que son los grandes operadores para que el Derecho esté en la vida y no fuera de ella. Todo esto, y muchísimo más, forma parte del basamento técnico y ético del Doctor Falcón que con renovados bríos y prudente palabra ayudará a que el Estado de Derecho en América se convierta en el tiempo más breve en el Estado de Justicia.

Para tal menester y al igual que otro honorabilísimo integrante de esta corporación, miembro correspondiente por Italia, el queridísimo y nunca olvidado Mauro Cappelletti, nuestro actual compañero hará un esfuerzo copernicano para que, como el maestro de Florencia lo quería, el jurista de nuestro tiempo sea un verdadero ingeniero social que, escudero de los valores más trascendentes que signan la ruta histórica de la humanidad, estreche la brecha entre ricos y pobres para que la felicidad que procura el Preámbulo se convierta para todos en una palpable realidad.

V.- Y para terminar mi introducción en estas horas tan significativas de una placentera pero conmovedora tarde académica, permítaseme expresar en tono coloquial y muy intimista, por la relación que tengo con el beneficiario, que como expresa en uno de sus últimos libros un maestro de la cirugía y ex decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de La Plata, el doctor Enrique Frutos Ortiz, libro que lleva por título "Pensamientos escritos en el camino", la vida no es sino una rueda que, como todas las ruedas, tiene una parte que se posa sobre la tierra besándola y otra mira hacia el cielo y las estrellas. En este momento, nos embarga la emoción de que en el firmamento de nuestra Argentina, es decir de nuestra América una nueva estrella viene a integrar el arcano más solemne y prestigioso de nuestra Corporación para que, en una fatiga que no tiene términos, brindemos a nuestros semejantes el sentido del honor y la responsabilidad del jurista.

Esta es la personalidad, éste es el hombre criterioso y bueno que hoy incorporamos a nuestra Academia.

Muchas gracias.

# EL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO XXI

POR ENRIQUE M. FALCÓN (\*)

Señor Presidente,  
Señor Académico maestro Augusto M. Morello,  
Señores presidentes de Academias amigas,  
Señores académicos,  
Familiares, amigos, señoras y señores...

## I.

Tres veces esta Academia me ha honrado. Me designó miembro de su Instituto de Derecho Procesal, premió mi obra sobre la prueba y ahora me designa miembro Académico, una distinción del máximo grado entre las que puede lograr un hombre de Derecho para trabajar y seguir aprendiendo en el más alto grado. Y en esta última oportunidad he tenido el raro privilegio que me lleva a ocupar el sitial Domingo Faustino Sarmiento, reemplazar a mi predecesor y querido maestro Lino Enrique Palacio y ser presentado por el maestro Morello, que con su verbo inigualable y el cariño que me profesa ha agigantado mis méritos a niveles que espero algún día alcanzar.

## II.

El sitial que me toca ocupar es el de Domingo Faustino Sarmiento.

Faustino Valentín Sarmiento (1), luego conocido con el nombre de Domingo Faustino Sarmiento, fue un hombre extraordinario desde cualquier punto de vista que se mire. Controversial, en un tiempo en que todo debía construirse, dejó su impronta en todos los lugares en que estuvo. Su instrucción formal se realizó sólo entre 1815 y 1821 en San Juan en la Escuela de la Patria. Posteriormente con sus trabajos diversos, sus ocupaciones y sus notables condiciones adquirió una educación informal de superior jerarquía, a la que sólo los dotados pueden llegar. Viajó por el mundo, ocupó diversos cargos públicos y políticos. Fue periodista, gobernador, diplomático, presidente, senador, militar y varias veces estuvo exiliado no sólo

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de setiembre de 2007.

(1) San Juan 15 de febrero de 1811 - Asunción del Paraguay 11 de setiembre de 1888.

por las divergencias entre unitarios y federales, sino por su permanente denuncia contra la corrupción. En todos los cargos que ocupó se destacó por su trabajo creativo en la enseñanza y la ciencia. Desde su posición Sarmiento defendió la educación de la mujer a la par del hombre. Su obra literaria ocupa más de cincuenta volúmenes. Entre ellas se destacan: *Facundo*, *Argirópolis*, *Recuerdos de provincia*, *Campaña del Ejército Grande*, *Método gradual de enseñar a leer el castellano*, *Memoria sobre la educación común*, *Comentario a la Constitución de la Confederación Argentina* y *Vida de Domínguito*, entre otras.

Sarmiento realizó una importante contribución al saber, gracias a su aporte como promotor del progreso científico y mediante una acción y prédica constante a favor de la enseñanza y de la creación de instituciones científicas y culturales. En su obra de 1866, *Las escuelas, bases de la prosperidad* muestra la concepción que a mi juicio lo hace merecedor de todo elogio por sobre cualquier crítica, que luego por su impulso durante el gobierno de Roca llevó a la sanción de la ley 1420 de enseñanza primaria, gratuita, obligatoria, gradual y laica. No en vano el reconocimiento a esta figura se ha plasmado en 1947 en la Conferencia Interamericana de Educación, reunida en Panamá, que estableció como *Día Panamericano del Maestro* al 11 de septiembre en homenaje al fallecimiento de Sarmiento considerando que “ninguna fecha es más oportuna para celebrar el día del maestro que el 11 de septiembre, día en que pasó a la inmortalidad Domingo Faustino Sarmiento”.

Este hombre se dio cuenta de que un país no se puede construir sin el conocimiento y la educación, y que esa educación comienza en los niños y sigue toda la vida como una necesidad impostergable para comprender la existencia y formar una Nación. Tal vez las críticas no hayan comprendido a Sarmiento, que fue no sólo un maestro, sino también un arquitecto. Apurando los tiempos nos dejó los elementos para una Argentina que luego brilló en el mundo y que hoy necesitamos recuperar en este campo con urgencia. Una anécdota es importante recordar para destacarlo más ampliamente. Sarmiento fue acusado en un debate parlamentario de ser pobre y de que si se lo ponía patas arriba no se le caería un solo peso (2). Hoy eso es una virtud que muy pocos tienen.

### III.

Maestro significa el grado más alto de reconocimiento que un grupo social otorga a una persona. Es por ello que quienes enseñan, educan y forman a nuestros niños, se llaman maestros, aunque hoy se encuentre ese nombre confundido dentro de un conglomerado que se denomina de “trabajadores de la educación” que no representan la verdadera naturaleza de la categoría. Sarmiento fue un maestro de la más alta jerarquía, y su fantasma debiera volver para aterrorizar la ignorancia que hoy en muchos espacios nos cubre. Pero también cabe esa designación de maestro para algunas personas que en una ciencia, un arte, un oficio y otras actividades, se destacan por sobre todas las demás, por la excelencia de su saber y la disposición que tienen para volcar el mismo en otros individuos, permitiéndoles así ver y comprender arcanos del conocimiento, que de otro modo les estarían vedados. Estos maestros no forman niños, sino hombres

---

(2) Es interesante la respuesta de Sarmiento a su interlocutor: “Puede ser, pero a Ud., lo pongan como lo pongan, nunca se le caerá una idea inteligente”.



y mujeres para que constituyan la proa de una sociedad, para que la enriquezcan y para que la conduzcan. Lino Palacio fue uno de esos maestros.

#### IV.

Palacio (3) fue también una persona extraordinaria por su bonhomía, sus conocimientos, su coherencia, su formación y su inigualable inteligencia. Se recibió de abogado a los 22 años y a los 25 era doctor en Derecho con tesis recomendada al premio Facultad. Tres años después, a los treinta años era adjunto de Derecho Procesal y en 1969, a los 41 años era profesor titular regular. Todo esto en la Universidad de Buenos Aires, donde llegó a ser profesor emérito. Pero también fue profesor en otras universidades argentinas y extranjeras. Su currículum es inmenso, recibió los más altos premios y distinciones, integró organismos de importancia, su labor fue ampliamente reconocida no sólo en nuestro país sino allende sus fronteras, su Manual (cuya primera edición compartió con Morello) tuvo más de 18 ediciones y ha sido la guía en esta materia en la Argentina y en el exterior. Y en esta Academia donde fue designado académico titular en 1987, realizó una importante labor y fue el Director del Instituto de Derecho Procesal desde 2001. Asimismo escribió numerosas obras y trabajos en todos los campos del Derecho Procesal.

Más allá de sus antecedentes curriculares, yo quiero recordar dos aspectos de Palacio que considero fundamentales, por lo menos en lo que a mí respecta. El primero me lleva a la época en que cursaba el doctorado. Palacio era el profesor y venía a darnos clase, aunque tenía un problema cervical muy grave que le producía grandes dolores. Recuerdo que apoyaba su cabeza algo inclinada contra el respaldo del sillón de la cátedra. Ello no le impedía enseñarnos y mostrarnos con claridad y precisión los conceptos involucrados en los diversos temas. Tenía la virtud de escuchar a los alumnos y plantear los problemas de modo mayéutico. Con el tiempo tuve la oportunidad y la suerte de compartir otras etapas con él, y en ellas siempre fue un mentor, una guía.

El segundo aspecto está referido al Tratado de nueve tomos que confeccionó durante 18 años (con diversas actualizaciones y reimpressiones, y que luego actualizó finalmente con un tomo décimo), Tratado al que denominó Derecho Procesal Civil, probablemente en recuerdo de uno de los juristas españoles que mucho influyó en el que fue Jaime Guasp. Pero Palacio tenía además una sólida formación filosófica, donde se notaba la mano de Carlos Cossio. Este tratado no sólo es una obra fundamental del Derecho Procesal, sino que está escrito de manera inconfundible, en él se advierte una coherencia sistémica desde la primera página del primer tomo hasta la última del tomo final, con un lenguaje claro, personal, sintético y completo que nos permite detectarlo aunque no sea citado por su estilo inconfundible y por la concreción de las ideas. Hoy que me toca ocupar su silla lo hago con orgullo y un dejo de nostalgia por no poder compartir otros momentos con este maestro, dotado además de un humor ácido y elegante y una visión cuya profundidad es muy difícil igualar.

#### V.

Cada siglo es tributario del anterior, cumple sus objetivos y paga sus deudas. El siglo XX consolidó al Derecho Procesal como una materia autónoma con sus pro-

---

(3) Buenos Aires, 10 de Abril de 1928; 3 de Octubre de 2006.

pías instituciones, sus cátedras, sus Códigos y sus científicos. Así la jurisdicción, la acción, el proceso, la cosa juzgada y otra serie de instituciones menores se fijaron definitivamente. Se desarrolló el proceso laboral. El campo jurisdiccional, se vio también acompañado por técnicas remozadas de otros tiempos que habían sido algo olvidadas. Así los *medios alternativos para resolver disputas ocuparon un ámbito cada vez mayor*. En materia procesal penal, a caballo de los tratados internacionales, quedó fijado definitivamente el concepto de proceso acusatorio, permitiendo una adecuada correspondencia entre la Constitución y las leyes de esa materia. Varias áreas comenzaron a forjar su independencia: el derecho procesal constitucional, el administrativo, el de familia y los procesos colectivos.

Pero las deudas que quedaron fueron notables:

1) El acceso a la justicia no se ha logrado cabalmente, pues ello requiere una profunda reforma donde tengan cabida adecuada las pequeñas causas, se dé fuerza y prioridad a las posibilidades de que los desposeídos puedan litigar en igualdad de condiciones a través de instituciones que los protejan, se permita a aquellas comunidades aisladas y olvidadas (indígenas, pueblos pobres de nuestras fronteras y aun del interior del país), lograr una igualdad que no se satisface en la actualidad.

2) La constante reorganización de la justicia transfiriendo competencias de manera desorganizada e inconsulta, como han sido las relativas a los concursos y las quiebras, la de los tribunales correccionales, el sistema laboral, motivadas en general por espasmódicas actitudes coyunturales, revelan que no se tiene una política de Estado ni un sistema de organización de la Nación en el campo de la Justicia.

3) La falta de aplicación adecuada de los medios tecnológicos derivados principalmente de la informática, la Internet y la comunicación, conspiran contra una justicia actualizada, coherente y eficaz, y lo más grave es que, en general, el juzgado responde a la concepción del siglo XIX y no resulta útil para los operadores jurídicos ni para los justiciables.

4) En este campo la falta de formación inicial y permanente del personal y de los mismos jueces, muchos de los cuales creen que han llegado a un lugar donde no hay más que estudiar y que no tienen nada más que aprender, muestran un modelo a cambiar que no comprende que la actualización y la especialización es una tarea diaria y constante durante toda la vida.

5) La introducción del Consejo de la Magistratura y el control a través de los Jurados de Enjuiciamiento, no han dado los resultados esperados, especialmente cuando el factor político es preponderante. Tampoco se pudo resolver adecuadamente el tema del Jurado y menos en el campo civil.

6) La normativa procesal sufrió reiteradamente retrocesos. Las reformas en el campo del proceso laboral y civil, demuestran no sólo un desconocimiento del sistema, sino una tendencia conservadora y en algunos aspectos con soluciones parciales incoordinadas, que crean más problemas que lo que pretenden aportar. En el campo penal el dictado de una Constitución incluyendo el Pacto de San José de Costa Rica y tribunales de instancia única que se mantuvieron con casación inter-

media, no obstante que el Pacto había sido aprobado por ley antes del dictado del Código Procesal Penal, terminó siendo un despropósito (4).

7) Se agregan a estos temas el de la eficiencia de la justicia, el de la protección nacional e internacional de los Derechos Humanos, la protección de la intimidad y la disputa siempre vigente entre las líneas que pretenden darle mayor o menor poder a los jueces, la siempre vigente oposición entre la oralidad y la escritura, constituyen los eslabones finales y adicionales que de modo general marcan los aspectos fundamentales a considerar, pero que tal vez en el siglo venidero sean superados por otros modelos.

Como si ello no fuera suficiente la penetración de la ciencia en el proceso presenta nuevas categorías como la prueba científica.

## VI.

Ahora quiero compartir algunas ideas referidas al Derecho Procesal en el siglo XXI. Lo primero que advierto es que el futuro no está escrito en ningún lado y depende de nosotros construirlo.

Tenemos algunos datos del siglo XX como bases de una prospectiva aproximada. Ello nos lleva a preguntarnos ¿cuáles son los desafíos del siglo XXI? El siglo XXI recibe por un lado los problemas irresueltos del siglo XX y tiende a considerar como propios algunos desarrollos específicos a los que hay que prestarle debida atención. Sin agotar las posibilidades y los medios de actualización, podemos decir que las cuestiones a resolver del Derecho Procesal en el siglo XXI se pueden enumerar de la siguiente manera:

1) *Sistematización orgánica, funcional y legislativa.* Esto supone el tratamiento de la organización de la justicia con los insumos adecuados humanos, científicos, tecnológicos, económicos y financieros. Una formación permanente de los operadores jurídicos acorde con la tarea que deban realizar y, especialmente, la formación constante de los jueces y los demás integrantes del Poder Judicial en cada uno de sus aspectos, que no sólo comprende el derecho sino las relaciones interpersonales, la organización y los métodos, contando con los avances científicos y tecnológicos en la aplicación de la tarea y con los edificios, muebles instrumentos y elementos necesarios con un mantenimiento constante y en desarrollo, donde las bases de datos informatizadas, el seguimiento de las causas, el expediente virtual, la introducción gradual de los esquemas virtuales deben ser el norte para la concreción de esta tarea.

Habrà que considerar también claramente el apoyo psicológico en la tarea de muchos de los operadores jurídicos que trabajan con cuestiones límites.

En ésta, como para cualquier tarea compleja y de compromiso se deben además destinar muchas horas. En este aspecto el horario de tribunales debe cambiarse y

---

(4) El Pacto de San José de Costa Rica fue aprobado por ley 23.054 del 27 de marzo de 1984 (Adla, XLIV-B, 1250); el CPPN corresponde a la ley 23.984 del 9 de setiembre de 1991 (Adla, LI-C, 2904), para regir a partir de 1992 y la Constitución Nacional fue sancionada el 22 de Agosto de 1994. En el caso Casal (LA LEY, 2005-E, 657) se dijo: Los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8 inc. 2 ap. h, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 inc. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLVI-B, 1107). (CSJN., 20/09/2005, -Casal, Matías E. y otro, robo simple en grado de tentativa / causa 1681; SJA 29/3/2006; JA 2006-I-779 JA 2005-IV-734).

ser mucho más amplio, con una distribución más adecuada, con centrales de trabajo y no dispersos modelos individuales sin un debido control. En el campo legislativo son necesarias las vías de recepción inmediata del avance científico, especialmente en la prueba, la unificación interprovincial de las bases procedimentales y una política de Estado clara y eficaz.

2) *Un conocimiento y aplicación más profundo de la comunicación*, tanto en las relaciones del proceso escritas u orales, internas o externas del mismo, con la utilización de los nuevos medios, como las video conferencias (por ejemplo para testigos), por vía de la Internet y especialmente la aplicación de la firma digital y otros sistemas electrónicos, más los que se vayan perfeccionando o creando en el futuro, llevándonos no sólo al proceso oral sino al *expediente digital*.

3) *Un proceso más útil*, con diversificación de opciones, no sólo a través de la tecnología científica, sino con la creación de vías de solución más sencillas (procesos urgentes tanto civiles como penales), la regulación de sistemas de ejecución inmediatos con la debida protección de los derechos que pudieran verse amenazados, la contemplación de los intereses sociales y familiares, el respeto ineludible a la guía constitucional y sus garantías y finalmente contemplando dentro del Derecho Procesal, las distintas vías de tratamiento de los conflictos como alternativas válidas e integradas para lograr las mejores soluciones que significan caminos que a corto plazo logren la paz social con justicia. Ello requiere un proceso elástico y variado, con dedicada actuación del juez y los operadores jurídicos de apoyo.

4) *Un acceso a la justicia real* donde tanto tengan llegada los desposeídos para reclamar por sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, como así la posibilidad cierta de controlar el poder cada vez más concentrado del Estado y las corporaciones, protección de los derechos que pudieran verse amenazados, como el adecuado tratamiento de los derechos de incidencia colectiva, la contemplación de los intereses sociales y familiares, para que alcancen todos ellos un adecuado tratamiento a través de sistemas idóneos, con base en el respeto irrestricto a las garantías constitucionales.

5) *Simplificación*. La tendencia hacia la simplificación del sistema y la posibilidad de comprensión del mismo—básicamente—por el común de la gente, es un imperativo que no se puede soslayar, porque, más allá de las cuestiones técnicas de cada materia, existe una necesidad de lograr la solución de los conflictos interpersonales en función de la paz social y la justicia. Las personas deben disponer de más tiempo para sus actividades creadoras y de satisfacción personal y no estar absorbidos por batallas permanentes que muchas veces carecen de sentido, se extienden innecesariamente en el tiempo, se resuelven con agravio a la realidad y no cumplen la función que la sociedad reclama.

6) El logro de los objetivos propuestos es complejo y requiere un gran esfuerzo que nos compromete y en los que esta Academia tendrá un rol fundamental.

## VII.

No quiero finalizar sin dejar de agradecer a mi esposa, a mi familia y a mis amigos hoy presentes y algunos ausentes con aviso, por darme en cada uno de mis actos lo más importante para un ser humano, cariño y amistad.

Muchas Gracias.

# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires celebra, en el cabal sentido de la palabra, la incorporación, como académico correspondiente en España, de don Tomás Ramón Fernández.

Tan descollante jurisperito en Derecho Administrativo, fascinante rama de la ciencia jurídica que concilia los imprescindibles deberes del Estado con los insoslayables derechos del hombre, nos honra con su compañía en la Corporación.

El señor académico de número doctor Juan Carlos Cassagne tendrá a su cargo la no sencilla tarea de presentar una síntesis de su prolífica actuación.

Tras ello, el señor académico recipiendario nos ilustrará con una disertación sobre el tema “La defensa de la competencia: luces y sombras”, compleja cuestión en la que confluyen la doctrina de la ley y la práctica del mercado.

Señor académico don Tomás Ramón Fernández, quiera usted aceptar en esta su casa, el diploma acreditante de tal condición y la respectiva medalla conmemorativa.

---

(\*)Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico correspondiente, Tomás Ramón Fernández, el 18 de setiembre de 2007.



# DISCURSO DE RECEPCION

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (\*)

En cumplimiento del ritual establecido para estas ocasiones se me ha encomendado la grata tarea de presentar al ilustre catedrático español Tomás Ramón Fernández, a quien recibimos hoy como nuevo Miembro Correspondiente de esta Corporación.

Tarea grata, por cierto, para mí, habida cuenta de la firme y profunda amistad que nos une, acrecentada por una común vocación por el derecho administrativo, la cátedra y el ejercicio profesional, campos en los que debemos asumir la defensa de los principios del Estado de Derecho y luchar por los valores que encarna la justicia, en sus distintas dimensiones.

Tomás Ramón Fernández es, sin lugar a dudas, una figura eminente del derecho administrativo español y comparado, cuya labor jurídica destaca por una serie de razones que me ha parecido justo puntualizar en esta circunstancia, antes que acudir a la fría lectura de su currículum, por lo demás al alcance de todos.

Junto a su maestro, Eduardo García de Enterría, fue coautor del “Curso de Derecho Administrativo”, obra que marcó el punto de inflexión de las tendencias que, a partir de la fundación de la Revista de Administración Pública, irrumpieron en el derecho administrativo español con extraordi-

---

(\*)Discurso de recepción del Académico Correspondiente doctor Tomás Ramón Fernández, en la sesión pública del 18 de setiembre de 2007.

nario rigor científico, poniéndolo entre los derechos más avanzados de Europa.

Tanto dicha Revista como el curso ejercieron una influencia extraordinaria en el desarrollo del derecho público de la segunda mitad del siglo pasado, contribuyendo a la formación de una de las escuelas de mayor prestigio y calidad intelectual de derecho administrativo europeo, cuyos miembros y discípulos ocupan actualmente la mayor parte de las cátedras universitarias españolas en las que se enseña la disciplina.

Como es sabido, la Escuela española apoyó su construcción dogmática sobre el principio de legalidad de la actividad administrativa y la interdicción de la arbitrariedad de los actos de los poderes públicos y, consecuentemente, en la defensa de los derechos fundamentales, particularmente de las libertades de los ciudadanos, a través de la afirmación de su tutela efectiva ante la justicia, recogida, finalmente, en un precepto expreso de la Constitución Española de 1978.

A su vez, cabe poner de relieve la manera resuelta en que la Escuela enfrentó los problemas que planteaba la adaptación a la nueva realidad, tras la sanción de la Constitución, al acudir a las técnicas del federalismo y de la justicia constitucional, hasta esa época inexistentes en España.

En tal escenario, Tomás Ramón Fernández dio a luz una serie de obras que alumbraron el camino a tomar por la jurisprudencia y la doctrina. Basta mencionar, entre sus libros más sobresalientes, aparte del Curso, los titulados “Arbitrariedad y Discrecionalidad”, “La autonomía universitaria”, “Entre el Derecho y la Política”. “Escritos dispersos de un jurista independiente”, “De la arbitrariedad del legislador”, “Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico” y “Panorama de Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria” (publicado en Buenos Aires en 2002 por La Ley) sin olvidar aquel libro suyo sobre la “La nulidad de los actos administrativos”, aparecido en 1979, cuyo nivel de excelencia doctrinaria presagiaba la alta calidad científica que iba a tener su extensa y nutrida producción ulterior.

Su “Manual de Derecho Urbanístico”, que lleva 20 ediciones, constituye una obra que resulta imprescindible conocer por quienes necesitan, por una razón u otra, abordar la compleja problemática que encierra la disciplina. La influencia que tuvo y tiene esta obra sobre la jurisprudencia ha sido realmente notable así como fue su labor en la elaboración de la ley 6 de 1998, sobre “Régimen del Suelo y Valoraciones”.



Catedrático en la Universidad Complutense de Madrid desde hace 25 años y Profesor invitado en diversas Universidades extranjeras, entre las que cuentan la de París X (en la que viene enseñando desde 1993), ha impartido cursos como Profesor invitado en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata y es Director del Programa Magister en Derecho Comunitario de la Universidad Complutense desde su creación en 1990.

Una personalidad tan destacada no podía permanecer ajena al reconocimiento de la comunidad académica vinculada al mundo del derecho. En el año 1984 fue distinguido con el Premio Adolfo Posada del Centro de Estudios Constitucionales, otorgado al mejor libro de Derecho Constitucional. A su vez, hace tres años fue elegido por sus pares Miembro de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. La lectura del discurso que pronunció en tal oportunidad muestra al jurista avezado y profundo que aborda con singular maestría los problemas del derecho en función de sus principios y de la realidad en la que le toca vivir.

Se trata de un admirable estudio que, como destilación de los anteriores que efectuó acerca de los otros poderes del Estado, condensa la doctrina que elabora en torno de la arbitrariedad judicial, enfocada en un profundo análisis sobre la discrecionalidad o arbitrio propiamente dichos, que lo lleva finalmente a sostener tres conclusiones fundamentales:

- a) el poder discrecional depende exclusivamente de la estructura de las normas que lo otorgan y no de la calidad del órgano o autoridad que lo ejercen;
- b) la extensión del poder discrecional depende de la densidad de regulación de la norma habilitante;
- c) el poder discrecional implica un supuesto de remisión o delegación que la norma efectúa a favor de una autoridad determinada.

Con este trabajo doctrinario Tomás Ramón Fernández nos enseña que el verdadero arte del jurista dogmático consiste en explicar lo que realmente sucede y en descubrir o bien despejar los caminos que deben orientar las decisiones discrecionales, ya emanen éstas de la Administración, de los jueces o del legislador, supuestos todos sujetos a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española, el cual, como destaca, constituye un precepto único en el derecho comparado-.

En tal sentido, ha volcado su pensamiento en palabras que mantienen actualidad en nuestros días. Así, al proponer la reconstrucción de la teoría de la ley, apuntó: *“No es casual, ni mucho menos, el acceso a la Constitución de 1978 de una expresa y categórica prohibición general de la arbitrariedad de los poderes públicos. Responde ésta, sin duda, a una crisis indisoluble de los mecanismos propios de todo sistema democrático, a cuya perversión el Estado de partidos ha contribuido decisivamente al acentuar la lógica implacable de la aritmética electoral con la que los representantes se aúpan sin pudor sobre los representados, que devienen prisioneros de una oferta electoral estrecha —y muy difícil de ampliar además por condicionamientos económicos y mediáticos— y adicionalmente rigidificada en muchos casos por sistemas electorales que más que la remoción y el cambio de los gobernantes propician su perpetuación, sea cual sea el balance de su acción de gobierno”*.

Del realismo de su doctrina es un buen ejemplo aquella conferencia que pronunció en la Universidad Austral de Buenos Aires, en el año 2001, que tituló “El derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria”. Allí, Tomás Ramón Fernández describió los problemas que debía afrontar la Administración en una etapa de transición como en la que seguiremos viviendo hasta que se consoliden las nuevas tendencias acerca del papel del Estado y de los particulares.

Como siempre, los cambios y transformaciones de las políticas económicas generan nuevos problemas y desafíos. Y, si bien ha corrido desde entonces mucha agua bajo el puente, una buena parte de las cuestiones que allí se plantean continúan sin resolverse y han aparecido también otras que reclaman diferentes soluciones.

En ese escenario, como nos advierte, el derecho administrativo viene soportando el embate de otras disciplinas que le disputan la primacía en su propio ámbito, tal como ocurre con la tendencia a privatizar las relaciones públicas entre el Estado y los particulares. Esta tendencia, que habría sido considerada antes como una herejía, hoy se pretende justificar bajo el manto protector de una mal entendida globalización, que en realidad contiene la deformación de los auténticos principios liberales que reposan sobre una ecuación basada en el equilibrio entre poder y libertad.

Así, afirma que *“la Administración tiene, ciertamente, a su disposición, de modo excepcional, las formas jurídicas del Derecho Privado, pero no las posibilidades y las libertades inherentes a la autonomía de la voluntad*

*de los particulares, ya que, cualquiera que sea la forma jurídica por ella elegida para instrumentar u organizar su actuación, ésta habrá de respetar siempre los principios que con carácter general y sin distinciones de ninguna clase establece para toda la actuación administrativa el texto de la Constitución. Una cosa es la decisión de actuar, que está regida en todo caso por dichos principios, y otra distinta la instrumentación de esa decisión, que podrá circular por los cauces del Derecho Privado, pero respetando siempre los derechos fundamentales de los terceros afectados, que la Administración nunca puede desconocer por el cómodo expediente de sustituir su uniforme de tal por el traje de paisano”.*

De otra parte, el embate del Derecho laboral sobre la función pública y los servicios públicos o esenciales ha tenido en nuestro país igual o mayor intensidad que en otros. Aunque la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema tiende a limitar parcialmente la regulación de la función pública por las convenciones colectivas, lo cierto es que existe una acentuada laboralización en campos antes reservados exclusivamente a la regulación estatal propia del derecho administrativo.

Este fenómeno requiere, como apunta Tomás Ramón Fernández (en palabras que suenan igual en Argentina) *“la reconstrucción de un sistema coherente y la elaboración de un Estatuto básico para la función pública española, que entretanto ha perdido calidad, impulso y presencia en el seno de la Administración, en cuyas aguas flota empujada por el vaivén cambiante de la política y de la multitud de consejeros y asesores que, a modo de comisarios, ésta sitúa en el interior de la organización”.*

Para concluir con esta selección de sus ideas he optado por elegir aquella que quizás no haya sido en Argentina una concepción suficientemente difundida. Me refiero a la necesidad que tiene la Administración actual de acudir a técnicas de signo negocial, *“viejo asunto en el que es preciso profundizar”*, como anota con acierto, para después señalar:

*“Pudiéndolo todo, la Administración por sí sola puede muy poco si no consigue la colaboración de los -perdón por la fea, pero aquí expresiva, palabra- administrados. La decisión ejecutoria, que un día lo llenó todo, no es ya bastante, si no va acompañada de la negociación y del convenio y de las adhesiones voluntarias que aquélla y éstos son capaces de suscitar.*

*Los riesgos —para la legalidad y la igualdad— que una Administración concertada conlleva son bien conocidos y no pueden en absoluto ser des-*

*deñados, mucho más cuando se tienen tan próximos los episodios de corrupción que han embarrado estos últimos años el escenario político y administrativo, pero la conciencia de su existencia no puede hacer olvidar que con cobertura legal o sin ella la Administración y los ciudadanos negocian día a día. Es falso sencillamente el panorama que presentan los Cursos y Manuales de Derecho Administrativo que escribimos los profesores, según los cuales la Administración es una potentior persona, situada en una posición de superioridad desde la cual manda y se impone. Puede hacerlo legalmente, sin duda, pero si no hiciere otra cosa no le saldrían las cuentas, porque pronto se quedaría sola y sola, seguida a distancia con temor, no podría conseguir los objetivos deseables, ni acercarse a ellos tan siquiera.*

Y agrega, con referencia a los convenios urbanísticos, que *“Hoy es ya general y hay que celebrarlo, porque, siendo, como es, la negociación inevitable, es mejor que se haga a la luz del día y a la vista de todos, dentro de unos límites previamente definidos con carácter general”*.

El rasgo común que exhiben todas sus obras reside en su indiscutible calidad jurídica pero también en su lenguaje. En este sentido, cumplen con aquello que dijo Jean Guitton al señalar que lo que se necesita hoy día no es tanto volver a la antigua elocuencia sino *“... solamente guardar su sustancia bajo formas nuevas, adaptadas a este espíritu moderno más rápido y ágil, más neto, más sincero y audaz, que se dirige en forma directa a lo esencial”* (1).

Además de jurista eximio, Tomás Ramón Fernández, ejerce la profesión de abogado en forma activa en el Ilustre Colegio de Madrid y de otras ciudades de España habiendo personalmente recogido siempre opiniones elogiosas que acreditan su prestigio, independencia y capacidad en los distintos niveles y medios en que le ha tocado actuar en defensa de sus clientes.

En las reuniones anuales que realiza la Escuela pude también comprobar el gran respeto intelectual que le profesan sus pares y discípulos, respeto que sólo tiene sustento cuando, como en el caso, no es fruto de la obsecuencia ni del culto personal que se impone sino el producto de algo profundo y verdadero, que fluye en forma natural y espontánea.

---

(1) GUITTON, Jean, “El trabajo intelectual”, trad. del francés, Ed. Criterio, Buenos Aires, 1968.

Por todo ello, nuestra Academia se complace hoy en recibirlo como Miembro Correspondiente en este acto que simboliza el reconocimiento a sus excepcionales méritos científicos así como la gratitud por la generosidad proverbial con que prodigó sus enseñanzas entre nosotros.

Señor Catedrático y amigo Tomás Ramón Fernández: en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, le doy la más cordial bienvenida a la Corporación y lo invito a hacer uso de la palabra para pronunciar su conferencia.

---



# LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LUCES Y SOMBRAS

POR TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (\*)

I. Gracias, muchas gracias. Estas tienen que ser necesariamente las palabras iniciales en mi primera comparecencia ante esta prestigiosa Corporación. Gracias por el honor que me habéis dispensado al incorporarme como miembro correspondiente, un honor al que soy muy sensible porque viene a establecer un vínculo formal que me une de manera permanente a este país y a esta hermosa ciudad en los que me he sentido como en mi propia casa desde que, hace ya veinticinco años, pisé por vez primera su suelo.

Muchas gracias, Sras. y Sres. académicos, por recibirme ahora como lo hacéis. Soy castellano viejo y, como tal, seco y poco expresivo. A cambio soy muy sincero, por lo que podéis estar completamente seguros de que sabré hacer honor en todo momento al honor que me habéis hecho y de que corresponderé siempre con mi afecto al afecto que me habéis mostrado.

Gracias también y sobre todo a mi fraternal amigo el Dr. Juan Carlos Cassagne, Vicepresidente de la Corporación. Soy muy consciente de que han sido la amistad y el afecto que nos unen los que me han traído hasta aquí, que no mis méritos, porque no tengo otros que el de haber creído siempre y seguir creyendo en el Derecho como valor de Libertad y como límite al Poder.

II. Del Poder y del Derecho, de esa pugna permanente que mantienen y mantendrán siempre mientras existan gobernantes y gobernados y que se

---

(\*)Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 18 de septiembre de 2007.

presenta siempre también en los mismos términos por mucho que cambien los escenarios en que se produce, voy a hablarles también ahora tomando como referencia el escenario de la economía, del mercado, de un mercado que necesitamos que sea libre y eficaz al mismo tiempo, lo que reclama mucho, en primer término, una acción decidida de defensa de la competencia que se desarrolla en su seno, asunto éste de la mayor importancia que bien merece una reflexión.

Me da pie para intentar la publicación en España, hace sólo dos meses, de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, una Ley, ciertamente, necesaria porque la de 17 de Julio de 1989 había sido objeto de tantos remiendos en los últimos años que era ya de difícil lectura, lo que impedía parchearla de nuevo para ajustar su contenido a las reformas introducidas en el marco comunitario por el Reglamento del Consejo nº 139/2004, de 20 de Enero, sobre el control de las concentraciones de empresas, y por el Reglamento, también del Consejo, nº 1/2003, de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Será, por supuesto, una reflexión de carácter general, que dejará a un lado, como es lógico, las cuestiones de detalle, que son siempre circunstanciales y, como tales, carentes de interés más allá de las circunstancias de tiempo y de lugar a las que están vinculadas, para centrarse en los problemas de fondo, en las cuestiones de principio que son las únicas que realmente pueden retener la atención más allá y por encima de las, siempre convencionales, líneas fronterizas que con mayor o menor eficacia nos separan.

La nueva Ley no ofrece grandes novedades, pero formula, en su preámbulo, una declaración de principios absolutamente inhabitual y extraordinariamente reveladora además, como habrá ocasión de comprobar. Dice, en efecto, que “está guiada por cinco principios claros: garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno”.

Acostumbrados como estamos a la retórica convencional de las exposiciones de motivos de las Leyes es muy posible que esta declaración haya pasado completamente inadvertida. Sin embargo, cuando se lee con un



mínimo detenimiento llama poderosamente la atención que la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia no sea la que encabece el quinteto de principios que la declaración contiene, como sería lo natural dado el objeto de la Ley, sino que aparezca en cuarto lugar por detrás de la garantía de la seguridad jurídica de los operadores, de la independencia de la toma de decisiones y de la transparencia de la actuación de los órganos administrativos competentes, que han de responder de ella ante la sociedad.

Es todo un reconocimiento, subconsciente desde luego pero muy expresivo, de las carencias, los defectos y las insuficiencias de un sistema en el que hay tantas luces como sombras, lo que contribuye a darle en ocasiones un aspecto no sólo incierto, sino, incluso, inquietante.

No es difícil en absoluto comprobarlo. Basta seguir el hilo de cada una de los principios que el preámbulo de la nueva Ley encierra, porque cada uno de ellos pone de manifiesto un déficit que el propio Legislador admite que es necesario remediar.

III. Que el sistema en vigor reclama un reforzamiento de la seguridad jurídica es rigurosamente indiscutible, porque la incertidumbre comienza justo en el principio, es decir, en la propia definición de la competencia que se pretende defender, que no es ni en España, ni en Europa, ni en ningún otro lugar la competencia pura y dura, caiga quien caiga, sino una versión más rebajada, que acepta *ab initio* un cierto nivel de imperfección que se considera, incluso, funcional. A esa idea responde el concepto de *workable competition*, que Clark y Schumpeter pusieron en órbita en la década de los cuarenta del pasado siglo.

En el ámbito europeo la rebaja es mayor todavía, porque, como ha notado con acierto F. Souty en un breve pero enjundioso opúsculo que merece como pocos el calificativo de dos veces bueno que Gracián reservaba para casos semejantes (cfr. *Le droit de la concurrence de l'Union Européenne*, Ed. Monchrestien, 2ª ed., 1999), los países europeos han sido tradicionalmente escépticos sobre las virtudes de la competencia y han preferido siempre políticas de intervención gubernamental en la economía.

A ello hay que unir que, así como el Derecho norteamericano anti-trust pretende preservar de las tendencias monopolistas de los grandes conglomerados empresariales un espacio federal ya consolidado previamente, el Derecho Europeo de la competencia se inscribe desde hace medio

siglo en un contexto específicamente orientado hacia la construcción de un mercado común a gran escala, objetivo que exige ante todo eliminar las protecciones nacionales.

Esto explica las tensiones permanentes entre lo nacional y lo supranacional, entre la libertad y la intervención, tensiones cuya reducción reclama un compromiso entre objetivos diversos no siempre conciliables e, incluso, contradictorios en ocasiones. El resultado de todo ello es, por lo pronto, que no esté clara, ni tampoco permanezca fija, la línea que separa lo permitido y lo prohibido, que sea borrosa, por decirlo de otro modo, la imagen de la competencia que se pretende defender, lo que termina traduciéndose en la disponibilidad por las autoridades competentes de márgenes de apreciación extraordinariamente amplios. Y, ya se sabe, a medida que aumenta la discrecionalidad administrativa la seguridad jurídica se reduce en la misma proporción.

La simple lectura del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y del artículo 1 de nuestra nueva Ley permite apreciar de inmediato que a los objetivos específicamente concurrenciales se superponen otros objetivos de política económica general, a los que, incluso, se da preferencia muchas veces.

Ambos preceptos prohíben con gran énfasis todo tipo de acuerdos o prácticas colusorias concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto, produzcan o simplemente puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia y declaran nulos de pleno derecho ni más ni menos los acuerdos, decisiones, convenios y demás que puedan llegar a adoptarse infringiendo dicha prohibición, pero inmediatamente a continuación precisan que ésta “no será de aplicación” a aquellos acuerdos, recomendaciones o prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de los bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan a los consumidores y usuarios participar de sus ventajas de forma equitativa, no impongan restricciones que no sean indispensables para conseguir sus objetivos y no permitan eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de los que en cada caso se trate.

El preámbulo de nuestra nueva Ley en un alarde de sinceridad resume lo que acabo de decir confesando abiertamente que “en esencia, se trata de que las prohibiciones no sean aplicables a aquellas restricciones de la competencia que sean proporcionales a los beneficios que generan en

términos de eficiencia en la asignación de los recursos y, por tanto, de bienestar general". Mientras la concurrencia no se elimine por entero cualquier restricción de la misma es aceptable si de ella resultan beneficios apreciables para el interés general. Nada de fundamentalismos, por lo tanto, sino estricto pragmatismo.

Como es natural, corresponde a las autoridades, europeas o nacionales según el ámbito del mercado afectado, valorar las ventajas y los inconvenientes, lo que remite a un juicio técnico, esto es, a una valoración económica, ampliamente discrecional. Esto no plantea mayores problemas cuando la inaplicación de la prohibición se declara con carácter general en relación a una categoría determinada de acuerdos, ya sean verticales u horizontales, mediante los correspondientes Reglamentos de exención por categorías, que la Comisión Europea o el Gobierno, cada uno en su esfera, están expresamente facultados para dictar, porque en estos casos la igualdad al menos está asegurada.

Fuera de ellos, en cambio, reina la incertidumbre porque la prohibición admite también excepciones singulares cuando se den las mismas circunstancias. Estas excepciones se articulaban antes mediante autorizaciones previas, pero el Reglamento 1/2.003, de 16 de Diciembre de 2002, optó por suprimirlas y ese mismo camino ha seguido nuestra nueva Ley, por lo que ahora son las empresas las que tienen que autoevaluar si los acuerdos que concluyen son merecedores del levantamiento de la prohibición y asumir, en consecuencia, el riesgo de que la opinión de las autoridades pueda ser otra y de que se ponga en marcha en consecuencia la correspondiente reacción sancionatoria.

La línea que separa lo permitido de lo prohibido tiene, pues, mucho de aleatoria, lo que obliga a operar sin unas reglas fijas, precisas y claras.

Con el abuso de posición dominante, que es el otro bloque de conductas prohibidas, ocurre otro tanto. El artículo 82 del Tratado no define qué entiendo por explotación abusiva de una posición de dominio, limitándose a enunciar a título de ejemplo algunas conductas que en todo caso se considerarán tales: imponer, directa o indirectamente, precios de compra o de venta u otras condiciones no equitativas, limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de los mismos.

Esta apertura indefinida del concepto es en sí misma un problema muy serio, pero no es el único, ni mucho menos. Para aplicarlo es imprescindible definir también previamente el mercado relevante, es decir, el mercado al que hay que referirse para comprobar si se produce o no la posición de dominio y, por supuesto, hay que concretar cuándo puede considerarse existente tal posición. Nada de esto se precisa ni en el artículo 82 del Tratado, ni en el artículo 2 de nuestra nueva Ley.

El abuso de posición dominante resulta ser, por lo tanto, una ecuación con muchas incógnitas, con demasiadas incógnitas, que sólo pueden ser despejadas *a posteriori* por la autoridad competente en el marco del propio procedimiento sancionatorio teniendo a la vista y valorando todas las circunstancias concurrentes: si el producto es sustituible por otros y en qué medida lo es, si existen barreras de entrada al mercado de dicho producto, cuál es la estructura de dicho mercado, cuál la de la propia empresa de la que se predica el supuesto abuso y otras muchas variables del mismo corte, cada una de las cuales ofrece a dicha autoridad un margen de apreciación mayor o menor que contribuye a hacer desmesurado el del conjunto.

Sobre este concepto de posición dominante, tan difícil de aprehender, está construido también el control de concentraciones de empresas, que es, sin ninguna duda, el sector más polémico del Derecho de la Competencia. Es perfectamente comprensible que así sea, porque, por lo pronto, carece de una base específica en el Tratado, como la tiene la lucha contra las prácticas colusorias y contra el abuso de posición de dominio. Es más, entre el artículo 82 del Tratado y la regulación del control de concentraciones contenida tanto en el viejo Reglamento de 21 de Diciembre de 1989, como en el de 20 de Enero de 2004 hoy en vigor, es advertible, incluso, una cierta falta de correspondencia, porque aquél no prohíbe la posición de dominio, como ya dije, sino sólo su eventual abuso, mientras que los Reglamentos citados condenan las operaciones de concentración no sólo cuando “refuerzan” una posición de dominio previamente existente, sino también cuando simplemente la crean si en uno y otro caso ello puede contribuir a obstaculizar significativamente la competencia en el mercado aunque no lleguen a producirse abusos propiamente dichos.

En el fondo, la regulación del control de las concentraciones empresariales, que implica en todo caso una restricción mayor o menor de la libertad de realizarlas, está en clara contradicción con el innegable deseo de contar con grupos empresariales capaces por su fuerza y su tamaño de

competir con éxito a escala global, contradicción que en último término explica las tensiones y los debates que continuamente se producen.

La norma hoy aplicable (el artículo 2 del Reglamento del Consejo de 20 de Enero de 2004 y el artículo 10 de nuestra nueva Ley) es, además, demasiado abierta, puesto que considera incompatibles con el mercado común “las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”. A la dificultad inherente a la determinación del mercado relevante y de la posición de dominio, conceptos jurídicos indeterminados de extenso halo, se añaden aquí otros dos del mismo corte, el de “obstaculización significativa” y el de “competencia efectiva”, con la además de que la apreciación de estos últimos no se refiere a una realidad presente y susceptible como tal de comprobación, sino a una realidad virtual, que la propia autoridad competente tiene que configurar o, si se prefiere, imaginar a partir de un análisis económico prospectivo, esto es, de un juicio de futuro acerca del efecto previsible sobre la competencia en un mercado o mercados determinados de una operación que o bien no existe todavía, como es lo normal, o bien acaba de concretarse en el plano formal, pero sólo eso.

Por si esto fuera poco, tanto el Reglamento comunitario, como nuestra nueva Ley autorizan a involucrar en el análisis criterios económicos generales, tales como “las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta de menores precios”. Con una norma como ésta las autoridades competentes pueden hacer prácticamente lo que quieran. Si optan por el fundamentalismo concurrencial, como ocurrió a comienzos de este siglo en el ámbito comunitario, pueden vetar cualquier tipo de concentraciones; si, por el contrario, quieren propiciar la creación de “campeones” nacionales, europeos o, incluso, mundiales cualquier operación de concentración puede ser también autorizada con buenas razones o, por lo menos, con razones plausibles.

El sistema se sitúa así en los antípodas de la idea de seguridad jurídica, que es, ante todo, previsibilidad. Ahora se ve bien por qué la nueva Ley encabezó, consciente o inconscientemente, su declaración de principios o, si se quiere, de preocupaciones con la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos.

IV. Es indiscutible, desde luego, que el hecho de que la Ley apodere a una autoridad en términos ampliamente discrecionales no impide, ni mucho menos, el control judicial ulterior de la decisión que eventualmente adopte, pero no hay duda de que lo dificulta seriamente hasta el punto de que sólo en circunstancias excepcionales, que difícilmente suelen darse, es pensable que ese control pueda ser ejercido con eficacia.

La jurisprudencia europea demuestra, en efecto, que es posible el control en sede jurisdiccional de las decisiones relativas a operaciones de concentración empresarial, que son, como acabamos de ver, las más discrecionales de todas las que pueden producirse en este campo en razón de la estructura de la norma de la que proceden, pero pone de manifiesto también que ese control requiere un esfuerzo que está muy por encima de las posibilidades reales de las jurisdicciones nacionales y, desde luego, de la nuestra.

De que el control es posible dan fe las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 6 de Junio, 22 y 25 de Octubre de 2002, que anulaban las decisiones de la Comisión que declararon incompatibles con el mercado común las operaciones de fusión de *Airtours-First Choice*, *Schneider-Legrand* y *Tetra Laval-Sidel*. A dichas Sentencias dediqué en su momento un comentario, al que ahora he de remitirme necesariamente (cfr. *La concentration des entreprises et le juge communautaire. Un exemple de contrôle, dénué et tout préjugé, de l'exercice correct du pouvoir discrétionnaire*, en *Mouvement du Droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, París, 2004). Diré sólo que nunca hasta ese momento había tenido oportunidad de tener en las manos sentencia alguna que contuviera una disección tan meticulosa, tan puntual y tan implacable como la que estas Sentencias llevaron a cabo de los informes técnicos, en este caso económicos, que sirvieron de soporte a las decisiones enjuiciadas. Sólo una disección, repito la palabra, de este tipo, que comprobara cada uno de los datos manejados por los informes en cuestión, escudriñara cada una de sus innumerables valoraciones y analizara con rigor los procesos lógicos de la argumentación desplegada y de las presunciones en cada caso formuladas podía descubrir, como esas Sentencias descubrieron, los errores manifiestos cometidos por la Comisión al vetar las operaciones de concentración, que es lo único que podía justificar la anulación de dicho veto, supuesto el amplio margen de apreciación que la normativa aplicable reconoce a aquélla.

En ese amplio margen de apreciación cabe normalmente, como ha vuelto a decir la Sentencia del propio Tribunal comunitario de Primera Instan-

cia de 11 de Julio último, que ha estimado parcialmente la reclamación de *Schneider Electric* por los perjuicios que el veto de su fusión con Legrand le produjo, “una cierta amplitud en la elección de los instrumentos económicos, así como en los ángulos de aproximación apropiados para el estudio del fenómeno” o en la definición del mercado relevante, “siempre que no sean manifiestamente contrarios a las reglas admitidas de la disciplina económica y sean aplicados de manera consecuyente”.

Es disculpable también según precisa esta misma Sentencia, que en los análisis económicos necesarios se deslicen ciertas insuficiencias, incoherencias y hasta omisiones, ya que tales análisis operan con enunciados complejos y difíciles y se realizan además bajo la presión del plazo que la Comisión ha de respetar.

La crítica, por lo tanto, tiene que ir más allá, tiene que descubrir contradicciones insalvables y errores de mayor gravedad y eso requiere en el juzgador, amén de decisión y conocimientos, apoyo técnico adicional y, sobre todo, tiempo, un tiempo del que, normalmente, no disponen las jurisdicciones nacionales, que viven agobiadas por una masificación que crece sin cesar.

Este es, desde luego, el caso de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que no es de extrañar, aunque no pueda aplaudirse, que los Tribunales, incluido el propio Tribunal Supremo, cedan en muchos casos a la tentación de tirar por la calle de en medio, como suele decirse vulgarmente, y se limiten a realizar un control mínimo para lo que no les falta, por otra parte, algún tipo de justificación, ya que para encontrar ésta les basta apelar a la socorrida doctrina de la discrecionalidad técnica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 2005, que desestimó el recurso interpuesto por los operadores de televisión por cable contra el acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó la fusión de Sogecable y Vía Digital, las dos primeras empresas en el mercado de la televisión de pago, y el voto particular del Magistrado Sr. Campos Sánchez Bordona, ilustran perfectamente la tensión a la que me refiero, que reproduce al máximo nivel la polémica doctrinal sobre la intensidad del control jurisdiccional de la discrecionalidad de la Administración que provocaron hace ya algunos años mis trabajos sobre este asunto, polémica a la que el voto particular citado expresamente alude.

Para decirlo en pocas palabras: desestimar las impugnaciones y confirmar las decisiones de la Administración es cuesta abajo; desmontar esas decisiones y estimar los recursos, cuesta arriba.

V. Esta es la realidad. Por muy entusiasta que uno sea, y yo lo soy en extremo, del control judicial de la Administración, que es, ciertamente, una pieza esencial en todo Estado de Derecho, no cabe ignorar sus dificultades y sus limitaciones. Es imprescindible e irrenunciable, por supuesto. Su sola presencia es ya una garantía, pero en ningún caso puede hacerse descansar exclusivamente sobre él todo el peso de la demanda de seguridad jurídica y menos todavía en un ámbito como éste presidido por un ordenamiento tan peculiar y tan complejo.

No basta, en efecto, saber que pueden ser corregidos *a posteriori* los errores y las desviaciones más graves en los que puedan incurrir las autoridades. Es necesario que éstas gocen de la credibilidad del público y esto exige que sean y que puedan ser vistas como independientes, supuesto que su función es la de actuar como árbitros en el mercado, esto es, como garantes imparciales de la libre concurrencia de todos los que operan en éste. De ahí que la nueva Ley haya incluido la independencia en la toma de decisiones en un lugar destacado, el segundo, de su declaración de principios.

Era imprescindible que lo hiciera a la vista de la experiencia de los últimos años en los que han ocurrido cosas que hacían difícil creer que efectivamente la tuviera el Tribunal de Defensa de la Competencia, organismo autónomo con personalidad jurídica diferenciada adscrito al Ministerio de Economía al que la Ley precedente confiaba la tarea de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y de proteger y garantizar la existencia en ellos de una competencia efectiva.

Como no puedo, lógicamente, detenerme en este asunto como quisiera, me limitaré a recordar lo ocurrido en el sector eléctrico en torno a ENDESA porque el estrépito ha sido tan grande que su eco habrá llegado hasta aquí, lo que hace innecesaria una explicación detallada.

Hace media docena de años aproximadamente ENDESA e IBERDROLA, las dos primeras empresas eléctricas españolas, a notable distancia de las demás, decidieron fusionarse con el ánimo de constituir una entidad líder en Europa. El entonces Vicepresidente del Gobierno y Ministro de Economía no vio con buenos ojos la operación porque temió que pudiera resultar perjudicial para la competencia, que, en su opinión, reclamaba la presencia en el mercado de no menos de cuatro empresas.



El Tribunal de Defensa de la Competencia, que tenía que informar preceptivamente la operación, se alineó en esa dirección emitiendo un juicio negativo sobre ella, a la vista del cual el Consejo de Ministros, órgano competente para decidir, emitió una resolución que si entonces resultó sorprendente, hoy parece auténticamente esperpéntica: autorizó la fusión, pero a condición de que las dos empresas que pretendían unirse realizaran en el plazo de seis meses unas desinversiones tan importantes que la entidad resultante de la operación vendría a ser más pequeña que cualquiera de aquéllas. Dos más dos tenían que sumar finalmente uno y medio.

A este episodio me referí ya, de pasada aquí en Buenos Aires, a los pocos meses de producirse. Lo que entonces no dije es que lo más curioso del caso y lo que hacía sospechosa la intervención del Tribunal es que el juicio negativo emitido por éste se produjo por tomar como mercado relevante para valorar los efectos de la fusión el mercado español, ya que si hubiese utilizado como referencia el mercado peninsular el mismo proceso argumental hubiera conducido a una conclusión positiva. No hace falta decir que el hecho de que en el momento del informe no existiera todavía un mercado peninsular de la energía no podía justificar la opción del Tribunal, porque es evidente de toda evidencia que cuando dos grandes empresas deciden fusionarse no están pensando en el presente, sino que se están preparando para afrontar los retos del futuro inmediato, en este caso del mercado peninsular, que necesariamente tenía que consolidarse a cortísimo plazo.

Aquellos polvos han traído estos lodos, como suele decirse. Si un Ministro y un Gobierno instalados en un ingenuo fundamentalismo concurrencial que ningún Estado miembro de la Unión Europea ha practicado nunca impidieron entonces, con la colaboración inestimable de un órgano técnico complaciente, la creación de una gran empresa española, otro Gobierno de color político distinto, el actual, no ha tenido el más mínimo escrúpulo en utilizar a fondo todo su poder hasta el punto de cambiar por Decreto-Ley las reglas de juego en pleno partido con el propósito de crear un “campeón nacional” y de asegurarse el apoyo político de los nacionalistas catalanes que necesitaba y necesita para gobernar en la Comunidad Autónoma de Cataluña y en España.

La historia empezó hace exactamente dos años con la OPA lanzada sobre la totalidad del capital de ENDESA por GAS NATURAL, empresa controlada por la “Caixa” de Barcelona, que, como Caja de Ahorros que es, lo está por

los políticos del territorio en el que tiene su sede, esos mismos políticos de cuyo apoyo dependía y depende el Gobierno. Las vicisitudes de esa historia no caben aquí. Requieren un grueso libro, que un día aparecerá sin duda, porque son tantas, tan importantes e implican a tal número de actores que la mera relación cronológica de todas ellas resultaría imposible en este momento.

El cambio de modelo estaba ya formulado en el *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, aparecido el 20 de Enero de 2005, meses antes, pues, de que esta penosa histórica, compendio de todos los excesos, comenzara, pero, aunque no hubiera sido así, el descrédito general que ésta ha provocado hubiera obligado a adoptarlo.

La nueva Ley tenía, pues, que hacer un esfuerzo para asegurar la independencia y la transparencia en la toma de decisiones y lo ha intentado, ciertamente, por diversas vías. En el plano orgánico integrando las dos piezas del sistema tradicional, el Servicio de Defensa de la Competencia dependiente del Ministerio de Economía y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en una única autoridad, la Comisión Nacional de la Competencia, configurada como una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, a la que la Ley reconoce, incluso, expresamente legitimación para impugnar en vía jurisdiccional los actos administrativos y las disposiciones reglamentarias de cualquier Administración Pública de los que deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (artículo 12.3), lo que contribuye a subrayar su autonomía funcional.

La novedad principal que esta nueva organización comporta consiste, por lo tanto, en situar la instrucción de los procedimientos, antes en manos de un órgano administrativo jerárquicamente dependiente del Ministro de Economía, en un órgano, la Dirección de Investigación, de la propia Comisión, sujeto sólo, en consecuencia, al Presidente y al Consejo de ésta y enteramente libre, por lo tanto, de ingerencias ministeriales.

El régimen de nombramiento y separación de los miembros de dicho Consejo no difiere, sin embargo, del que hasta ahora venía rigiendo para los vocales del desaparecido Tribunal. Ha faltado aquí dar el paso de atribuir su nombramiento a las Cámaras, lo que hubiera reforzado sensiblemente su posición.

En el plano funcional el cambio ha sido importante en el tema, tan conflictivo, del control de las concentraciones empresariales. Hasta ahora las operaciones de concentración tenían que ser notificadas al Servicio de Defensa de la Competencia, que disponía de un mes para remitir al Tribunal aquellos expedientes relativos a operaciones que pudieran, en su opinión, suponer un obstáculo a la competencia. Quedaba, pues, en manos de un órgano jerárquicamente dependiente del Ministro de Economía la decisión de llevar adelante la investigación o no, ya que, transcurrido el indicado plazo sin que el expediente fuera remitido al Tribunal se entendía que la Administración no se oponía a la operación. También estaba en manos del Gobierno la decisión final sobre los expedientes remitidos al Tribunal, ya que no correspondía a éste otra cosa que emitir su dictamen sobre ellos.

Con la nueva Ley los poderes de la Comisión han aumentado notablemente a costa del Gobierno. Es el Consejo de la Comisión el que, sobre la base del informe y la propuesta que le eleve la Dirección de Investigación, puede por sí mismo autorizar la operación, con condiciones o sin ellas, o acordar el inicio de la segunda fase del procedimiento en el supuesto de que considere que aquélla puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia.

Esta segunda fase, que exige la tramitación de un procedimiento contradictorio, termina también con una resolución del Consejo, que tiene carácter definitivo cuando autoriza la operación sin condiciones. Sólo cuando imponga condiciones o cuando prohíba la operación podrá el Ministro de Economía elevar la decisión, en el preteritorio plazo de quince días, al Consejo de Ministros, que, a su vez, dispone de un mes para confirmar la resolución dictada por el Consejo de la Comisión o para autorizar la operación con o sin condiciones por razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, que habrá de motivar debidamente (artículo 60).

El papel del Gobierno se reduce así sensiblemente. No puede intervenir cuando la Comisión autoriza sin condiciones y, en los demás casos, su intervención debe respetar la aplicación que la Comisión haya podido hacer de las reglas de la competencia, cuyo resultado sólo puede corregir por razones relacionadas con la defensa y la seguridad nacional, con la protección de la seguridad o salud públicas o del medio ambiente, con la libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, con la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos y con la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sec-

torial. El abanico de argumentos que la Ley pone en manos del Gobierno es, ciertamente, amplio, pero su separación formal de los argumentos competenciales permite contrastarlos con éstos, lo que facilita notablemente la tarea de comprobar su efectiva consistencia.

Mayores poderes, pues, del organismo técnico de la competencia, menores facultades de intervención del Gobierno y un más claro reparto de papeles entre aquél y éste. No es poco, desde luego. Sobre todo si a ello se une la publicidad que el artículo 27 de la Ley ordena de todos los informes, resoluciones y acuerdos que la Comisión Nacional de la Competencia pueda adoptar en el ejercicio de sus funciones, lo que garantiza su conocimiento general y su sometimiento a la opinión, pública y especializada, dentro y fuera de España.

La Ley ha previsto, en fin, la sujeción de la Comisión Nacional de la Competencia al control parlamentario que establece su artículo 28, según el cual viene obligada a enviar anualmente su memoria de actuación y los informes de cada año ha de elaborar también sobre la situación competitiva de los mercados al Congreso de los Diputados, ante el que el Presidente de la misma deberá comparecer cuantas veces sea requerido y, como mínimo, una vez al año para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro.

Una nueva etapa parece comenzar de este modo. Es de esperar que en ella las sombras que hasta ahora tenían arrinconadas a las luces dejen a éstas un espacio mayor. No será fácil, sin embargo. Nada lo es cuando el Poder está por medio y aquí lo está, ocupando sin disimulo, además, el primer plano.

Habrà, pues, más adelante nuevas razones y nuevas ocasiones para revisar y actualizar estas reflexiones a las que sólo provisionalmente pongo ahora punto final agradeciéndoos muy sinceramente la atención que me habéis prestado.

---

# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

Queda abierta la sesión pública del 25 de octubre de 2007 destinada a incorporar al señor profesor doctor Diogo de Figueiredo Moreira Neto como académico correspondiente en Brasil.

La Academia se enriquece con la participación de un maestro del Derecho Administrativo, rama de la Ciencia Jurídica a la que incumbe la compleja tarea de conciliar los derechos insoslayables de los ciudadanos con las funciones imprescindibles de los funcionarios ello dentro del marco de la Constitución.

Rama de la Ciencia Jurídica que debe hallar el justo equilibrio entre derechos y funciones para lograr el bienestar general no ya procurado en forma casi exclusiva por un Estado omnipresente, ni dejado en manos de los ciudadanos por un Estado prescindente sino a cargo de un Estado cooperante conforme al principio de la subsidiariedad.

La Academia se enriquece con la participación de un maestro del Derecho Administrativo proveniente de la hermana República Federativa del Brasil, de pujante desarrollo, lo que permite aunar el saber y la experiencia.

La Academia se enriquece con el cotejo entre dos ordenamientos jurídicos diferentes en lo particular, pero compatibles en lo esencial, como lo son nuestras lenguas diversas pero mutuamente inteligibles.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico correspondiente Diogo de Figueiredo Moreira Neto, el 25 de octubre de 2007.

El señor académico Vicepresidente profesor doctor Juan Carlos Cassagne tendrá a su cargo la grata tarea de presentar al señor académico recipiendario, y a la vez la compleja labor de resaltar los aspectos cimeros de una prolífica actuación.

Tras ello el señor académico recipiendario profesor doctor Diogo de Figueiredo Moreira Neto nos ilustrará con una disertación sobre un tema de candente actualidad en el que se engarzan el Derecho Constitucional y el Administrativo, pues se trata de “El control judicial de políticas públicas”.

Señor académico Diogo de Figueiredo Moreira Neto: en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires agradezco a usted que haya aceptado ser miembro de la misma y me permito hacerle entrega del diploma y la medalla que acreditan tal condición.

# DISCURSO DE RECEPCION

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (\*)

La recepción como Miembro Correspondiente de nuestra Academia del jurista brasileño Diogo de Figueiredo Moreira Neto constituye un acto pleno de significado que, junto al reconocimiento a sus indudables méritos científicos en el campo del derecho administrativo, cumple con el objetivo de fortalecer las relaciones que, en el plano jurídico y en muchos otros, mantenemos con la hermana República del Brasil.

Esos vínculos responden no sólo a la vecindad. Emanan de la idiosincrasia de nuestros pueblos, de la unidad cultural, de sus creencias y costumbres y, por cierto también, de sus intereses económicos y políticos.

En tal sentido, el camino que nuestros respectivos países han comenzado a transitar juntos en el escenario que plantea la integración de América del Sur necesita ser consolidado a través de la conformación de una cultura jurídica común que sirva de sólido andamiaje para el fortalecimiento de sus instituciones fundamentales.

Uno de los puntos en que se apoya esa relación radica en la recíproca armonía y colaboración que debe existir en el desarrollo de la ciencia jurídica, la cual, sin descartar otros lazos intercomunitarios, se encuentra representada, en el caso, por la actividad académica genuina, que no debe hallarse subordinada a intereses políticos circunstanciales sino a la eleva-

---

(\*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Diogo de Figueiredo Moreira Neto, en la sesión pública del 25 de octubre de 2007.

da finalidad que persigue el derecho al realizar la justicia, en el marco de cartas constitucionales que adoptan como núcleo esencial el sistema republicano y democrático de gobierno.

A la luz de sus antecedentes, no dudo que la designación del nuevo Académico contribuirá a reafirmar, en el ámbito jurídico, las vinculaciones que mantenemos con Brasil las que, a raíz del Mercosur, resulta necesario acrecentar en esta etapa de nuestro crecimiento, para alcanzar el objetivo de una efectiva integración comunitaria favorecida por las similitudes que caracterizan a nuestros sistemas jurídicos.

Así, desde sendos esquemas constitucionales basados en el federalismo, la división de poderes y la protección de los derechos fundamentales de las personas, hasta las raíces romano-germánicas de sus códigos de fondo y la adaptación de sus derechos administrativos a la realidad vernácula de cada país sobre la base de una impronta básicamente europea, sin perjuicio de los aportes provenientes del derecho norteamericano, la mayoría de nuestras instituciones exhiben una notable analogía.

La trayectoria de nuestro Miembro Correspondiente, así como la ingeniosa obra jurídica que ha desplegado y los cargos y funciones que ha ejercido, revelan legítimos méritos para ser acreedor a la distinción otorgada por sus pares argentinos.

Puede decirse que los antecedentes que exhibe su currículum muestran una amalgama en la que se mezclan tanto una acendrada vocación por la docencia y la función pública como por la investigación y la labor profesional.

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la prestigiosa Universidad Cândido Méndez, Procurador del Estado de Río de Janeiro y profesor de varias Universidades norteamericanas y europeas, ha desempeñado importantes funciones públicas en la Consultoría General de la República y en el Estado de Río de Janeiro habiendo recibido también las más altas distinciones académicas y condecoraciones honoríficas, en su país y en el extranjero.

Autor de más de trescientos artículos y ponencias sobre temas de la especialidad Diogo de Figueiredo Moreira Neto ha escrito dieciséis libros siendo coautor de numerosas obras que enriquecen la literatura jurídica brasileña y comparada.



En cierto modo, se lo considera miembro de la Escuela española de Derecho Administrativo que orienta el maestro Eduardo García de Enterría, asistiendo regularmente a las reuniones que anualmente convocan a los más destacados juristas españoles e hispano-americanos.

La doctrina española, que ha recibido gran influencia de la alemana e italiana, se ha proyectado también a Brasil y ha sido nuestro Académico quien ha difundido con mayor ahínco sus concepciones en punto a la interdicción de la arbitrariedad de la Administración, al control judicial de la actividad administrativa a través de las técnicas de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad como un supuesto esta última, de remisión o delegación legislativa susceptible por tanto de fiscalización por el Poder Judicial.

En su último libro, titulado “Mutaciones del Derecho Público (Derecho Político-Constitucional y Administrativo)”, publicado el año pasado por la editorial Renovar de Río de Janeiro, reafirma los postulados modernos del Estado de Derecho que considera, en definitiva, como un Estado de Justicia.

Según el autor, en la actual etapa del derecho administrativo, habrá que reforzar no sólo los clásicos controles de legalidad sino también los controles de eficiencia de las políticas públicas.

En otros términos —como expresa— “se trata de lograr la realización de los valores constitucionales, sin desviación y sin disimulo” corrigiendo los defectos de los abusos de los legisladores “más preocupados por los efectos populares de sus proyectos que por los efectos jurídicos de las normas que proponen”, desentendiéndose de sus resultados.

Pero dejemos que sea nuestro nuevo Académico quien —con su habitual solvencia— desarrolle sus ideas sobre esta trascendente cuestión que se plantea hoy día en el derecho público de nuestras repúblicas.

Señor Académico y dilecto amigo. Al cederle la palabra le doy la bienvenida en nombre de nuestra Corporación a esta casa, que espero Ud. la considere a partir de ahora como suya, tanto por los vínculos culturales que mantenemos como por la amistad que nos une.



# CONTROL JUDICIAL DE LAS POLITICAS PUBLICAS

POR DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (\*)

## 1. Un breve prólogo

1.1. El poder es un fenómeno connatural al hombre y es un elemento central para la comprensión del surgimiento y del desarrollo de la política y del derecho en las sociedades humanas.

1.2. El concepto originario del poder, asociado a lo mágico y a lo religioso, sumió al hombre en un aura mítica que lo marcó profundamente, de esta concepción deriva una autoridad con matices sobrenaturales muy arraigados.

1.3. La superación del viejo concepto mágico y religioso del poder se procesó paulatinamente, al mismo tiempo que su difusión elevaba a la sociedad, de objeto a protagonista del poder.

1.4. Con el Renacimiento en Europa Occidental, el surgimiento del Estado moderno, la laicización de la autoridad y la revitalización del Derecho Romano se fueron abriendo las oportunidades para la racionalización y la lenta juridicización del poder político.

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 25 de octubre de 2007.

## 2. La historia es una epopeya del control del poder

### 2.1. DEL CONTROL RELIGIOSO AL CONTROL LAICO

2.1.1. La laicización del poder en Europa Occidental vencía a la omnipresente monarquía absoluta y abría espacio para la afirmación paulatina de los intereses protegidos de ciertos sectores sociales, tales como la nobleza y la burguesía.

2.1.2. Así es que eventos como la difusión del conocimiento, la Reforma, la intensificación y sofisticación del comercio, el humanismo, el nacimiento del Derecho Internacional, para citar algunas entre otros hitos políticos, económicos y culturales que surgen del Renacimiento, germinaban y estimulaban la propagación del ideal de libertad, que en los siglos siguientes comenzaría su corrosión histórica a través de las formas autocráticas y tiránicas del ejercicio del poder.

### 2.2. DIVIDIR PARA CONTROLAR

2.2.1. Los ideales post renacentistas se afirman por medio de las tres Revoluciones Liberales de la Edad Moderna —la inglesa, la americana y la francesa—, cada una de ellas con un específico adelanto hacia el *control del poder político* y la *construcción de las libertades públicas*: la inglesa, con la institución del poder legislativo; la Americana, con el otorgamiento de autonomía al poder judicial, y la francesa, con la organización y estructuración de la burocracia del poder ejecutivo.

2.2.2. Con la fragmentación del poder monopólico de los reyes se abrió el camino para instituir controles estatales recíprocos.

2.2.3. No obstante, la evolución posterior por que han pasado los tres poderes originarios no ha sido homogénea. Los poderes legislativos se desarrollarán rápidamente a partir del siglo XVIII; los judiciales evolucionarán más despacio, porque los ejemplos norteamericanos de la unidad de la jurisdicción y de la creación de una corte constitucional no habían sido desde luego adoptados en Europa Continental, sino que lo fueron más bien recientemente, en razón de la preferencia por el modelo revolucionario francés, que protegía el núcleo de poder del ejecutivo (concepto radical de separación de poderes); y, como los poderes ejecutivos mantuvieron intangibles sus prerrogativas, ellos han sido más resistentes a los cambios liberales.

### 2.3. EL ÚLTIMO BALUARTE DEL ARBITRIO

2.3.1. El resultado de la interpretación radical francesa resultaría en la permanencia, justamente en la rama ejecutiva del poder del Estado, de las viejas prerrogativas reales del *jus imperii*, que con el tiempo cederían a los controles externos (1).

2.3.2. Se observa que tanto en la formulación de políticas públicas como en su ejecución se concentran masivamente las funciones de ese mismo poder ejecutivo y, hasta cierto punto, en él se confunden: es que en las funciones se encastilla y sigue vigente el viejo mito de la inmunidad. El Ejecutivo es, al mismo tiempo, político y administrador.

2.3.4. En suma, en razón de la unidad conceptual de las políticas públicas, que privilegia lo político en detrimento de lo jurídico, se mantiene la resistencia al control judicial, tanto bajo el tradicional pretexto de independencia absoluta de la función administrativa, como bajo el argumento de la suficiente legitimidad del control democrático efectuado por las urnas.

## **3. Las políticas públicas frente a dos importantes paradigmas del Derecho Público: La democracia y los derechos fundamentales**

### 3.1. EN CUANTO A LA DEMOCRACIA

3.1.1. El *concepto formal de democracia*, como producto de una expresión de la voluntad de un electorado, fue duramente afectado por las trágicas experiencias políticas del siglo XX, que culminaron con la propagación de ideologías totalitarias y radicales. En efecto, las hecatombes de tres guerras mundiales —dos calientes y una fría, pero no menos letal— ocasionó la transmutación a un *concepto material de democracia*, definido ahora por su carga propia de valores.

3.1.3. Así es que, con la inclusión de valores que: inmanentes al régimen democrático, comenzó a entenderse que: (1) la simple voluntad de las mayorías no afecta los derechos de las minorías (argumento contra-ma-

---

(1) EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder", Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 1ª ed. 1974, 2ª ed. 1979, 3ª ed. 1983 y reimpressiones en 1989, 1995 y 2004,

(2) Madrid, Civitas, 1991.

yoritario); (2) la presunción de legitimidad originaria, que deriva tan sólo de la forma de investidura, cede ante la evidencia de ilegitimidad en la actuación y en el destinatario del poder (argumento legitimatorio); (3) la voluntad política, aunque democráticamente recogida, se subordina siempre a los valores ínsitos en la Constitución (argumento de la supremacía constitucional) y, finalmente, la mera representación política del ciudadano no comunica su voluntad tan pura y perfectamente como lo puede hacer su participación directa o semidirecta en los procesos decisorios (argumento habermasiano de la acción comunicativa).

3.1.4. En suma, se puede afirmar que los modelos de democracia encontrados hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, con pocas excepciones, perseguían la obtención de consensos solamente de tipo *formal, electoral y representativo*, mientras que los modelos desarrollados posteriormente privilegiaban la obtención de consensos *sustantivos, procedimentales y participativos*.

3.1.5. De esta manera, el concepto contemporáneo de políticas públicas ya no puede ser el mismo que prevaleció a lo largo de la modernidad. Se impone una revisión del concepto que privilegie la democracia —entendida en su expresión posmoderna—.

## 3.2. EN CUANTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.2.1. La constitucionalización formal de los derechos fundamentales es doble: bajo el ángulo sustantivo, afirma los *valores* básicos de una sociedad y, bajo el ángulo adjetivo, establece el *marco regulador de protección* de los derechos subjetivos provenientes de dichos valores.

3.2.2. Por consiguiente, del mismo modo en que se afirmó respecto al paradigma democrático, el concepto contemporáneo de *políticas públicas* tampoco puede ser el mismo que ha prevalecido al tiempo de la modernidad.

## 4. LA JUDICIALIZACION DE LAS POLITICAS PUBLICAS SE POSIBILITA CON LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

### 4.1. CONSTITUCIONALIZACION DE LA ACCION ESTATAL

4.1.1. Eduardo García de Enterría, al examinar otro de los paradigmas mutantes del siglo XX —la *plenitud de la normatividad constitucional*— en su consagrado libro “*La Constitución como norma y el tribunal constitucional*” (2), observó que el Derecho Constitucional readquiría toda su

expresión jurídica, se reincorporaba al Derecho Público y, en suma se “rejuridizaba”.

4.1.2. Efectivamente, dejaba de ser, un derecho *institucional*, una expresión de la Ciencia Política, y, abandonando la situación ambivalente en que actuaba como “*un catálogo de recetas políticas vagamente obligatorio*”, el Derecho Constitucional volvió a ser un derecho *relacional*, fundamentalmente debido a la inclusión de los derechos fundamentales.

4.1.3. En razón de la plena constitucionalización de las acciones estatales, sin espacio para un ejercicio de voluntarismo político de naturaleza alguna, fuera de su órbita: “*Se procura, por lo tanto, buscar una formulación jurídica más adecuada para imponer al Estado, en la dirección de los negocios internos, la efectivización de las disposiciones constitucionales*”, teniendo en mira el concepto de Eduardo García de Enterría y de Tomás-Ramón Fernández, de que *el Derecho administrativo es el derecho público interno por excelencia*.

4.1.4. A continuación, se analiza la constitucionalización de tres importantes *cambios de paradigmas* que han operado el milagro...

#### 4.2. PRIMER CAMBIO DE PARADIGMAS: DEL CONTROL OBJETIVO AL CONTROL SUBJETIVO

4.2.1. La lógica original del control sobre la acción administrativa, a partir del modelo revolucionario francés, había sido el del mantenimiento de la *legalidad objetiva*, es decir, la finalidad del control era siempre la observancia de la ley (3) aun cuando fuese requerido por un particular.

4.2.2. El cambio postmoderno de paradigmas transformó la naturaleza de este control de objetivo a subjetivo: “*se dejó de concebir como un instrumento en defensa de la legalidad benévolamente confiado a los ciudadanos*” para pasar a ser un derecho del ciudadano de “*pedir justicia al juez para la protección de un derecho material concreto*”, destinando la tutelar los derechos subjetivos de los administrados (4).

---

(3) Al respecto, la más reciente obra de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, “Las Transformaciones de la Justicia Administrativa”, Madrid, Thomson - Civitas, 2007, originariamente expuesta en Rio de Janeiro, el 3 de octubre de 2006, como conferencia inaugural del Congreso Internacional de Derecho Administrativo, organizado por la Procuraduría General del Municipio de Río de Janeiro.

(4) Expresiones recogidas de la obra antes citada, páginas 132 y 133.

4.2.3. En la ampliación del concepto subjetivo, se apunta como marco relevante al artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn: “*Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos tiene derecho a obtener la protección efectiva de los jueces y tribunales*”.

#### 4.3. SEGUNDO CAMBIO DE PARADIGMAS: DEL ACTO ADMINISTRATIVO A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.3.1. El enfoque tradicional de control también se alteró, al expandirse el examen de legalidad adscrito al *acto administrativo*, elemento por elemento, al examen de legalidad de un complejo de actos administrativos conformadores del *procedimiento administrativo*. De esa manera, cobró relevancia una dimensión teleológica, hasta entonces inexistente o poco relevante.

4.3.2. Es este cambio de paradigmas el que se encuentra ahora en vías de superación, gracias a la categorización jurídica de las *políticas públicas* como un *complejo de procesos*, que, partiendo de la *formulación*, pasan por la *planificación* y confluyen en la *ejecución* de las actividades administrativas constitucionalmente a cargo del Estado.

#### 4.4. TERCER CAMBIO DE PARADIGMAS: DEL CONTROL DE LA VOLUNTAD AL CONTROL DEL RESULTADO

4.4.1. El nuevo enfoque se desplaza también del examen de la *manifestación de la voluntad administrativa*, con la preocupación de confrontarla con los parámetros de legalidad, al examen de la *efectividad de la voluntad administrativa*, en términos de resultado.

4.4.2. El *control de resultado* es mucho más extenso y va más allá de la manifestación *legal* de la voluntad administrativa, admitiendo la formulación de *nuevos parámetros de juridicidad*, como los de legitimidad, de moralidad y de eficacia, incluso en cuanto al acatamiento de normas técnicas.

4.4.3. Se diseña, en síntesis, una exigencia de *eficiencia*, que es nada más que la *buona amministrazione*.

### 5. Un epílogo en construcción

#### 5.1. LA LUCHA PERMANENTE CONTRA LA ARBITRARIEDAD

5.1.1. Doscientos años de progreso del Derecho Administrativo produjeron extraordinarios frutos en el perfeccionamiento de la racionalidad y de



la moralidad en las actividades de la administración, pero la necesaria prosecución de dichas conquistas exigirá que se penetre la zona oscura, indefinida, voluble y desafiante —*entre la administración y la política*— donde se encuentran las manifestaciones de arbitrio y de inmunidad del poder.

5.1.2. Por lo tanto, es menester, desde luego, reconsiderar la *misión del Derecho Administrativo* a partir de sus propias conquistas, repensando tanto su nueva dimensión postmoderna cuanto el instrumental que será necesario para provocar un nuevo salto cualitativo. Ahora, revisando al *control del ciclo de políticas públicas*, que es un concepto aún en formación, pero que ofrece un abierto reto al Derecho en razón de la resistencia histórica de su núcleo duro, impenetrable al *judicial review*, y que por eso necesita de una mirada también dura —el *hard look control*— como ya lo intentaron los anglosajones, quizá porque una expresiva parte de la clase política siempre se resiste a lo que considera una pérdida de poder.

5.1.3. No obstante, son los conceptos incorporados al Derecho Público post moderno, al cual se integró de pleno el Derecho Constitucional, tales como los de la *efectividad normativa*, los *derechos fundamentales* y, sobre todo, el *control de constitucionalidad*, los que están abriendo camino a los nuevos parámetros jurídicos necesarios para el triunfo de la racionalidad, de la moralidad y de la eficiencia de la acción político-administrativa, en la lucha milenaria contra el arbitrio.

## 5.2. LA ARBITRARIEDAD DEJA CONSECUENCIAS: EL DESPERDICIO, LA MALVERSACION, LA CORRUPCION, LA INEFICIENCIA Y LA OMISION DEL ESTADO GESTOR

5.2.1. El desperdicio, la malversación, la corrupción, la ineficiencia y la omisión del Estado gestor, son enfermedades de la Administración para las cuales los remedios de la democracia representativa se muestran cada vez más insuficientes.

5.2.2. Para tener una idea de la importancia y de la magnitud de este desafío *que justifica plenamente el desarrollo de un control judicial sobre las políticas públicas*, un estudio emprendido por la OCDE —Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (5)— ha demostrado que 15 de los Estados miembros de la Unión Europea podrían recortar

---

(5) HEATH, Allister, Europe's public sectors yield increasing evidence of waste. Gross Inefficiency. Artículo in Sunday Business, London Knight Ridder / Tribune Business News, de 8 de marzo de 2003.

cómodamente el 27% de sus gastos públicos, manteniendo los mismos servicios, es decir, reduciendo en el total la participación del sector público de 50% al 35% del producto bruto interno (PBI).

5.2.3. Si la ineficiencia está presente en tal grado en países de la Comunidad Europea, la magnitud y la gravedad del problema en las naciones en desarrollo es aun mayor.

5.2.4. Efectivamente, los datos en Brasil sobre ineficiencia son aun más alarmantes (6), porque dan cuenta de que la “*corrupción y la ineficiencia administrativa consumen un tercio de los ingresos públicos*”, se pierde la astronómica suma de 234 mil millones de reales por año (lo equivalente a 123 mil millones de dólares norteamericanos), una desviación, en números relativos, del 32% de los ingresos de tributos en el país.

5.2.5. Hace poco tiempo, una investigación inédita hecha en Brasil por el Tribunal de Cuentas de la Unión (7) reveló datos aun más grotescos sobre el despilfarro con los dineros públicos en el país: es la *paralización* —incomprensible e indisciplinable— de más de 400 obras por la Administración Federal —detenidas por más de un año o sencillamente abandonadas— representando un total de 3.5 mil millones de reales del presupuesto federal, de los cuales fueron gastos 1,9 mil millones...; para nada!

5.2.6. En este escenario asoma la vergonzosa constatación de la *ineficacia de los instrumentos jurídicos tradicionales* para lograr reducir a niveles admisibles esta astronómica pérdida de los preciosos recursos aportados por la sociedad. Se trata, por lo tanto, puesto en términos jurídicos, nada más que de *realizar efectivamente los valores constitucionales*.

### 5.3. ASCENSION DE LA CIUDADANIA: PARTICIPACION, SOCIEDAD Y SOCIALIZACION DE LOS CONTROLES

5.3.1. El perfeccionamiento del *control judicial de las políticas públicas*, preconizado ahora por innumerables juristas, no debe ser entendido como

---

(6) Publicados en el periódico O Globo, Caderno de Economia, p. 29, de la edición de miércoles, 4 de octubre de 2006, Río de Janeiro, que divulga un estudio realizado por el Instituto Brasileño de Planeamiento Tributario - IBPT.

(7) Datos publicados en la edición del periódico O Globo, Río de Janeiro, del jueves, día 21 de junio de 2007, en la primera página y adelante desarrollado en la página 11.

(8) La referencia es de la exposición presentada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo, referido en la nota 6, supra.

---

la sustitución del *político* y del *administrador* por el *juez*, sino como un reconocimiento de que le cabe institucionalmente velar por el Derecho y no solamente por ley, como lo establece la Constitución española (artículo 103.1): *la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho*.

5.3.2. Así, como el Derecho no tolera la arbitrariedad, tampoco habrá de aceptar sus nefastas consecuencias, como las referidas: del despilfarro, la malversación, la corrupción, la ineficiencia y de la omisión del Estado administrador.

5.3.3. Un último cambio de paradigmas que hace falta recordar se refiere al *modo* de administrar los intereses públicos, distinguiendo cada vez más lo que sean las actividades de *formulación* y de *ejecución de las políticas públicas*, admitiendo y asegurando, en las dos fases, la *participación* y el *control*.

5.3.4. Este acercamiento, preanunciado por Massimo Severo Giannini, que está ocurriendo en los sistemas públicos y privados, tiende a facilitar la *multiplicación de controles* —externos e internos, públicos y privados, de fiscalía y de corrección, de toda suerte y naturaleza— con sumo provecho para la sociedad.

5.3.5. Es previsible, por lo tanto, y aquí se deja como una modesta observación, que el interés en estudiar y desarrollar este tipo de control aumente en los próximos años, y ello estimulado por lo que es generalmente reconocido como un *bajo desempeño de la administración del sector público* en términos de eficiencia en la inmensa mayoría de los países en la actualidad. Se debe saludar esta tendencia renovadora del Derecho Administrativo, que se vuelve, cada vez más, una Ciencia puesta al servicio del perfeccionamiento de la ciudadanía.

---



# PALABRAS DE APERTURA

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

Señor vicepresidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. doctor Isidoro Ruiz Moreno, señor académico recipiendario, profesor doctor Federico Carpi, señores académicos, señoras y señores.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires tiene el honor de recibir en su casa a un eximio maestro del Derecho Procesal don Federico Carpi profesor en la Universidad de Bolonia, Presidente del Instituto Internacional de Derecho Procesal, para incorporarlo como académico correspondiente en Italia.

La disciplina cultivada por el señor académico recipiendario es la que satisface más plenamente las dos funciones del Derecho que es a la vez ciencia y arte.

El Derecho en cuanto ciencia es la que procura averiguar cuáles son las pautas genéricas convenientes para una mejor convivencia social.

El Derecho en cuanto arte es el que busca resolver lo justo ante un conflicto particular.

La rama procesal de las disciplinas jurídicas suma ambas funciones pues tiende a lograr la justicia en el debido proceso mediante el derecho de defensa en juicio.

En nuestra forma de gobierno federal la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos es de tal importancia que se encuentra abonado por otra pauta constitucional.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico correspondiente Federico Carpi, el 2 de noviembre de 2007.

El dictado de los llamados Códigos de Fondo corresponde al Congreso Nacional, pero la sanción de los Códigos Procesales es de incumbencia de las Legislaturas Provinciales pues las Provincias no han delegado tal atribución al Gobierno Federal dada su importancia.

En otro aspecto de la singularidad del derecho procesal quiero recordar que el mismo incidió en la estructuración actual de esta Academia.

Ello se debe a que la Universidad de Buenos Aires, fundada hace casi un siglo y medio, era en lo referente al derecho una academia de ciencia que otorgaba el grado de doctor tras lo que para ejercer la abogacía había que rendir examen ante el Tribunal de Justicia.

Por determinadas circunstancias históricas tras medio siglo de andar incorporó a los estudios el derecho procesal, tras lo que la Universidad comenzó a otorgar el título profesional de abogado habilitante para el ejercicio de la profesión y la Academia se escindió de la Universidad.

Reitero entonces que por los motivos antedichos la Academia se honra con la incorporación de don Federico Carpio.

Sobre su personalidad y obra versa el discurso de recepción redactado por el señor académico Augusto Mario Morello maestro en los mismos temas que por razones de salud no puede hoy estar aquí por lo que se excusa.

El señor académico Enrique Falcón, notorio cultor del derecho procesal, se ha ofrecido a leer el discurso, gentileza que agradecemos.

Tras ello don Federico Carpi nos ilustrará con una disertación sobre “La reforma de la casación en Italia. Estado en el Derecho Comparado”.

El tema reviste particular importancia en nuestro medio frente a la realidad de una Corte Suprema cuya función es guardar la Constitución, pero que en ciertas circunstancias se ve forzada a intervenir como tribunal de casación exorbitando la función primordial antedicha.

Aguardamos con sumo interés la exposición del señor profesor Federico Carpi a quien mucho agradecemos que haya aceptado ser miembro de esta Corporación.

# DISCURSO DE RECEPCION

POR AUGUSTO M. MORELLO (\*)

I. Señores Académicos titulares, representados por el titular Académico doctor Falcón, quien expresará las palabras de recepción e incorporación del doctor Federico Carpi a nuestra institución.

Es de destacar la feliz circunstancia de que celebremos casi al concluir el año académico de nuestra Corporación la recepción del doctor Carpi como miembro correspondiente en Italia y en representación de la fundamental e histórica Universidad de Bologna. Para el suscripto el acontecimiento se redobla en aciertos, mensajes vinculantes, reciprocidad de estudiosos y la consolidación de una línea de amistad y cooperación de sobresaliente relieve entre las dos Academias que ahora quedan más interconectadas que nunca.

Para ubicar al tema, la real fisonomía del Señor Académico que viene a dar brillo a una fecundísima tradición de estudioso, de investigador, de reformista, de escritor profundo y agudo, de estar en la primera plana en forma regular y constante en un vastísimo espectro de actividades intelectuales, que dan lujosísima presencia y jerarquía a la claridad y agudeza de sus enseñanzas, los atributos que venimos puntualizando cobran una muy digna resonancia, y el eco de sus clarinadas se multiplican en un abanico sin fin de registros y hechos positivos que enriquecen la foja de un enamorado del Derecho y las simientes más propicias para potenciar un clara y contagiosa vocación por el mundo de Chioventa, Carnelutti, Calamandrei, y el enorme y calificado conjunto de los cultores de la gran escuela italiana.

---

(\*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Federico Carpi, en la sesión pública del 2 de noviembre de 2007.

Con Federico Carpi hace ya muchos años que los duendes sugerentes de la amistad, el respeto, la hidalguía y de cuanto hace al mejoramiento de la condición humana está enlazado por anillos de cohesión y comprensión que en cada jugada, en cada partida, en cada nueva ilusión quiere fundirse en un horizonte común para el bien de la ciencia, la cultura jurídica y el afán de que el Derecho como forjador de la paz social no esté nunca ausente de sus posibilidades de realización. Sobremanera, claro es, respetando la dignidad de todas las personas y buscando con humildad y perseverancia nobles enroques y conquistas que hagan respetar cada vez más el rol trascendente del Derecho en las sonoridades de un mundo agobiado por la injusticia, por la postergación y por el diferimiento continuo de alcanzar conquistas palpables, realistas, sensibles que se abran con sentimiento al solidarismo y la comprensión de todos y cada uno.

II. Carpi integra por personalidad y derecho propio una de las personalidades mejor talladas para acusar el perfil del jurista de nuestro tiempo; aquel que se reflejaba con notas tan rigurosas y de excelencia en la continua modernización de Mauro Cappelletti, la suma infatigable de aciertos y proyecciones que cabalغان en cada uno de los lúcidos protagonismos que adornan la calidad del hombre y ennoblecen su trayectoria y ruta de labor convencidos de que el Derecho será siempre el acompañante más lúcido para impedir errores, demasías o injusticias que receipten la resonancia del que avanza por la vida con fe, ilusión, esperanza y creatividad.

Eran los años de 1988 cuando la hoja de ruta estaba ya acuñada con espléndidas definiciones de esencia. En ese año se plasma la gran historia del Derecho Procesal Civil, Constitucional y Transnacional. Accedió Carpi a visitarnos a la ilusionada Argentina para tratar de ganar el tiempo perdido y abrir picada en un vergel necesitado urgentemente de ser abonado con ideas, ilusiones, propuestas y conquistas dispuestas todas ellas a poner de resalto que el Derecho Procesal no es una caja vacía sino un formidable actor de las vivencias de nuestro tiempo, seguro en que sus pasos han de ser firmes, enriquecidos por el amor, el estudio, la investigación y lo nuevo que llega y reemplaza a lo que ya fue, está agotado o queda arrumbado en el camino de la existencia.

III. Carpi, generoso, nos brindó hospitalidad y cariño en su morada de Bologna acogiendo a muchos visitantes para abrir diálogos, suscitar encuentros, moderar dudas y esclarecer retos y desafíos. Todos nos supimos sentir cobijados por ese manto de afecto, de ternura, de querer hacer cosas para superar lo que parecía taponar las aperturas que de una y otra forma



se proclamaban en el horizonte de la nueva circunstancia. Y enseguida, como por un milagro, las elecciones y las afinidades dispuestas a estrecharnos con empeño estimulante en torno de tantísimos focos cuyas luces se irradiaban por el universo todo de nuestras disciplinas.

Ningún egoísmo, ninguna opresión o cierre de opciones y posibilidades. Todos contamos con apoyo, y desde las luces anticipatorias de Calamandrei y Sentís Melendo, cada uno tuvo el fiel de la balanza a su disposición para sumarse a ese delicioso viaje colectivo que ponía de resalto que había nobleza de alma y fecundidad de aciertos en lo que se hacía para el bien general.

Carpi al mismo tiempo fue un asombroso fogonero que desde la Secretaría General del Instituto Internacional de Derecho Procesal estuvo dispuesto para todo, a servir incondicionalmente a un tiempo difícil de preguntas, donde la renovación de los valores, la consolidación de los factores que permiten acceder a lo mejor requiere de no pocos de esos exitosos que miran al conjunto con devoción.

Y en ese año de 1988 cuando visitamos a la República Italiana, escuchando las solemnes palabras del Presidente vertidas el 18 de septiembre de ese año, en el aula Magna de la Universidad de Santa Lucía, Bologna, al discernírsele el carácter del Profesor *Honoris Causa* en jurisprudencia al conmemorar aquella los novecientos años (la Universidad más antigua del mundo). Ese acontecimiento que se incorporó a nuestras vivencias fue imborrable. Y Cossiga lo dijo todo en estas palabras. “Si el Derecho es la medida de la civilidad de un pueblo, la Justicia es, ciertamente, la medida de la vigencia de la Libertad”. Con ese timonel todo fue más fácil y el amor por el estudio se acrecentó en nuestro mundo interior sabiendo que en más, cada uno llevaría como acompañante de su lúcido tránsito en la convivencia, el respeto del otro, la entrega sin mentiras ni abusos o defectos toda vez que al Derecho en cualesquiera de las circunstancias se lo debe vivir y actuar respetándose, que es la única forma que tiene de hacerse oír en la plástica y diáfana humanidad de su mensaje.

Continuaron los encuentros, las visitas, las aproximaciones y el afán de estar a la altura de cada nueva responsabilidad. No es valiéndose de lo mediocre o de lo fácil que los brincos hacia delante son favorables. Sí lo serán, en cambio, cuando despojándonos de todo egoísmo y posicionamiento fácil, cerramos los ojos para cercenar lo que era debido y podía hacerse en ese momento y no después.

IV. Y ahora la coronación se hace mucho más diáfana y luminosa. Las dos Academias, la de Bologna y la de Buenos Aires, son hermanas en sus destinos, y en sus quehaceres y concreciones. Ello es muy fácil de verificar y verlo respaldado en la historia de ambas corporaciones. Recuerda Carlos Fuentes que Italia nunca arribó a América dentro o detrás de cuerpos armados. De artillerías o armas de fuego. Sabían que, para ser más eficaz lo que estaba en debate solo es necesario traer la cultura del trabajo, la cultura de los afectos familiares, la limpieza del corazón de nuestros abuelos napolitanos o calabreses, que arropaban en un fraterno módulo consistente en un pequeño gesto del alma, que de forma desinteresada con gratitud y emulación, abría la condición del semejante para que en igualdad y con trato parejo, cada uno se realizara en plenitud.

Este viaje pleno de significación alumbró las ilusiones de muchas generaciones de italianos e italianas que sintieron el calor del respeto, de la superación, del sentirse servidor para que las expectativas no naufraguen en el ruido desafiante de la estrechez y el egoísmo. Es que no cesa la búsqueda de la excelencia en el tesón de los hispano luso parlantes, para dibujar el rostro justo de una sociedad madura.

Queridísimo y fraterno Carpi. La alegría de este acontecimiento que cobra en su máxima entonación el respeto por la persona, la tutela de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, la ambición creativa de remover obstáculos y desigualdades de hecho para sentirnos todos protagonizando como lo quería Juan Pablo II la patria de la justicia para América, lleva en el haber del balance la incuestionable virtud de que la Italia eterna y la Argentina eterna, abrazadas en los mejores sentimientos, están dispuestos a recorrer un mañana compartido que sabrá recrear en cada momento el trémulo *corazón* de Edmundo de Amicis.

# LAS CORTES SUPREMAS Y LA CORTE DE CASACION ITALIANA DESPUES DE LA REFORMA DE 2006

## ANALISIS COMPARADO (\*)

POR FEDERICO CARPI (\*\*)

I. Una premisa en homenaje a la escuela argentina. — II. Líneas de tendencia de las Cortes Supremas. — III. Los modelos de Cortes Supremas. — IV. *Italian Supreme Court in a nutshell*. — V. Los abogados ante las Cortes de Casación Italiana y Francesa. — VI. La función nomofiláctica de la Corte de Casación y las reformas del 2006. — VII. Los aspectos de la Casación como juez de tercera instancia. — VIII. Conclusiones. — IX. Nota bibliográfica.

### **I. Una premisa en homenaje a la escuela argentina**

El tema que trataré concierne las recientes reformas a la Corte de Casación Italiana.

---

(\*) Traducción de los doctores Eduardo Oteiza, miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Francisco Verbic.

(\*\*) Profesor Ordinario de la Universidad de Bologna. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 2 de noviembre de 2007.

Dividiré mi relación en dos partes: en la primera daré algunas indicaciones elementales, sobre diversos tipos y funciones de las cortes supremas; en la segunda, examinaré los puntos principales de la reforma llevada a cabo en Italia con respecto a la Corte de Casación.

De tal modo, contextualizando cuestiones internas en el más amplio escenario comparado, espero ser de algún interés y utilidad.

Pero primero deseo rendir un justo y debido homenaje a la doctrina argentina, que arrojó contribuciones científicas muy importantes, bien conocidas y también estudiadas en Europa.

En primer lugar Augusto Morello, quien dedicó numerosos estudios al argumento desde *“La Corte Suprema en acción”*, de 1998, hasta tantos artículos y relaciones en congresos.

Eduardo Oteiza, en 1995 demostró con lucidez el perfil político de las Cortes Supremas. Las contribuciones de Roberto Berizonce y de Enrique Falcón son bien conocidas entre los estudiosos del derecho procesal. Ciertamente muchos otros podrían ser mencionados, pero no pretendo ser exhaustivo.

El maestro Morello escribió que las Cortes Supremas, más que testigos privilegiados de las transformaciones sociales, son coprotagonistas de ellas.

Y esto es sin duda verdadero si se piensa que también la jurisprudencia de las Cortes —el derecho viviente como surge de las interpretaciones y aplicaciones de los jueces— es un importante factor de caracterización de la estructura social de un país.

Pero lo es sobre todo con referencia a aquellas Cortes Supremas que se ocupan de cuestiones de constitucionalidad, que concitan la atención del profesor Morello —obviamente por las características del sistema argentino— cuando subraya por un lado la influencia política de la Corte y sobre la Corte, la cual no puede ser sorda a las influencias externas; y por otro lado el significado ético de la actividad de las Cortes Supremas cuando ponen límites a la degradación de la vida pública.

La prospectiva, en la cual nos movemos, termina por ser aquella de la tutela de los derechos fundamentales, que es la verdadera gran revolución procesal de la última mitad del siglo pasado, y también sobre esto tiene razón el profesor Morello, quien lo ha subrayado muchas veces con verdadera pasión cívica. Sobre todo para nosotros los europeos, con la creación y el funcionamiento de la Corte Europea para los Derechos del Hombre, con sede en Estrasburgo.

Sin perjuicio de ello, el plano en el cual me moveré es diverso, porque el sistema italiano, como creo resulta bien conocido, distingue netamente las funciones de la Corte Constitucional de aquellas de la Corte de Casación. Ambas son, en un cierto sentido, Cortes Supremas, pero sólo la primera está llamada a efectuar un control de constitucionalidad de las leyes, con motivo de la remisión por parte de un juez ordinario, cuando en el curso de un proceso sea identificada por las partes o por el propio juez una cuestión de constitucionalidad, o bien con motivo de un recurso directo del Estado o de una Región por conflictos de atribuciones y no por el planteo de un recurso directo de un ciudadano.

Es bien cierto que la Corte de Casación entre varias interpretaciones del derecho debería elegir aquella que esté conforme a la Constitución (o a la interpretación de la Corte Constitucional), pero el control de constitucionalidad, que puede llevar a la caducidad *erga omnes* de una ley, corresponde sólo a la Corte Constitucional.

## II. Líneas de tendencia de las Cortes Supremas

Planteadas estas premisas, veamos las principales líneas de tendencia de las Cortes Supremas entendidas como tercera instancia de un proceso civil.

La comparación será superficial por razones de espacio y para no sacrificar la última parte de mi relación.

Un gran comparatista, Tony Jolowicz, en la bella relación general presentada en el coloquio de la *International Association of Procedural Law* de 1997 en Thessaloniki (Grecia) sobre el tema "*The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*", comienza con una consideración que parece casi fruto de un desconsolado pesimismo. Él entien-

de que las Cortes Supremas analizadas en las relaciones nacionales “...*have only two things in common: they are “supreme” in the sense that no recourse against their decision is available to any other court and they are, themselves, courts*”. En realidad, así expresado, pareciera demasiado poco! Y tal vez ni siquiera comprensivo de todos los modelos; en ese sentido es preciso tener presente que ahora contra las sentencias de la Corte de Casación es posible proponer su revocación por error de hecho.

También resulta necesario pensar que el escenario de aquel bellísimo coloquio era muy amplio, ya que comprendía las Cortes Supranacionales (como la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y la Corte Europea para los Derechos del Hombre), Cortes Constitucionales y Cortes de última instancia.

Yo, en cambio, examinaré únicamente las Cortes de última instancia y diré que en muchos Países del mundo, que también adoptan modelos diversos de Cortes Supremas, se debe tener presente un péndulo que oscila —como aquel bien conocido de Foucault, que todavía hoy, inmenso, ondea en la penumbra del Panteón—, entre finalidades contrapuestas que influyen la estructura y la disciplina jurídica.

Finalidades que, como afirma el propio Jolowicz, son en sustancia comprendidas en dos grandes tipologías:

- Finalidades públicas, consistentes en la interpretación uniforme, armonización y desarrollo del derecho a través de la correcta aplicación del juez.
- Finalidades privadas, que son evidenciadas por el hecho que —salvo casos excepcionalísimos, como en Italia el recurso de Casación del Procurador general en el interés de la ley, o en Francia la denominada *saisin sur avis*— el proceso ante la Corte Suprema se desenvuelve sobre un recurso del individuo y la Corte no emite una opinión, sino que resuelve la controversia singular con una sentencia destinada a pasar en cosa juzgada.

He simplificado mucho el discurso pero no me parece equivocado observar que en todos los modelos identificables, con particularidades propias, el péndulo oscila entre estos dos extremos, y una y otra vez, en los distintos Países y en las diversas épocas históricas, asume con cierta pro-

fundidad una o la otra finalidad, no sólo de acuerdo a las elecciones abstractas de las normas, sino también de acuerdo a las consecuencias concretas de la estructura organizativa, de las actitudes culturales de jueces y abogados, y de las reglas para el acceso a las Cortes.

### III. Los modelos de Cortes Supremas

Descendiendo a lo concreto, los tres grandes modelos de Cortes Supremas de última instancia son, como es bien sabido, la Revisión (véase un ejemplo en el *Bundesgerichtshof alemán*), el *Appeal* (como la *House of Lords* inglesa) y la *Cassazione* (como para la *Cour de Cassation* francesa o la *Corte di Cassazione* italiana).

- La Revisión: en principio sólo deberían ser tratadas cuestiones de derecho.

Los países de referencia son Alemania, Austria, Suiza y Hungría.

Sobre todo en Alemania se ha asistido a una expansión de la noción de cuestión de derecho, de manera similar a lo que aconteció para las Cortes de Casación, en particular, a través del control de la motivación de la sentencia del juez de mérito.

Son frecuentes los casos en que la Corte Suprema se pronuncia también sobre el mérito.

De aquí que la finalidad pública, consistente en asegurar la interpretación uniforme del derecho, es perseguida con el establecimiento de rigurosas condiciones de acceso a la Corte, incluso en lo que concierne a los defensores habilitados, que son muy pocos.

El consiguiente número limitado de casos decididos cada año hace que los comentaristas subrayen que el interés privado resulta bien tutelado por los tribunales de primer grado y por las Cortes de segundo grado, que examinan tanto las cuestiones de derecho como las de hecho.

- El sistema del *Appeal*.

En principio, en los países donde la Corte Suprema funciona como Corte de apelación pueden ser examinadas cuestiones de derecho y de hecho.

En 1876, cuando la *House of Lords* fue reconstituida como órgano jurisdiccional, sus funciones fueron individualizadas de la siguiente manera: “...to determine what of right and according to the law and custom of the realm, ought to be done in the subject matter of the appeal.” (*Appellate Jurisdiction Act*, 1876).

En Inglaterra, la *House of Lords* es libre de examinar tanto cuestiones de derecho como de hecho, pero en concreto son extremadamente raros los casos en que resultan reexaminados los hechos de la causa.

La función pública de brindar directrices sobre el derecho puede ser desarrollada debido a que son pocos los casos decididos cada año, los cuales comprenden —en general— cuestiones complejas de derecho.

Algo similar sucede en otros países del *Common Law*, como por ejemplo en los países escandinavos (con diferencias entre ellos), en Australia y en los Estados Unidos, con la Corte Suprema Federal.

- La *Cassazione*:

Los sistemas de casación fueron inspirados por el Tribunal de Cassation, surgido de la revolución francesa, también como reivindicación de la división tripartita de poderes (posteriormente devenido en *Cour de Cassation*, en el año 1805), a través de la anulación de la sentencia de mérito contraria a derecho, que garantiza la observancia de la ley.

Desde este punto de vista predomina la función pública, como evidencia el artículo 65 del ordenamiento judicial italiano que dentro de poco examinaremos.

Sin embargo, dos desarrollos se han impulsado hacia la función privada, que llamaré de la justicia del caso individual.

- La Corte de Casación, por la vía del control de la motivación de la sentencia impugnada, ha prestado atención a las cuestiones de hecho y no sólo a la interpretación uniforme del derecho.

- El principio por el cual la sentencia de la Corte de Casación no es sustitutiva de la decisión de mérito, que viene sólo anulada, con la even-



tual prosecución del proceso delante del juez de reenvío (un juez de igual grado respecto a aquel que pronunció la sentencia anulada), sufre excepciones cada vez más numerosas, tanto en Italia como en Francia.

La razón de las elecciones normativas viene generalmente explicada por su mayor rapidez y economía.

Más allá de los motivos por los cuales se han abierto las mencionadas excepciones, por dicha vía la Corte se aleja de sus funciones típicas de juez de legitimidad y se convierte en un tercer grado de mérito. Tan es así que, impulsada por una sentencia de la Corte constitucional, la reforma del 2006 ha previsto la posibilidad de impugnar la sentencia de Casación a través de la revisión por error de hecho.

En virtud de ello, resulta aplicable —aunque sea en parte— el dicho “*Quis custodiet custodes?*”, que sirve de título a un notorio estudio de Mauro Capelletti, y se disuelve la imagen neoclásica evocada hace muchos años por Enrico Redenti, para quien la sentencia de la Corte de Casación nace con el escudo y la espada, como *Minerva dal capo di Giove* (Júpiter), en el sentido de que tiene el óleo sagrado de la cosa juzgada apenas viene depositada y hecha pública.

Termina por parecer paradójico que las Cortes de modelo francés, que en su origen tenían como finalidad el control de la correcta aplicación e interpretación del derecho, hayan evolucionado (o involucionado) en sentido contrario, para hacer surgir la justicia del caso individual, mientras que las Cortes de modelo anglosajón hayan evolucionado en sentido opuesto (del examen del hecho al examen del derecho puro).

Una de las causas —pero no la única, como veremos— de dicha evolución la encontramos en la existencia de condiciones rigurosas para el acceso a la Corte, presentes en países del *Common Law*, y ausentes en Italia con el consiguiente gran número de causas.

Además, también las diferencias culturales generales en los operadores jurídicos (en particular los abogados) juegan un rol que no deja de ser relevante, junto al nuevo desarrollo de elementos garantistas (no debe olvidarse que en la Constitución italiana el artículo 111, párrafo 7º, prevé como garantía constitucional la posibilidad de recurrir en Casación contra las providencias definitivas por violación de ley).

Estas situaciones han determinado una crisis de la Corte de Casación, no sólo en Italia, sino también, aunque en diversa medida, en Francia y España (donde se discute sobre el alcance de la LEC del 2000).

En este clima maduró la reforma del 2006 que, estando a los desarrollos contenidos en la exposición de motivos, debía exaltar la función nomofiláctica de la Corte, haciéndola salir de la crisis que la doctrina ha estudiado desde los años '80 del siglo pasado y de la ambigüedad evidenciada por Michele Taruffo en sus conocidos ensayos.

#### ***IV. Italian Supreme Court in a nutshell***

Efectuadas estas consideraciones comparatistas, me parece interesante presentar a una audiencia extranjera la Corte de Casación que tiene sede en Roma, en un histórico y pomposo palacio del ochocientos, con pasillos enormes y espacios mal distribuidos.

Se podría decir: *the Italian Supreme Court in a nutshell!*

Me valdré de datos estadísticos oficiales:

De manera esquemática señalo:

- Numero de jueces:

Estructura orgánica: 396

Cubiertos efectivamente: 340, entre los cuales hay un primer presidente, 41 presidentes de sección, 262 consejeros; además de éstos: 1 magistrado de apelación destinado a la Corte (oficina de máximas), 35 magistrados de tribunal destinados a la Corte de Casación (oficina de máximas, centro de documentación electrónica, etc.).

- Magistrados asignados a la Procuración general:

Estructura orgánica: 72

Cubiertos: 72

Además de éstos, 18 asignados a la Dirección Nacional Antimafia.

- Número de secciones:

Civiles: 5 (incluida la V, tributaria).

Penales: 7.

- Número de causas resueltas (con providencias de distinto tipo).

En el 2006: 29.641

En 1996: 14.193

En diez años se han redoblado.

- Número de recursos tratados:

2006: 35.169

1996: 14.846

- Número de procesos pendientes:

2006: 100.609

1996: 37.080

- Duración del proceso:

2006: 30 meses

1996: 31 meses

Promedio de duración: 30 meses.

- Materias: las más frecuentemente tratadas:

- Tasas: 20,7 %

- Trabajo: 15,4 %
- Seguridad social: 8,4 %
- Contratos y obligaciones: 5,9 %
- Reparación equitativa por duración irrazonable del proceso: 5,6 %
- Responsabilidad civil: 3,9 %

Este es el cuadro general de conjunto.

De ello resulta evidente que se trata de un órgano con muchos magistrados, muchas sentencias emitidas y muchas causas pendientes.

Exactamente lo contrario de las principales Cortes del Common Law, inspiradas en el sistema del *appeal*.

## **V. Los abogados ante las Cortes de Casación Italiana y Francesa**

Otro elemento a considerar, con mayor detenimiento que el que hasta el momento se le ha dedicado, es el número de abogados habilitados para desarrollar una defensa en Casación. Ellos, en el 2006, ascendían a 37.242.

En realidad aquellos que verdaderamente ejercen en Casación son muchos menos, porque normalmente es la antigüedad de la inscripción en la matrícula lo que consiente la inscripción en el registro especial de Casación (existe también un examen, pero muy pocos lo sostienen).

Esto significa que gran parte de los abogados están habituados a tratar la causa en sus aspectos de hecho, y no sólo en los de derecho, como deberían.

De allí que la técnica de redacción del recurso no siempre es correcta y que el número de abogados es una concausa de la sobrecarga.

La redacción del recurso de casación no sólo presenta cuestiones técnicas de defensa de la parte derrotada, sino que también ejerce influencia sobre el modo en que la Corte de Casación ejercita las funciones a ella exigidas por el artículo 65 del Ordenamiento Judicial, y en particular la

fundamental función nomofiláctica, orientada a asegurar la exacta y uniforme interpretación del derecho sobre el territorio nacional.

La sobrecarga de causas —lamentada por las Cortes Supremas y por los ordenamientos de muchos países, y en particular por nuestra Corte— es influenciada en buena medida por la técnica de redacción del recurso, aunque ciertamente no sólo por esto.

Desde el punto de vista subjetivo, el primer aspecto relevante concierne precisamente a la defensa técnica.

Para alcanzar tanto la Corte de Casación, como su hermana mayor francesa, es necesario atravesar un puente, bajo el cual fluye un río.

Ya desde el punto de vista hídrico algunas diferencias existen: el Tevere, que nosotros amamos en nuestra latinidad, normalmente no tiene un gran cauce, y tampoco invita a bañarse en él; el Sena es recorrido constantemente por los *bateaux mouches* y fluye solemne y cautivante. A nosotros no nos interesa tanto esta diferencia como las observaciones de los abogados que pueden atravesar el puente, vulgo defender a quien pide justicia.

En Italia la multitud es enorme, hasta hoy más de treinta y tres mil personas, mientras el *Palais de Justice*, que se encuentra sobre la Ile de la Cité, a partir del siglo XII por voluntad de los Capetos, puede ser alcanzado por un número de abogados que asciende a los noventa (hasta el 1° de enero de 2003) con un número total de puestos de sesenta (explicaré ahora el por qué).

Los abogados en el *Conseil d'Etat* y en la *Cour de Cassation* —en la práctica llamados *avocats aux Conseils*— tienen la calidad de oficiales públicos, con una Orden nacional especial.

Las raíces históricas de esta limitación son antiguas: ya bajo Enrique III fue restringido el número de abogados habilitados para defender delante del *Conseils du Roi*.

La revolución, al crear en 1790 el Tribunal de *Cassation* (progenitor de las Cortes supremas francesa e italiana), fijó en cincuenta el número de abogados habilitados, para después llevarlo a sesenta, por medio de la ordenanza del 10 de septiembre de 1817, y la ley del 15 de marzo de 1878

que instituyó las sociedades profesionales no modificó el número de puestos, en el intento declarado de no banalizar el recurso de casación. Los puestos son siempre aquellos, aún cuando las sociedades profesionales, titulares del puesto, pueden tener más abogados (de aquí la no coincidencia puestos - números).

La directiva comunitaria sobre el establecimiento de los abogados, del 16 de febrero de 1998, consagró en el plano europeo los abogados especializados ante las Cortes Supremas. Las condiciones para llegar a ser *avocats aux Conseils* son múltiples: la nacionalidad francesa o europea; tener la *maîtrise de droit*; contar con la habilitación para actuar ante la Corte de Apelación; haber efectuado una práctica de tres años en el estudio de un *avocats aux Conseils*; superar un examen (que no puede ser repetido en más de tres ocasiones) delante de una comisión compuesta de un consejero de Estado, un consejero de casación, un profesor de derecho y tres *avocats aux Conseils*; así como otras condiciones burocráticas (buena moralidad, ausencia de condenas penales, ausencia de quiebra). Después del examen es necesario encontrar un puesto por jubilación o muerte de un titular o cuando un abogado a cargo decida asociarlo.

La nómina es confeccionada por el Ministro de Justicia.

También la Orden es autónoma y separada. Con un cierto énfasis se lee en un opúsculo oficial de la *Cour de Cassation: Au terme d'une longue évolution, ayant pour honneur et pour mission de concourir à l'accomplissement des tâches des plus hautes juridictions françaises, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etats et à la Cour de cassation a forgé une technique juridique originale qui explique son autonomie au sein de l'ensemble des représentants de la défense. Son privilège, s'il en est un, réside dans le maintien de l'indispensable compromis qu'il s'est efforcé de rechercher entre les intérêts du justiciable et les exigences de l'accomplissement par les plus hautes juridictions de la mission spécifique qui est la leur*".

El reclamo de equilibrio entre el interés del recurrente y las funciones generales de la Corte de Casación es constante.

Cabe agregar que la defensa de los *avocats aux Conseils* no siempre es requerida, resultando excluida en materia de trabajo, ejercida por el *Conseil des prud'hommes*, en materia electoral, expropiaciones y en los casos de resarcimientos por daños a las víctimas que se hubieran contagiado el virus HIV por medio de transfusiones.

Esta ausencia de defensa técnica según Roger Perrot sería una de las causas de las demoras en la *Cour de Cassation* (junto al aumento del número de recursos, la calidad de la técnica legislativa, etc.).

El sistema de número cerrado rige también en Bélgica, donde los abogados de la casación son dieciséis, nombrados por el Ministro de justicia sobre propuesta de la Casación; mientras que en Alemania actualmente son veintinueve.

El sistema italiano se funda en concreto en la antigüedad del servicio y lleva a los números que he citado.

Así me detengo sobre la citada fotografía. Creo que algo tiene que ser modificado con la reforma del ordenamiento profesional que se está gestando, para así conseguir un equilibrio eficaz entre los intereses del recurrente y aquellos superiores del ordenamiento, que no pueden omitir depurar la casación de la demasía y la banalidad.

En la redacción material del recurso —como en el fondo de cada acto procesal— es fundamental que el abogado siga la ética de la esencialidad.

Ética de la esencialidad significa omitir la demasía y la banalidad, en sustancia, aquello que es inútil para cumplir el objetivo prefijado.

Significa describir con claridad los pasajes fundamentales de los hechos de la causa, tomando conciencia de que un recurso bien planteado sobre el punto ha completado un gran trecho del camino hacia su acogimiento.

Significa centrar el objetivo sobre aquello que se considera el error o los errores cometidos por el juez de mérito. Es por cierto criticable —y según mi juicio para nada provechoso— el comportamiento de ciertos defensores consistente en dejar sobre la mesa del juez un enorme número de cuestiones, pensando que cualquier argumento podría ser considerado, depositando en manos del juez la elección de aquellas cartas que el propio defensor no supo individualizar.

Esto es también reprochable en la fase de mérito, pero lo es todavía más en aquella de legitimidad.

En este sentido se puede comprender la previsión en la reforma del 2006 que establece que “la obligación que el motivo del recurso se cierre, bajo

pena de inadmisibilidad del mismo, con la clara enunciación de un interrogante de derecho”.

Se puede comprender la reforma como una *bacchetatta sulle dita* (un golpe sobre los dedos) pero no compartir la idea de que así se resuelven los problemas de la Casación.

La novedad, que encuentra causa en la ya mencionada patología en la redacción del recurso, corre el riesgo de revelarse como una mera herramienta burocrática para crear inadmisibilidades de tipo formalista, también cuando no todo resulte incluido en la enunciación defensiva del agravio.

Bien otras serían las perspectivas para una verdadera renovación.

La *Cour de Cassation* francesa, que tomé en consideración en lo que concierne a los sujetos que la frecuentan, ha sufrido varias reformas, desde el fin de la segunda guerra mundial, que tuvieron como ambición si no remediar la duración de los procesos y la tendencia hacia un tercer grado de mérito, por lo menos atenuar los daños.

Tales reformas versaron sobre la estructura de la Corte, su funcionamiento y los instrumentos para limitar el número de recursos.

Al final, todavía hoy recuerda Roger Perrot “*le véritable problème réside dans le fait que la Cour de cassation est encombrée de pourvois qui normalment n’auraient jamais dû être formés et qui le sont néanmoins sois pour entretenir un état contentieux, soit pour tenter une dernière chance*”. Vendría bien decir que todo el mundo es como una aldea.

Sin embargo —teniendo en cuenta que existe una actitud psicológica de nuestra época que impulsa a la parte a utilizar todos los medios que la ley pone a su disposición— cualquier idea de reforma pragmática a bajo costo nos viene desde más allá de los Alpes.

Sobre una de ellas he llamado la atención algunos años atrás: para desalentar los recursos dilatorios, quitándoles interés, el artículo 1009 -1 nouv. c.pr.civ. establece que si el recurrente no demuestra haber ejecutado la sentencia impugnada (y salvo los casos de suspensión, remitidos al pri-



mer presidente de la *Cour* y no al juez a quo como sucede entre nosotros) el proceso viene archivado y el expediente guardado en un armario hasta que no sobrevenga tal demostración.

Más aún: la ley del 15 de mayo de 1991 introdujo la denominada *saisine pour avis*. El juez de mérito puede requerir a la Corte una opinión sobre cuestiones de derecho, objeto de diferentes o inciertas interpretaciones. El avis no es vinculante, de otra forma sería violado el art. 5 del Cod. Civ. que prohíbe los *arrêts de réglément*. Sin embargo, la parte que ha perdido la causa ante el juez de apelación, en caso de que el avis de la Corte hubiera sido solicitado, se convencerá pronto que las posibilidades de vencer en un recurso ulterior son muy escasas.

El discurso nos llevaría lejos.

Deseo sólo señalar, en conclusión, que en estos años muchas voces se alzaron para afirmar que la reforma de la Casación debe pasar a través de un sistema de filtros del recurso (desde Denti a Taruffo, Chiarloni, Proto Pisan y Silvestri).

Camino que no aparece ni siquiera mencionado en el decreto legislativo n. 40/2006, el cual prefiere apuntar —además de la obligación del recurrente de enunciar la cuestión de derecho— sobre el vínculo para las secciones simples derivado del precedente de las secciones unidas, sobre la extensión de la decisión en el mérito en caso de violación de normas procesales, y sobre la ampliación de las providencias impugnables.

Tengo algunas dudas de que tales indicaciones resulten de utilidad para el alto rol de la Corte Suprema.

Por el momento debo observar que un filtro óptimo para los recursos dilatorios, inadmisibles o infundados, derivaría de la correcta técnica de redacción del recurso.

Esto no resolvería el problema, pero ayudaría mucho.

Y como el hombre es débil y consiente el pecado, sea cuando conduce como cuando accede a la Corte, entonces resulta necesario también pensar en sanciones para los casos evidentes: pienso en una utilización más

amplia y precisa del art. 96 c.p.c., como hicieron las secciones unidas en los conocidos casos de los reglamentos preventivos de jurisdicción, cuando un recurso manifiestamente inadmisibles o infundado determinaba la parálisis del juicio a quo, antes de la reforma del art. 367 c.p.c.

No veo por qué aquella experiencia no puede ser retomada también hoy.

## **VI. La función nomofiláctica de la Corte de Casación y las reformas del 2006**

El art. 65 del Ordenamiento Judicial (r.d. 30 del enero de 1941, n. 12 y modificatorias) establece solemnemente que “La Corte Suprema de Casación, como supremo órgano de justicia, asegura la exacta observancia, la interpretación uniforme de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las distintas jurisdicciones; regula los conflictos de competencia y de atribución, y cumple con las otras tareas a ella conferidas por la ley”.

Parece evidente que la norma enfatiza la función pública de la Corte, tan es así que el recurso del individuo, en aquel tiempo, era considerado —también sobre el recuerdo del pensamiento de Piero Calamandrei expresado en la famosísima obra sobre la Casación Civil— un instrumento para activar la función nomofiláctica.

Distinta es a mi entender la prospectiva perseguida por el art. 111, párrafo 7°, de la Constitución que prevé la garantía constitucional de recurrir en Casación contra todas las providencias definitivas y decisiones por violación de normas de derecho.

La norma, y sobre todo su aplicación y extensión por obra de la praxis, es una de las concausas de la sobrecarga de la Corte.

Por lo tanto —y llegamos al signo de la reciente reforma— el art. 1, apartado 3°, inc. a) d.l. n. 35 del 2005 ha delegado en el Gobierno el poder de dictar normas para reformar la Corte de Casación con la finalidad de asegurar la función nomofiláctica, fijando algunos criterios que fueron excedidos por el decreto legislativo n. 40 del 2006, que entró en vigencia el 2 de marzo de 2006.

La intención consistía en encauzar la tendencia de los últimos treinta años hacia una casación que desarrolle funciones de tercera instancia, que examine incluso el mérito de la causa.

Las intervenciones reformadoras —que no han afrontado el verdadero problema de los filtros para el acceso a la casación, lo cual, entre otras cosas, habría significado la reforma constitucional del art. 111— son a mi entender contrastantes.

Intentaré ser sintético, dejando a un lado las particularidades.

En manera indirecta las siguientes normas parecerían acentuar la función nomofiláctica:

El nuevo art. 374, apartado 3º, c.p.c. establece que si la sección simple de la Casación considera que no comparte el principio de derecho enunciado por las secciones unidas, remite a éstas últimas, con ordenanza motivada, para la decisión del recurso.

La norma tiene un notable valor sistémico y tiende a subsanar los contrastes jurisprudenciales que pueden verificarse dentro de Corte de Casación.

Existe ya quien ha invocado el espectro del art. 101, apartado 2º, de la Constitución, alegando que tal mecanismo termina por imponer la decisión al juez, amenazando su independencia.

A mí no me parece que sea ésta la objeción principal a una norma que tiende a asegurar la uniformidad en la interpretación, cuya ausencia no sólo incide sobre la persuasividad del precedente, sino que también causa agrava la litigiosidad del juez de mérito.

En todo caso, la crítica que puede formularse es que atribuye un valor a la sentencia de las secciones unidas que sólo podría ser compartido si se estuviera en presencia de pocos jueces, componentes de una misma sección, que deciden pocas causas.

Es indudable el daño al trabajo: la ordenanza motivada de desacuerdo terminará por ser una media sentencia, y a la que luego se agrega la sentencia.

El nuevo art. 384, apartado 1º, establece que la Corte enuncia el principio de derecho cuando anula la sentencia impugnada por violación o falsa aplicación del derecho, como siempre ha ocurrido, siendo éste el núcleo fundamental del control de legitimidad.

No obstante, la norma extiende enormemente los pronunciamientos sobre el principio de derecho ya que parece establecer que en cada caso tal principio debe ser enunciado, aún cuando el recurso es rechazado. Además, en cada hipótesis de decisión que presente una cuestión de particular importancia, el principio también debe ser enunciado.

La consecuencia será el notable aumento de precedentes, mientras la persuasividad de éstos es mayor cuando configuran la verdadera elite de las sentencias y no presentan oscuridades o incertezas.

Otra norma que parece enfatizar la función nomofiláctica es el art. 366 bis c.p.c., en el sentido de que cualquier motivo de recurso “se debe concluir, bajo pena de inadmisibilidad, con la formulación de un interrogante de derecho que consienta a la Corte enunciar un principio de derecho correspondiente”.

La prescripción —que tanto preocupa a los abogados— tiene un significado “educativo” sobre la técnica de redacción del recurso y termina por establecer un filtro indirecto ex post: si la cuestión está planteada deficientemente, la Corte se pronuncia rápidamente en Camera di Consiglio.

## **VII. Los aspectos de la Casación como juez de tercera instancia**

Se puede decir, siempre a vuelo de pájaro, que la reforma tiene como contra el haber enfatizado el aspecto de la Corte (finalidad privada), como juez de tercera instancia, por lo menos con las siguientes novedades:

- El art. 360 n. 3 c.p.c. consiente denunciar la violación o falsa aplicación no solo del derecho (que he definido como el núcleo duro del recurso de casación), sino también de contratos y acuerdos colectivos de trabajo.

La interpretación de estos últimos es cuestión de hecho y no de derecho, con el consiguiente juzgamiento de mérito de la Casación.

- El art. 384 c.p.c. amplía los casos en que la Casación se pronuncia también sobre el mérito, después de acoger el recurso, sin tener que remitir la causa al juez de reenvío.

Si esto resulta funcional en términos de rapidez, eliminando un grado de juicio, ciertamente no se puede decir que lo sea de acuerdo a las funciones “puras” de la Corte como juez de legitimidad.

- Finalmente, el art. 375 c.p.c. amplía los casos en que la Corte se pronuncia en *Camera di Consiglio*, a los efectos de deflacionar la carga de trabajo, impulsándose una decisión rápida en supuestos de recursos manifiestamente infundados o manifiestamente fundados.

### **VIII. Conclusiones**

Muchas otras cosas podrían decirse, pero no puedo entrar en los detalles.

En conclusión, considero que la reforma del 2006 no logró sacar a la Corte de Casación de su ambigüedad de fondo: el péndulo continúa oscilando entre juicio de legitimidad y juicio de tercer grado.

Aquellos que tienden a enfatizar el aspecto garantista del recurso de casación para el ciudadano, en presencia de (verdaderos o presuntos) errores graves de juicio (y, por tanto, de mérito), no toman conciencia de que la verdadera ventaja para el individuo y para toda la colectividad sería contar con la posibilidad de utilizar precedentes jurisprudenciales persuasivos, claros y no contradictorios.

Solo así la función nomofiláctica podría ser útil para contener la explosión de la conflictividad judicial que aflige al sistema de justicia, no sólo italiano, sino de muchos países del mundo.

La experiencia en la aplicación de la reforma del 2006 nos dirá si las luces son mayores que las sombras.

### **IX. Nota bibliográfica**

Muchísimos son los estudios sobre la Casación en Italia y sobre las Cortes Supremas del mundo.

Obras generales:

CALAMANDREI, "La Cassazione civile" (2 vol., I edición 1920), en "Opere giuridiche al cuidado de Cappelletti", VII, Napoli, 1976; traducido al español por S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945.

CAPPELLETTI, "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", en Riv. trim. dir. e proc. civ., 1982, p. 774 ss.; en inglés con el título "The Law -Making Power of the judge and its limits: a Comparative Analysis", in 8 Monash L. Rev., 1981, p. 15-67.

TARUFFO, "Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile", Bologna, 1991.

"The Role of the Supreme Courts at the national and international level", ed. by P. Yessiou - Faltsi, Thesaloniki, 1998.

SONELLI, "L'accesso alla Corte suprema e l'ambito del suo sindacato", Torino, 2001.

PANZAROLA, "La cassazione civile giudice del merito", Torino, 2005.

CARPI-TARUFFO, "Commentario breve al c.p.c.", V ediz., Padova, 2006.

Artículos más significativos sobre la reforma:

Antes de la reforma:

"Per la Cassazione civile", ensayos en Foro it., 1987, V, c. 205.

"Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni", Roma, 1992, (conjunto de ensayos).

"Le Corti supreme", Milano, 2001, con relación de Carbone, G. Silvestri, E. Silvestri, Taruffo.

BOVE, "La Corte di Cassazione come giudice di terza istanza", en Riv. trim.dir. e proc. civ., 2004, p.947.

CARPI, “La tecnica di formazione del ricorso in cassazione”, en Riv.trim.dir. e proc. civ., 2004, p. 1017

IRTI, “Discutere in Cassazione”, ivi, 2004 p. 1029

CHIARLONI, “Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione”, en Giur. it., 2003, p.817.

LUISO, “Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite”, en Giur. it, 2003, p. 820.

TARUFFO, “La Corte di cassazione tra legittimità e merito”, en “La giurisprudenza per massime e il valore del precedente”, Padova, 1988, p. 83 ss.

CHIARLONI, “Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”, ivi, p. 59 ss.

TARZIA, “Il giudizio di cassazione nelle proposte di riforma del processo civile”, en Riv. dir. proc., 2003, p. 201.

Después de la reforma:

TARUFFO, “Una riforma della Cassazione civile?”, en Riv.trim.dir. e proc. civ., 2006, p. 755 ss.

SASSANI, “Il nuovo giudizio di cassazione”, en Riv. dir. proc., 2006, p. 217 ss.;

MONTELEONE, “Il nuovo volto della cassazione civile”, en Riv. dir. proc., 2006, p. 943;

CARRATTA, “La riforma del giudizio in Cassazione”, en Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, p. 1105;

BOVE, “La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma”, en [www.judicium.it](http://www.judicium.it);

TEDOLDI, “La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti”, en Giur. it. 2006, 2002 ss;

POLI, “Il giudizio di cassazione dopo la riforma”, en Riv. dir. proc. 2007, 9 ss.



## II

### COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



# ACTUALIDAD DE LAS GENERACIONES (\*)

POR AUGUSTO M. MORELLO

**SUMARIO: I. Aproximaciones al tema. La idea de la generación de José ORTEGA Y GASSET. — II. Ejemplos y precisiones. — III. Cambios biológicos que innovan en la estructura de las generaciones. — IV. Crisis y desorientación. — V. El impacto en el Derecho. — VI. ¿Qué nos pasa a los argentinos? — VII. Terminación.**

## I. APROXIMACIONES AL TEMA. LA IDEA DE LA GENERACION DE JOSE ORTEGA Y GASSET

Una de las más fecundas aportaciones histórico-sociológicas de José ORTEGA Y GASSET fue su concepción de las generaciones que desarrolló de modo íntegro y sistémico en el curso universitario que luego reunió en su libro *En torno a Galileo* (Obras Completas, Revista de Occidente, Madrid, 6ª ed., t. V, p. 13-164). Pero antes, primero en entregas periódicas en "El Sol" (1928) y luego (1930) en libro, nos legó su más conocido *La Rebelión de las masas* (Obras Completas, Madrid, 5ª ed., t. IV, ps. 113-310).

Veamos el torso y las características más significativas de esa concepción confirmadas y desarrolladas por su discípulo Julián Marías:

a) Las variaciones de la sensibilidad vital que son decisivas en la historia se presentan bajo la forma de generación. Una generación no es un puñado de hombres egregios ni simplemente una masa: es como un nuevo social íntegro con su minoría selecta y su muchedumbre, que ha

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 12 de abril de 2007.

sido lanzado sobre el ámbito de la existencia como una trayectoria vital determinada (1).

b) Una generación, agrega, es una moda integral de existencia que se fija indeleble sobre el individuo (2). Comunidad de fecha y comunidad espacial son los atributos de una generación. Juntos significan la comunidad de destino esencial (3).

c) Subrayará que el concepto de generación es el más importante de la historia. El descubrimiento de que estamos fatalmente adscriptos a un cierto grupo de edad y a un estilo de vida, es una de las experiencias melancólicas que antes o después todo hombre llega a hacer (4).

Nos interesa destacar algunas ideas fuerza del pensador de Madrid:

1º) La diferencia rigurosa entre coetáneo y contemporáneo. Todos somos contemporáneos, vivimos en el mismo tiempo y atmósfera, pero contribuimos a formarnos en tiempos diferentes. Sólo se coincide con lo coetáneo (5). Como cada generación parte de supuestos más o menos dis-

---

(1) El tema de nuestro tiempo: las ideas de las generaciones, Obras Completas, t. III, Madrid, p. 147. Ver ahora BUSTELO, Francisco, "Las tribulaciones de un progresista", El País, Madrid, 18/12/2006, p. 15. El autor es profesor emérito de Historia de la Universidad Complutense de Madrid y anteriormente rector de la misma: "los comienzos del siglo XXI han sido pésimos. Dos retrocesos han conmovido nuestra fe. El aberrante terrorismo de los islamistas radicales fue, claro está, el primero. ¡Qué paso atrás ese resurgir del fanatismo religioso, una barbarie que acompañó antaño a las páginas más negras de la historia universal, algunas, por cierto, escritas en nuestro país!

El segundo retroceso es que no se estén alcanzando los Objetivos del Milenio. La lucha contra el hambre, el analfabetismo y la enfermedad en el mundo, anunciada a bombo y platillo por las Naciones Unidas, no avanza como debiera. En algunas partes del África subsahariana los objetivos, al ritmo actual, se lograrán dentro de dos siglos, casi cuando las calendas griegas.

No es que la humanidad no combata esos flagelos. Pero lo hace mal, por torpeza en un caso, por falta de voluntad en el otro". Ver también las agudas reflexiones de Ulrich BECK, "Por qué se equivoca HUNTINGTON", El País, Madrid, 21/12/2006, p. 13.

(2) Artículos (1926-1927), "Obras...", cit., t. III, p. 441.

(3) Artículos (1930), "Obras...", cit., t. IV, ps. 91 y 93.

(4) "Obras...", cit., t. V, p. 39.

(5) "Obras Completas. Qué es la filosofía. El tema de nuestro tiempo", Revista de Occidente, Madrid, t. VII, 2ª ed., 1964, p. 275/290. Es más, todos somos contemporáneos, vivimos en el mismo tiempo y contexto, pero contribuimos a formarnos en tiempo diferente. Sólo se coincide con los coetáneos (op. cit., t. VII, p. 290).

tintos quiere decirse que el sistema de verdades y el de los valores estéticos, morales, políticos, religiosos tiene inexorablemente una dimensión histórica, son relativos a cierta cronología vital humana; valen para ciertos hombres nada más (6).

2°) El destino de la vida no es otro que aceptar cada cual su inexorable circunstancia y, al aceptarla, convertirla en una creación suya. El hombre es el ser condenado a traducir la necesidad en libertad (7).

3°) Cada generación es discípula de una más vieja y maestra de otra más joven (8).

4°) Alguna vez Ortega representó a la generación como una caravana dentro de la cual va el hombre prisionero (de los usos sociales, creencias, presiones externas, modas —cualificantes— “del espíritu de ese tiempo”) pero a la vez secretamente voluntario y satisfecho. Va en ella fiel a los escritores y poetas de su edad; a las ideas y comportamientos políticos de su tiempo, al tipo de mujer triunfante en la sociedad, y hasta el modo de andar usado a los veinticinco años. De cuando en cuando se ve pasar otra caravana con su raro perfil “extranjero”, “exótico”, o poco comprensible: es la otra generación. Tal vez, en un día festivo, la orgía mezcla a ambas, pero a la hora de vivir la existencia normal, la caótica fusión se disgrega en los dos grupos verdaderamente orgánicos (9).

Y cierro con dos verdades de peso:

A) Las épocas de decadencia —y pensemos en la nuestra, la de ahora— son las épocas en que las dirigencias, las minorías pensantes y orientadoras de un pueblo (él las ha calificado de *aristocracia*) han perdido sus calidades de excelencia, aquellas precisamente que ocasionaron su elevación (10).

B) Reconoce, también, que hay quien conserva hasta la senectud un poder de plasticidad inexhausto, una juventud perdurable que le permite renovar

---

(6) *Ibíd.*, t. VIII, p. 301.

(7) “Prólogo para alemanes”, *Obras Completas*, t. VIII, pp. 42 y 44.

(8) “Escritos políticos”, *Obras Completas*, t. X, p. 109.

(9) “Qué es la filosofía”, *Obras Completas*, t. , p. 19; t. VII, p. 29.

(10) “España invertebrada”, II parte, *Obras Completas*, t. III, p. 97.

y reformarse dos y aun tres veces en la vida. Hombres así suelen tener un carácter de precursores y la nueva generación presente en ellos un hermano mayor de advenimiento prematuro (11). La regla, sin embargo, no es rigurosamente así, tal como lo reafirma otro de sus discípulos Manuel Granell; es muy difícil ser hombre ideal y proyectarse, adaptado, en otro sentido a las nuevas ideas de la etapa siguiente. Y mudar de campo de intensidad. Vivir —en el cono de la historia— es insistir en lo recibido, responder a aferrarse al sistema de las tradiciones. El peso tradicional se impone sin cortapisas. Pero de pronto gira y el vivir ya no es insistir en lo recibido sino *un proponer*, un abrirse originario hacia el futuro. Se gira sobre sí mismo y se invierte la actitud de los espíritus. Es que el rígido y aceptado sistema de usos y orientaciones pierde *vigencia*. Y es entonces más claro que en tal situación cuanto se sobrevive *estorba*. Se rompen los viejos moldes y la nueva generación desea quitarse de encima la presión pretérita y entonces empiezan a *vivir en contra*. No es tarea fácil ni breve, pero sí efectiva y real. Se llevaron con fuerza tres siglos continuos de liberalismo. Desde la Revolución Francesa y así ocurrió en las artes, la literatura, la ciencia y la técnica. Mas después baja el tono de la vitalidad europea que comienza a angostarse. Lo cual se explica ¿cabe vivir de negaciones y ésta puede considerarse una actitud definitiva? Todo vivir normal es positivo, afirma y realiza, proyecta y crea. Pero del vivir en contra (de la Constitución y de la ley, de las instituciones, de la ética, envuelto en la corrupción, en la ausencia de convicciones y principios), es decir *en negativo solo* restan derrumbes y decadencias (12).

C) CADA TIEMPO TIENE SUS PREOCUPACIONES, SUS GRANDES TEMAS Y SUS PARADIGMAS O PAUTAS GUIAS DEL CONJUNTO (13). TAMBIEN LOS DE CRISIS.

## II. EJEMPLOS Y PRECISIONES

A) Hay generaciones históricas que marcan el horizonte. Así la de Descartes que trajo simplicidad y claridad al mundo filosófico, de la razón, de la ciencia y a la comprensión del hombre en el cosmos. Como entre nosotros la generación del ochenta que vio claro, organizó y proyectó al ser nacional al porvenir viendo más alto y más lejos (Bobbio).

(11) “Qué es la filosofía”, Obras Completas, t. VII, p. 291.

(12) GRANELL, Manuel, “El futuro es nuestro”, Revista de Occidente, nros. 56 y 57, Madrid, 1967, p. 275, la cita en p. 297.

(13) LORENZETTI, Luis R., “Teoría de la decisión”, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 17 y sigtes.

Además circunstancias o hechos históricos de máxima gravedad o significación, *per se*, no son suficientes para marcar un giro profundo de las generaciones. Explica Ortega que ni la desarticulación del impero austro húngaro, ni siquiera la Primera Guerra Mundial (con cinco millones de franceses muertos) tienen ese relieve. Pero que, en 1917, cuando se articulan los extremismos —el comunismo y el fascismo— van a dar la impronta europea a las formas de vida colectiva más retrógradas y negativas. Conviene recordar lo que anticipó Ortega en 1933 y cobró trágica evidencia muy poco después.

Liberal profundo no dudó en descalificar severamente al fascismo y al comunismo ya desde la década del veinte. La historia de todo extremismo (o fanatismo) es de una monotonía verdaderamente triste: consiste en tener que ir pactando con todo lo que pretendía eliminar (Rusia, China). Todo extremismo fracasa inevitablemente porque consiste en *excluire*, en negar menos un punto todo el resto de la realidad vital. Pero este resto único no deja de ser real porque aunque lo neguemos vuelve, vuelve siempre y se nos impone, queramos o no (14).

B) Al profundizar en la noción de coetáneo, diferenciándolo del contemporáneo, cuidó Ortega en precisar las edades, que no responden a una cronología estricta, matemática, de los años; destaca que en la Historia sólo las divisiones en tres o cuatro fases han tenido permanencia en la interpretación y caracterización de las edades por los hombres. Pero el curso del tiempo y el método de las generaciones en la Historia, pone de manifiesto que en un periplo total de aproximadamente sesenta años resalta que en todo momento el hombre (y la mujer) viven en un mundo de convicciones la mayor parte de las cuales son convicciones comunes a todos los hombres y mujeres que *conviven en su época*: es el espíritu del tiempo. Las creencias se nos imponen y nos vemos instalados en ellas, queramos o no son ingredientes principalísimos de la circunstancia. Y así como cada mujer y cada hombre se encuentra con el cuerpo que le ha caído en suerte y tiene que vivir con él, así se encuentra con las ideas de su tiempo y en ellas y con ellas —aunque sea en el modo peculiar de no compartirlas y enfrentarlas, tiene que vivir. Este mundo vigente -ese ‘espíritu del tiempo’—, hacia el cual y en función del cual vivimos, con vista del cual decidimos nuestras más simples acciones, es el elemento variable de la vida humana. Cuando cambia él (el espíritu de ese tiempo), cambia el argumento del drama vital. Del cambio del mundo, mucho más que del

---

(14) “En torno de Galileo”, Obras Completas, Revista de Occidente, t. V, p. 117.

cambio de caracteres, razas, etc., dependen las modificaciones importantes en la estructura de la vida humana. Y como el tema de la Historia no es la vida humana, que es un asunto de la filosofía, sino los cambios, las variaciones de ella, es imposible no toparse con las mismas.

C) Tendremos que el mundo vigente, en cada fecha, es el factor primordial de la Historia. Pero ese mundo cambia, con cada generación porque la anterior ha hecho algo en él que lo ha dejado más o menos distinto de cómo lo encontró.

Cada ciudad o paisaje, hasta visiblemente, son distintos. Así Buenos Aires o Mar del Plata entre nosotros lo son para quienes se encuentran con ellos, los que tienen veinte años, con los cuales tuvimos que hallarnos cuando nosotros teníamos esa florida edad. De ahí para arriba todo el resto ha cambiado mucho más. El perfil del mundo es otro y consecuentemente la estructura de la vida.

### III. CAMBIOS BIOLÓGICOS QUE INNOVAN EN LA ESTRUCTURA DE LAS GENERACIONES

a) Son tiempos más que de edades, de situaciones o comprensión y perspectiva del hombre, de su circunstancia como 'el espíritu de su tiempo' colectivo o el de vivir cuando su trayectoria desde los griegos reconoce estadios, fases o momentos; en general son cuatro o cinco y adscriptos cada uno de ellos a un lapso de quince años, metodología aceptada en general por los estudiosos e historiadores. Niñez, juventud, época de iniciación, madurez plena y edad de gestión, vejez.

Sin embargo, como ya lo estudiáramos en otra comunicación (15) los tiempos cronológicos han experimentado una profunda mudanza, sobre manera en las dos penúltimas que son los más 'hacedores' o trascendentes. En la concepción de Ortega se acotan en continuidad y ensamble como regla una vida en donde la vejez comenzaba a los sesenta años y como ya lo demostramos en la oportunidad recordada, ha habido un fenomenal corrimiento de fronteras. Parece más lógico admitir que ese espacio continúa hasta los setenta y cinco u ochenta años, con lo que se ha corrido —ampliado— en un lapso generacional (15 años) las de la opulenta altura vital.

---

(15) "Elogio de la vejez", citada en nota 18, *infra*.



Sin omitir que no pocos premios Nobel, escritores y artistas, juristas consumados, políticos de raza, lucen a pleno con más de esa edad (80 años). Desde Ayala a Saramago, o Sábato bastan tres escritores para corroborar esa evidencia.

Este dato biológico lleva a reconstruir la arquitectura generacional y a computar de otro modo la incidencia real de esas dos edades y tiempos de la madurez. Durante ellas, desde los 45 a los 80 años, las decisiones son ya plenas, maduras, acompañadas de una gestión más profunda y con mayor probabilidad de presencia e influencia (como el anterior Papa Juan Pablo Segundo, que no se jubiló a los 75 años como prescribía el Código Canónico al proseguir su papado hasta más allá de los 80 años). La paradoja de las caravanas generacionales debería entonces adaptarse a esta conquista de vitalidad que extiende en el tiempo el magisterio de ella respecto de las siguientes, provocando una alteración temporal de cada época y de sus papeles e influencia.

b) El otro dato cronológico influyente es el juego determinante del factor tiempo, la recurrencia de las crisis económico-sociales, el ir y venir de la desorientación que llega a niveles antes impensados y provoca las dudas, contradicciones, tinieblas y paradojas que desnuda a la Argentina y no solo a ella (16).

#### IV. CRISIS Y DESORIENTACION

Veamos algunas comprobaciones:

1°) Europa no sanciona la Constitución, en 2005. Y se niega a integrar a Turquía (alianza de civilización). Europa se vuelve 'vieja'.

2°) Al terrorismo se suma una posición de rebelión, de estar en 'contra' y no querer regirse por los Códigos tradicionales. El entrechocar de culturas, el flujo migratorio, la pobreza e inequitativa distribución de la riqueza, la crisis de la autoridad (del padre de familia, del educador, del gobernante, de la policía —cuyos efectivos bonaerenses deben reducir y abatir a los de la federal en actos ilícitos—). Los acontecimientos en los suburbios de París y Marsella (noviembre de 2005) y las actividades directas intolerantes, desmesurados, enérgicos y prepotentes de

---

(16) "En torno de Galileo", cit., ps. 13-164.

piqueteros y quienes repudian el orden jurídico, muestra esa declinación que las dirigencias comparten o estimulan más que corregir y reencausar con modelos y ejemplos paradigmáticos. No ha de extrañar que la Universidad Nacional más importante del país, durante meses, no pueda sesionar ni organizarse institucionalmente, que se debatan con furor reeleccionalista de los gobernadores, que las relaciones exteriores se guíen por las Asambleas Populares y las encuestas lleven el pulso y norte de lo que hay que hacer.

3°) Y así, sólo un estimulante gesto colectivo de responsabilidad ciudadana, lo acontecido en la Provincia de Misiones. Volvamos a Ortega:

“Las épocas de desorientación abren, por lo tanto, un amplio margen al gran histrionismo histórico. Como los demás hombres han perdido también la confianza en su cultura y todo entusiasmo hacia ella (civilización y barbarie, Sarmiento, alpargatas sí, libros no en años no tan distantes y que en otra versión se repite en nuestro presente) están como en el aire” (17).

4°) Y aquí una afirmación axial del filósofo “la realidad histórica está en cada momento constituida por la vida de los hombres y mujeres *entre treinta y sesenta años*. Esta etapa de treinta a sesenta años, ese período de plena actividad histórica del hombre ha sido considerada siempre como una sola generación, como un tipo de vida homogéneo. Llevó a ello la viciosa óptica que hace ver en la serie de las generaciones sólo lo que en ella hay de sucesión o sustitución. Rectifiquemos esta óptica: partamos del hombre alrededor de los treinta años y que se ocupa, por ejemplo, de la ciencia. A esa edad ha aprendido esa ciencia que estaba ahí, se ha instalado en el mundo científico vigente. Pero ¿quién sostiene y lleva ese estado vigente de la ciencia? No tiene duda; son los hombres entre cuarenta y cinco y sesenta años. Ellos representan el saber establecido ya, el que está ahí presto para ir siendo recibido que él, —el hombre de treinta— ha sido el primero en asimilar.

Así retornamos al principio: resume Ortega en único espacio, el papel de las generaciones: niñez, juventud, iniciación, predominio y vejez (p. 50).

---

(17) Amenazantes y armados. El cambio de estructuras del drama vital ha sido continuo y se repite en sus explosiones de crisis y transiciones. Cambia el mundo y cambia el hombre, su vida, sus problemas vitales. Con variantes según sean períodos de plena o nueva actividad histórica, con la constante del rebote porque al salir a un comienzo —aunque sea de renacimiento o de reforma— el hombre se ve obligado a salir de su mundo, de un escenario, de un país conocido en el que vivía, habitaba. Y lo único que tiene y conoce es ese pasado superado. Y a él vuelve, embargado de ineptitud y desazón.

El trazo verdaderamente histórico es el de las dos edades maduras: la de la iniciación y la del predominio. Y así afirma que una generación histórica vive quince años de gestación y quince de gestión.

5°) Y siempre hay una generación *decisiva*, ni precursora ni continuadora. Abre las puertas a otro tiempo. Ve el panorama y sin la urgencia del ahora y del ya planifica lo que hay que hacer, *con seriedad y responsabilidad*, para que lo hecho sea trascendente y se perpetúe al mañana.

Es el tiempo de las decisiones (18).

## V. EL IMPACTO EN EL DERECHO

La aceleración histórica es formidable y atrapa al Derecho. La clásica usucapión lo era de treinta años, luego de veinte, la de carácter social (para los sin tierra en Brasil) es de sólo cinco años; un tribunal oral de la provincia de Santa Fe, en el mes de diciembre último declaró inconstitucional el art. 14 de la ley de matrimonio civil porque —para el caso— el plazo de tres años de separación de hecho previa al divorcio parecía absolutamente irrazonable e injusto. La convivencia de la pareja había durado, sin amor, solo una semana y no parecía lógico mantener abierta la jurisdicción para que las partes volvieran sobre la misma pretensión al cabo de un lapso mayor; desde otra óptica, el diputado se hace tráfuga (el Sr. Borocotó) sin esperar a nada; pega la voltereta y defrauda a sus electores mandantes sin aguardar siquiera cambiar de afiliación partidaria. Todo es ya, ahora, sin pensar en lo que sigue, ni en el mediano y largo plazo (19).

## VI. ¿QUÉ NOS PASA A LOS ARGENTINOS?

Si el contra o el anárquico ganan la escena (ya lo sabemos) todo quedará sin sentido. Pareciera que nuestra época es de desorientación (como tantos fenómenos del siglo XV, antes de llegar a la Modernidad). Pero *espera orientarse*. Busca esquemas variables en donde gravita el Derecho por igual sin aportar soluciones falsas o injustas. Pero cuidado, que el contra y el simplificador a toda vela se hacen extremistas. Extremismo, cabe insis-

---

(18) LORENZETTI, Luis R., "Teoría de la decisión", cit., p. 35 y sigtes. Más extensamente MORELLO, Augusto M., "Las edades de las personas en el cambiante mundo del Derecho", Hammurabi, 2003.

(19) MORELLO, Augusto M., "El Derecho en la Vida", Platense, 2002.

tir, es el modo de vida en que se intenta vivir solo de un extremo del área vital, de una cuestión, dimensión o tema eventualmente periférico, pero que se le adjudica revestir lo axial (el Estado, la raza, la intolerancia, no escuchar ni dialogar, reputarse el mejor y superior, etc.). Se afirma frenéticamente con rencor y se niega el resto. La jerarquía —y visión totalizadora— de la atención, se polariza en esa sola y dominante cuestión. El hombre que se retrae a esa única cuestión —sea lo que fuere— la exagera y exagera. La saca de quicio, es decir de su lugar, renuncia a aceptar auténticamente la vida según es, la reduce a un extremo y se hace extremista. Cuando quiere ser ya razonable debe renunciar al extremismo” (20).

Tenemos el todo del ser nacional, en continua crispación, en estado latente de ofuscación, distanciado cada vez más de la ley y próximo al suceso bárbaro. ¿Qué hacer entonces? Vivir —convivir— civilizadamente, jugando a favor y no en contra de la vida, afirmarla y realizarla. Porfiar por una nueva revelación, cuya imagen —como la del ’80— postula: pie en roca firme, con un nuevo repertorio de ilusiones y esperanzas —un proyecto nacional— que nos realce, nos imponga, ganemos en autoestima y *dé sentido al vivir* con autenticidad.

Las reflexiones precedentes nos llevan ahora al punto central. La declinación de las minorías dirigentes, la pérdida de estima y autoridad de las instituciones y una decadencia moral (estamos con Ecuador en el pozo de las naciones más corruptas) nos hace reconocer la gravedad de nuestra situación. Si nos ha ganado la desorientación, el miedo y el desdén por la ley lo difícil será anunciar la transformación del futuro.

El hombre profetiza porque futuriza. Sabe que su vida es quehacer que se hace hacia adelante porfiando por superarse. Que nuestra generación también es alérgica a dejar su paso entregando un mundo con más problemas irresueltos que el que recibió. Que ha pagado muy caro los ensayos y errores, Que tiene en claro que debemos hacer algo. Cambiar, volver a ser. En provecho de los argentinos y de América, la Paria de la Justicia (Enriquez Ureña) se alza una renovación ética del acontecer. Que debemos tener la agudeza del despertar, la energía realizadora, la vocación en marchar a lo más justo y valedero (21).

---

(20) ORTEGA Y GASSET, “En torno de Galileo”, cit., p. 110-114.

(21) Y todo ello genera miedo y enigmas. Se diferencian las clases y los comportamientos, También en el mundo jurídico. Desde las alturas de la sociedad se ve lo popular en sus

## VII. TERMINACION

Hemos procurado, muy humildemente, y con fidelidad a Ortega y Gasset, meditar sobre la idea actual de las generaciones, lo que nos ha servido de pretexto para instalar el crucial tema de qué nos pasa a los argentinos y poner sobre la mesa de debate las alternativas y opciones en tiempo de ahuyentar fantasmas y limpiar el camino a una situación que necesita, de modo urgente, cobrar otra realidad.

Sin violentar el presente y prever, con agudeza, el porvenir. Hacer posible una situación más llevadera y favorable que alojará a las generaciones venideras que son las que cuestionan el futuro que ya será su presente. Porque a cada generación corresponde definir su propio perfil. Sería éste más previsible si, desde ahora, sabemos organizar *nuestro presente*.

Solo así recobramos la ruta histórica. Porque el hombre de nuestro tiempo cual el gigante Anteo, ha de asentar sus plantas en la placenta de origen. Entonces le volverán sus fuerzas, su vigor, o sea la “enhiesta libertad para decidir y crear a fondo” (22). ◆

---

capas profundas, “una muchedumbre de hombres extraños, vestidos de sayal burdo, con una estaca en la mano y un morral al hombro, que reúnen a la gente popular y gritan delante de ella” (ORTEGA Y GASSET, “En torno de Galileo”, cit., ps. 101-102. En el tránsito del cristianismo al renacimiento).

(22) GRANELL, Manuel, op. cit., p. 298.

Dirá por eso sin relativizar todo Juan José SEBRELI “que la realidad humana es transformación permanente pero no hay cambios sin algo que permanezca, ni discontinuidad sin continuidad, ni presente que no esté condicionado —aunque no determinado— por un pasado que limita sus posibilidades. Cada período histórico es singular e irreversible, el pasado no se repite nunca en el presente, aunque en toda acción o idea nueva es inevitable partir de lo anterior que se quiere cambiar”. (“El olvido de la razón”, Sudamericana, Buenos Aires, 2006, p. 8).

# EL ARTICULO 124 DE LA CONSTITUCION Y EL DOMINIO ORIGINARIO (\*)

POR JUAN CARLOS CASSAGNE

SUMARIO: I. Complejidad y trascendencia económica del tema. — II. Antecedentes de la cláusula constitucional. — III. Tesis expuestas en la Convención Constituyente de 1994. — IV. El dominio originario sobre el mar territorial. Condición jurídica de la denominada Zona Económica Exclusiva. — V. La titularidad del dominio originario de los recursos naturales pertenece, en principio, a las Provincias, y sólo excepcionalmente al Estado Nacional. — VI. Conclusiones.

## I. Complejidad y trascendencia económica del tema

Lo concerniente al dominio originario ha cobrado actualmente, en nuestro país, una gran importancia económica como consecuencia de la nueva regulación constitucional que introduce el art. 124 de la C.N. al proyectarse sobre el régimen patrimonial que regula la titularidad y explotación de los recursos naturales, en particular, del agua, las minas y los yacimientos de hidrocarburos.

En efecto, a raíz de la reforma constitucional de 1994 se han suscitado una serie de cuestiones interpretativas que resulta necesario dilucidar para conocer, con un mínimo grado de certeza, cuál es el status jurídico de los derechos del Estado y de los particulares sobre dichos recursos.

Como es sabido, la mencionada reforma constitucional agregó un último párrafo al artículo 124, prescribiendo que “*corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 26 de abril de 2007.

Para comprender el significado de dicha cláusula constitucional, hay que remontar el curso de concepciones jurídicas complejas, sobre las que existe no poca confusión y efectuar el análisis de los cambios legislativos ocurridos en la materia.

Ante todo, corresponde advertir que la figura “dominio originario”, que recoge el art. 124 de la C.N., proviene del Derecho Minero, el cual remite —en primer lugar— a esta rama del derecho para desentrañar el sentido y alcance del precepto constitucional. Hasta ahí, el tema parece de fácil encuadramiento, pero como se verá seguidamente, el marco positivo y doctrinario del derecho minero se integra con un conjunto de principios y normas de derecho público pertenecientes tanto al derecho constitucional como al derecho administrativo.

Veamos, lo que ocurre con el agua, cuya condición jurídica constituye un concepto analógico en el sentido que representa relaciones de semejanza entre cosas diferentes.

Por de pronto, el agua no escapa a su consideración como cosa, es decir, como objeto material susceptible de valor económico, comprendido en los términos del art. 2311 del Cód. Civil.

Dentro de ese género legal las aguas pueden ser inmuebles o muebles, según los casos. Serán inmuebles por su naturaleza cuando integran un bien como parte integrante del suelo (v. gr. ríos, lagos etc.) así como también cuando, excepcionalmente, constituyan inmuebles por accesión, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el art. 2315 del Cód. Civil (que exige que las aguas se encuentren inmovilizadas por su adhesión física al suelo y que dicha adhesión tenga carácter de perpetuidad). Pero una vez separadas del suelo o cuando no reúnan los requisitos establecidos para constituir inmuebles por accesión las aguas son cosas muebles (1).

Existe otra clasificación que alude al carácter público o privado del agua, la cual requiere algunas aclaraciones conceptuales. En primer lugar, hay que advertir que el Estado (o el pueblo, según la teoría del maestro Marienhoff) es el único sujeto susceptible de ser titular del dominio público; sin embargo, tratándose de bienes del dominio privado los titulares, son en principio, los particulares, aunque el Estado puede ser también propietario de bienes que integran el llamado dominio privado del Estado.

En el caso del agua, como el Estado puede otorgar en concesión el uso de un bien del dominio público (v. gr. concesión de uso de aguas de un

---

(1) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. VI, Abeledo-Perrot, 3ª ed., Buenos Aires, 1996, ps. 66-67.

rió) hay que tener en cuenta la condición jurídica de cada uno de los derechos que genera el vínculo concesional. Así, mientras el derecho del concesionario constituye un derecho real administrativo (2) los usuarios que no revisten la calidad de concesionarios poseen un derecho a la cosa, regido por el derecho privado.

En suma, hay tantos usos públicos como privados y en éste último grupo cabe incluir a las aguas pluviales (3).

Por lo demás, otra circunstancia adicional que dificulta el esclarecimiento de la mencionada figura es el hecho que la técnica jurídica que utiliza el derecho privado no siempre ha distinguido con precisión la propiedad del dominio ni tampoco el derecho real del dominio del derecho real administrativo (que es el que tienen los particulares sobre dependencias del dominio público).

## II. Antecedentes de la cláusula constitucional

Los principios del regalismo, que formaron parte de la concepción que imperó en los comienzos de nuestra organización constitucional, se basaban en la regla que prescribía que las minas “*son del Rey*”, cuya propiedad se transfirió a la Nación por ser ésta la continuadora de los derechos de la Corona de España, a quien correspondía el llamado dominio eminente (4).

En ese sentido, el Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación, dictado en diciembre de 1853, dispuso la aplicación de las Ordenanzas de Nueva España (Méjico) de 1783, las que asignaban al soberano el dominio eminente de las minas, en tanto que el dominio útil era reconocido a los particulares (5).

La Reforma Constitucional de 1860 y el Código de Minería (6) prescribieron la caducidad del Estatuto en cuestión. Así, el artículo 7° de ese

---

(2) Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, “Los derechos reales administrativos”, Civitas, Madrid 1975, p. 792 y nota 18 bis.

(3) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. VI, p. 270 y sigtes., los derechos corresponden a los propietarios del fundo superior e inferior.

(4) Vid CASSAGNE, Juan Carlos, “La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1991, p. 8 y ss., también publicado en ED, 145-857. URIBURU MICHEL, Francisco M., “Los derechos de las provincias a las minas de su territorio”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1991, publicado en la Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VII, p. 7116 y sigtes.

(5) Fallos: 301: 341, especialmente p. 367.

(6) Ver: OYHANARTE, Julio “Régimen Constitucional de las Fuentes de Energía”, LA LEY, 88-863.



Código, concordando con lo establecido en el inciso 2° del artículo 2432 del Código Civil, dispuso que las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren.

En esas condiciones, la propiedad provincial sobre las minas en su territorio se mantuvo estable, hasta que la Constitución de 1949 dispuso que “*los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias*” (7). Esta Constitución fue más tarde abrogada lo que fue confirmado por la convención constitucional de 1957 que aceptó deliberar sobre la base de la vigencia de la Constitución de 1853/1860.

La discusión vinculada al llamado dominio originario de los recursos naturales recobró vigencia a raíz de lo prescripto en el Pacto de Luján, celebrado el 24 de mayo de 1990 entre el Presidente de la República y los gobernadores provinciales, al reconocerse el dominio y jurisdicción de las Provincias sobre determinados recursos naturales (8).

A su vez, el *status* legal descripto cambió nuevamente tras la sanción de la ley 24.145 que transfirió el dominio de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las Provincias, debiéndose entender que, conforme a lo que se verá a continuación, dicha transferencia se refirió al llamado “dominio originario”.

En ese escenario se produjo la reforma constitucional de 1994 que sancionó el artículo 124, en el cual se introdujo definitivamente el concepto de dominio originario utilizado antes en el Código de Minería (art. 10) e implícitamente comprendido en la ley 24.145 (Adla, LII-D, 3908).

### ***II.1. Analogía y afinidad de conceptos provenientes de la doctrina y jurisprudencia que permiten encuadrar el artículo 124 de la Constitución Nacional***

#### *II.1.1. El dominio minero*

Se ha señalado que la dominialidad del Estado sobre las minas ha tenido diversos alcances, según se trate de la expresión de la soberanía estatal

---

(7) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada”, La Ley, 3ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2006, p. 1025 y sigtes.

(8) CASSAGNE, Juan Carlos, “La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1991, p. 8 y sigtes., también publicado en ED, 145-857.

relativa a las cosas ubicadas en su territorio o represente la manifestación del poder real que el mismo ejerce sobre las cosas (9). Sobre el punto, existen pues, básicamente, dos teorías acerca de la dominialidad minera: la teoría positiva y la teoría negativa o del dominio eminente (10).

La teoría primeramente enunciada implica un concepto de dominio real, con alcances jurídicos parecidos al derecho de propiedad. En cambio, la segunda considera que las minas son *res nullius*, y que, por lo tanto, no tienen dueño originario, surgiendo como única atribución del Estado la tutela del patrimonio minero, al sólo efecto de vigilar la constitución legal de derechos privados sobre las minas y custodiar el interés público de producción (11).

Tal análisis, sin embargo, implica una simplificación del problema que plantea la dominialidad minera a la luz del concepto de dominio originario, como se verá más adelante. Dicha postura no resiste el *test* de razonabilidad habida cuenta que, con anterioridad a las Provincias, la propiedad minera pertenecía al Rey, al soberano. En consecuencia, si en el sistema regalista estaban disociadas la propiedad del Rey (por ello se denominaba regalía), la potestad de otorgar concesiones y el derecho real de dominio privado, los derechos de las Provincias no serían originarios sino derivados, en el sentido antes expuesto.

### II.1.2. *Dominio eminente, dominio civil y dominio útil*

Buena parte de la doctrina divide la propiedad en dominio eminente y dominio civil. Así, mientras que el Estado tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada, el mismo no posee un verdadero derecho de propiedad respecto de los bienes que se encuentran en su territorio, sino que conserva un poder de legislación, jurisdicción y contribución (12), del cual surge el sometimiento de los propietarios a las restricciones impuestas en interés público, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia o al mayor bien del Estado (13).

---

(9) CATALANO, Edmundo F., "Código de Minería Comentado", Zavallía, Buenos Aires, 1999, p. 60 y sigtes.

(10) CATALANO, Edmundo F., "Código de Minería Comentado", Zavallía, Buenos Aires, 1999, p. 60 y sigtes.

(11) CATALANO, Edmundo F., "Código de Minería Comentado", Zavallía, Buenos Aires, 1999, p. 60 y sigtes.

(12) Véase: MOLINARIO, Alberto D., "Derecho Patrimonial y Derecho Real", La Ley, Buenos Aires 1965, p. 118 y sigtes.

(13) Nota al art. 2507 del Código Civil.

Al respecto, en el dictamen de la causa “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Mendoza y otros s/ nulidad de concesión minera” de fecha 3 de mayo de 1979, el entonces Procurador General, Dr. Guastavino, señaló que el dominio provincial sobre las minas no es el dominio del Código Civil, sino el dominio eminente propio del sistema regalista, y es así que las Provincias no pueden explotar los bienes por sí mismas, debiendo conceder la propiedad útil a los particulares (14).

En ese contexto, se ha sostenido que el dominio eminente es algo así como un poder supremo vinculado a la noción de soberanía interna que, potencialmente, se ejerce sobre los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo, o de la propiedad de los particulares. Se trata, en suma, de una *potestas* y, en este sentido, es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes, no reconociendo como expresión de soberanía interna otras limitaciones que las preceptuadas en el ordenamiento constitucional (15).

Si bien la pareja de conceptos que definen al dominio eminente y al dominio útil guardan alguna simetría, este último también ha sido empleado, en el ordenamiento civil, con un sentido diferente. En tal sentido, el art. 2661 del Cód. Civil prescribe: “*Dominio imperfecto es el derecho real (...) reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil*”.

De acuerdo a esa inteligencia, el dominio imperfecto se configura cuando no tiene perpetuidad, por encontrarse sometido a una condición o a un plazo resolutorio, o por estar gravado con un derecho real a favor de un tercero (16).

Dentro de los casos del dominio imperfecto, se encuentra el del dominio desmembrado, que implica el traslado de facultades de un dominio reservado a un dominio útil, habiéndose este último caracterizado —en el derecho civil— como un derecho de disfrute que se ejerce por la posesión sobre cosa ajena (17).

---

(14) Fallos: 301: 341.

(15) MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1998, t. V p. 38.

(16) LLAMBÍAS - ALTERINI, “Código Civil Anotado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV- A, p. 302.

(17) BUERES - HIGHTON, “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 5, p. 514. LLAMBIAS- ALTERINI, “Código Civil Anotado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV- A, p. 472.

### II.1.3. *Dominio eminente y dominio originario*

A los fines de la cuestión hermenéutica que plantea el art. 124 de la C.N., resulta de utilidad diferenciar la noción de dominio eminente de la referida al dominio originario.

En ese sentido, se ha dicho que el dominio originario es el derecho que pertenece desde el origen o descubrimiento de la cosa a una persona física o jurídica, a diferencia del dominio derivado que reconoce la existencia de un dueño anterior.

En cambio, el llamado dominio eminente, que traduce el derecho de tutela o jurisdicción, es aquel que el Estado posee sobre todas las cosas ubicadas en su territorio, vinculado a la soberanía que ejerce y no a la propiedad, en virtud del cual, como representante del interés público, puede reglar jurídicamente el destino de las cosas aunque no pertenezcan a su patrimonio (18).

El punto de conexión entre dominio eminente y el dominio originario se encuentra en el hecho de que ambos son atributos de la soberanía. Sin embargo, el dominio eminente se ejerce en forma genérica sobre todos los bienes y personas que se encuentran en el territorio, en el momento en que el Estado lo considera oportuno, mientras que el dominio originario es ejercido de manera continua (19).

En estas condiciones, puede advertirse que el derecho de propiedad minera reconoce un dominio originario en manos del Estado, el cual se desmembra al otorgar el derecho de "*propiedad minera*" a los particulares. Este último sería un dominio útil o derecho de explotación, mediante un acto de imperio, que no implica la extinción de su dominio originario, el cual es anterior a la propiedad minera, coexiste con ella y subsiste a su caducidad (20).

Así, las minas pertenecen al patrimonio originario del Estado o de las Provincias, mientras que la propiedad minera que adquieren los particulares está sometida a la potestad estatal, por distintas causas (21).

---

(18) Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", TEA, Buenos Aires, 1952, t. IV, p. 13. CATALANO, Edmundo F., "Código de Minería Comentado", ZAVALÍA, Buenos Aires, 1999, p. 63.

(19) VALLS, Mario F., "Recursos Naturales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. 1, p. 85 y sigtes.

(20) VALLS, Mario F., "Recursos Naturales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. 1, p. 85 y sigtes.

(21) VALLS, Mario F., "Recursos Naturales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. 1, p. 85 y sigtes. Ver: GONZALEZ, Joaquín V., "Obras completas", Buenos Aires, t. IV, p. 205.

Por su parte, con relación a la atribución constitucional del dominio originario de los recursos naturales a las Provincias, una doctrina que juzgamos errónea sostiene que ello conduce a adoptar la concepción positiva de la dominialidad minera como un derecho real de dominio, con alcances jurídicos semejantes al derecho de propiedad (22).

Resulta trascendente advertir que, también, se ha sostenido que existe equivalencia entre los conceptos de dominio originario y de dominio eminente, contraponiéndose al dominio derivado, al dominio útil o derecho de explotación. En este orden, el dominio eminente ha sido concebido como un derecho de propiedad, en el sentido del derecho privado (23).

Dentro de esta postura se ha dicho que la falta de recepción del concepto de *dominio eminente*, en las leyes mineras nacionales, ha provocado la confusión o mala interpretación de las prescripciones sobre dominio minero (24).

A su vez, con arreglo al dictamen del Procurador General de la Corte Suprema, Doctor Elías P. Guastavino, y a lo resuelto por la Sala 4ª de la Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario en autos “Rosario Rowing Club” (en cuanto a que el dominio originario importa una potestad de disposición y de percibir regalías con sujeción a un ordenamiento fundamental), se ha considerado que el concepto de dominio originario de las Provincias podría caracterizarse como una manifestación del regalismo o del dominio eminente (25).

#### 2.1.4 Dominio y jurisdicción

La lectura de los debates de la Convención Constituyente ha conducido a sostener que el reconocimiento del dominio de los recursos naturales

---

(22) PRIETO, Hugo N., “El dominio de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos”, LA LEY, 2005-E, 1181. Asimismo, ver: HERNANDEZ, Antonio M., “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Depalma, 1997, p.114, nota 158, y QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Zavalia, Buenos Aires, 1996, p. 711.

(23) MARTINEZ, Víctor H., “El dominio eminente”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 1998, Disertación realizada en la sesión privada del 4 de agosto de 1998, t. XXXVII, p. 233 y sigtes.

(24) MARTÍNEZ, Víctor H., “El dominio eminente”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 1998, Disertación realizada en la sesión privada del 4 de agosto de 1998, t. XXXVII, p. 233 y sigtes.

(25) SARAVIDA, Luis Adolfo, “El petróleo y las provincias”, LA LEY, 1999-B, 1182.

en cabeza de las Provincias no sustrae a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional, entendida como potestad de regulación jurídica (26).

En el mismo sentido, con independencia del dominio originario reconocido a las Provincias, los arts. 121, 126 y 75 inc. 12 de la C.N. ponen de manifiesto que éstas han delegado en el Congreso Nacional la facultad de dictar un Código de los recursos naturales (27).

### **III. Tesis expuestas en la Convención Constituyente de 1994**

A esta altura del análisis que venimos efectuando se advierte que el art. 124 de la Constitución Nacional exhibe una suerte de mutismo constitucional ya que, a pesar de reconocer a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios, no especifica el contenido del concepto, lo cual se tornaba imprescindible frente al abanico de variantes interpretativas que habían surgido tanto en el campo de la doctrina como en el ámbito de la jurisprudencia (28).

En el debate de la Convención, tan confuso y desordenado como contradictorio, se expusieron dos tesis diferentes.

La primera sostuvo que corresponde a las Provincias el dominio eminente, entendido como aquel que tienen las Provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio, a diferencia del dominio originario concebido como aquel que se posee sobre los recursos que la Provincia o la Nación conceden para su explotación por un tiempo determinado o, en el caso de las minas, hasta su agotamiento, manteniendo el Estado la tutela que permite recuperar su dominio si el concesionario no cumple con sus obligaciones (29). En esta línea, no faltaron, incluso, quienes dudaron acerca de si el reconocimiento del dominio originario implicaba la negación del dominio privado (30).

---

(26) DE SIMONE, Orlando, "El dominio originario de los recursos naturales", LA LEY, 1997-C, 1440.

(27) AHUMADA, Horacio, "La ley de protección ambiental para la minería N° 24.585 - El Código de Minería y la Constitución Nacional," LA LEY, 1996-E, 1361.

(28) Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VI, p. 5486 (NATALE, Alberto).

(29) Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VI, p. 5771, (DÍAZ ARAUJO).

(30) Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VI, p. 5769, (BATTAGION).

Por otro lado, hubo quienes sostuvieron la concepción de que el dominio originario equivalía al derecho real de dominio. Al respecto, se postuló que el dominio originario de los recursos naturales no podía ser referido a otra cosa que al *dominio patrimonial* sobre los mismos. De ese modo, se consideró que siendo el dominio un derecho real, en el correspondiente a los recursos naturales es un dominio de naturaleza patrimonial sobre ellos. Pero como no implica prescribir un sistema colectivista, dicho dominio, de público, se transfiere a la propiedad privada para que su explotación y aprovechamiento se efectúe en el mercado (31).

#### **IV. El dominio originario sobre el mar territorial. Condición jurídica de la denominada Zona Económica Exclusiva**

El alcance del mar territorial ha sido establecido de manera uniforme para todos los Estados por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, celebrada en Montego Bay, en 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base (32) que establece dicha Convención (art. 3). En ese espacio marítimo el Estado ejerce con plenitud su soberanía, con arreglo a las prescripciones de la citada Convención y otras normas del derecho internacional (art. 2 ap. 3). Por otra parte, de acuerdo al ordenamiento interno, el mar territorial integra el dominio público (art. 2340 inc. 1, Cód. Civil).

No obstante que la Convención, al ser ratificada por la ley 24.543, posee jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 de la C.N.), dado que aquella comprende al Estado Nacional como sujeto del Derecho Internacional vinculado por sus normas, corresponde armonizar su preceptiva con el art. 124 de la C.N.. En tal sentido, la ley 18.502 (Adla, XXX-A, 65) que fijó el dominio provincial sobre el mar territorial en un espacio de 3 millas marinas debe considerarse derogada institucionalmente por el juego del referido precepto constitucional y lo prescripto por la Convención sobre el Derecho del Mar. En consecuencia, el dominio de las Provincias sobre el mar territorial se extiende a 12 millas marinas medidas en la forma antes indicada. En cualquier caso, también podría sostenerse que la ley 18.502 fue derogada expresamente por la ley 24.922 (Adla, LVIII-A, 10) (art. 72) aun cuando este argumento podría cuestionarse sobre la base de que los alcances de tal derogación no son generales sino que se circunscriben a la materia que, de modo especial, regula la citada ley.

---

(31) Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires 1997, t. VII, p. 6975, (QUIROGA LAVIE).

(32) Es la línea de bajamar a lo largo de la costa (art. 5).

En cambio, tanto en la zona adyacente o contigua (24 millas marinas) como en la Zona Económica Exclusiva (200 millas marinas) (33) no hay dominio originario de las Provincias sino derechos de soberanía a favor de los Estados signatarios de la Convención, los que comprenden la explotación de los recursos naturales (tanto vivos como no vivos) y la producción de energía derivada del agua y de los vientos (art. 56 ap. 1 inc. a.). Al propio tiempo, el Estado Nacional ejerce jurisdicción, entre otras cosas, para el establecimiento y utilización de islas artificiales y la protección del medio marino (art. 56 ap. 1, inc. 2).

V. La titularidad del dominio originario de los recursos naturales pertenece, en principio, a las Provincias, y sólo excepcionalmente al Estado Nacional

La prescripción contenida en el art. 124 de la C.N. que atribuye a las Provincias la titularidad del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, no implica, como más adelante se puntualiza, que la persona jurídica Estado Nacional no pueda ser titular también del dominio originario de los recursos naturales aun cuando de modo excepcional y circunscripto al marco constitucional o internacional.

Una última cuestión se vincula al supuesto previsto en el art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional, referido a los establecimientos de utilidad nacional en los que corresponde al Congreso ejercer una legislación exclusiva, sin que ello obste al ejercicio de los poderes de policía y tributarios de naturaleza local. Según los antecedentes constitucionales, dichos establecimientos son los adquiridos por la Nación *por compra o cesión, en cualquiera de las Provincias*, como prescribía el anterior art. 67, inc. 27, antes de la reforma constitucional de 1994.

En el sentido antes expuesto, cabe reiterar que el dominio originario de los recursos naturales corresponde, claramente, a la Nación en el caso de las áreas marítimas que, conforme al deslinde que resulta de la legislación vigente, están atribuidas a la órbita federal. Concretamente, a excepción del mar territorial cuyo dominio pertenece a las provincias respectivas, los recursos existentes en la Zona Contigua (que se extiende a partir de las doce millas marinas y hasta las veinticuatro millas marinas) y en la Zona Económica Exclusiva (cuyo límite coincide con las doscientas millas marinas) pertenecen al dominio originario del Estado Nacional, según resulta de la interpretación armónica de la legislación en vigor (conf. la ley 24.543—Adla, LV-E, 5742—, art. 56, y la ley 24.922, art. 4).

---

(33) Véase: RAY, José Domingo, "Derecho de la Navegación", t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1992, p. 569 y sigtes.



## VI. Conclusiones

Sobre la base de las ideas anteriormente expuestas es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. La prescripción sobre el dominio originario de los recursos naturales que consagra el art. 124 de la C.N. genera, por su falta de definición, una laguna constitucional, destinada a ser cubierta con el auxilio de la interpretación doctrinaria y de la jurisprudencia. Ese vacío constitucional se refiere tanto a la naturaleza y características del dominio originario como, fundamentalmente, al alcance de las potestades y facultades que poseen los titulares de dicho dominio originario.

2. En ese sentido, la carencia constitucional se produce en razón de que mientras la categoría del dominio eminente, concebida como una potestad emanada de la soberanía, exhibe cierto consenso doctrinario, el concepto de dominio originario plantea dudas interpretativas en cuanto a la determinación de su núcleo esencial. En efecto, el dominio originario ha sido entendido tanto como una potestad (asimilable al dominio eminente), como un derecho de naturaleza patrimonial o real de dominio (lo cual traduce, una tesis errónea).

3. Las potestades y derechos que emanan del dominio originario que el art. 124 de la C.N. reconoce a favor de las Provincias sobre los recursos naturales existentes de su territorio abarca, en el estado actual de nuestra legislación, las facultades de:

a. Otorgar concesiones y dictar los actos de ejecución relativos al aprovechamiento de dichos recursos, así como, en consecuencia, disponer su revocación o caducidad;

b. Percibir regalías;

c. Ejercer un poder de policía local, exclusivo o concurrente, según los casos y sobre todo las potestades inherentes a la policía de las concesiones y permisos —en tanto armonicen con la potestad de la Nación para dictar la legislación de fondo—.

4. El dominio originario no equivale al derecho real de dominio, ni tampoco se trata de un dominio derivado o imperfecto.

5. En resumidas cuentas, el dominio originario sobre los recursos naturales configura un concepto autónomo, cuya titularidad pertenece, en principio, a las Provincias y, excepcionalmente, a la Nación. Tal figura se asimila a la potestad que es propia del dominio eminente, en forma conjunta con los poderes que conciernen a la condición de concedente que reviste la autoridad provincial o nacional, a lo cual se añaden los derechos —en el caso de la explotación de hidrocarburos— a las regalías petroleras. ♦

# “LEY DE BASES” SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (\*)

POR JORGE REINALDO VANOSI

SUMARIO: I. El Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica. — II. Las leyes de bases. — III. Derecho Comparado. — IV. Derecho Público Provincial Argentino. — V. La Constitución Nacional. — VI. Jurisprudencia. — VII. Límites. VIII. Caracteres del Proyecto. — IX. La Responsabilidad del Estado. — X. La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos.

## I. El Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica

Como ya lo señalé en un proyecto de ley presentado recientemente sobre *ley de bases* en materia tributaria, el Estado de Derecho, cuyo afianzamiento no dudo que es intención de todos los argentinos, tiene como requisito básico la seguridad jurídica. Y la seguridad jurídica exige la previsibilidad de la vida en sociedad (el proyecto de mi autoría —mencionado *ut supra*— puede consultarse en el Apéndice de la presente comunicación).

Por seguridad jurídica entendemos algo muy elemental: la predictibilidad, la previsión, lo que algún tribunal ha llamado “la regla de la calculabilidad”. Esto quiere decir, que antes de producir un acto o un hecho sepamos cuáles son las consecuencias legales que vamos a tener que afrontar;

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 10 de mayo de 2007.

conocer anticipadamente los efectos de nuestra responsabilidad por ese hecho o por ese acto jurídico.

La seguridad jurídica tiene entre nosotros porcentajes muy bajos, muy lejos de lo deseable y de lo necesario para que se pueda operar un crecimiento adecuado, por lo que se requiere “contemplar necesariamente la estabilidad de las relaciones jurídicas de modo de no soslayar la imprescindible previsión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones” (Corte Suprema Argentina: caso Luna, en “Fallos” 316: 1609, p. 1615).

Ya en el año 1960 nuestra Corte Suprema señalaba que “sólo la respetuosa observancia del Estado de Derecho, en cuanto supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijadas por la Constitución, garantiza una estabilidad calculable de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Por el contrario, de un gobierno que entroniza la arbitrariedad y se coloca fuera de la Constitución, sólo cabe esperar la anarquía o la tiranía, con sus ominosos, multiformes y esencialmente imprevisibles excesos represivos. (Ver: Corte Suprema: Abal, Edelmiro, y otros c. Diario La Prensa, en Fallos, 248:291).

También decía en esa oportunidad nuestro Máximo Tribunal que “La dictadura, por definición, se sale del marco de lo jurídico, su rasgo típico es la arbitrariedad estatal, o sea, la quiebra de la previsibilidad en lo concerniente al ejercicio del poder público” (Corte Suprema: 1960: Abal, Edelmiro, y otros c. Diario La Prensa; ídem).

“La previsibilidad a que se refiere la doctrina relativa a la eximente de fuerza mayor no puede ser sino la previsibilidad dentro de una comunidad en que las normas jurídicas imperan y son acatadas por la autoridad pública. No cabe, entonces, siquiera pensar en un sistema de previsibilidades que parta de la arbitrariedad tiránica, en sí misma imprevisible dentro del ordenamiento constitucional vigente en el país que, al preceptuar la subordinación de los gobernantes a la ley, excluye la hipótesis del poder autocrático”. (Corte Suprema, 1960: Abal, Edelmiro, y otros c. Diario La Prensa, ídem).

Y agrego otro factor que mencioné en un trabajo de mi autoría: confiabilidad. Creo que esta es la palabra clave. Algo más que la confianza es la confiabilidad. (Ver: Jorge Reinaldo Vanossi: *Caminos para Vigorizar la Confianza en el Sistema Legal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Diciembre de 2004).

La confiabilidad es una atmósfera porosa y decisiva. Hay o no hay una atmósfera de credibilidad y de confiabilidad en un Estado donde se pueda llegar al crecimiento, al desarrollo, a una posibilidad de mayor igualdad de oportunidades. No debemos conformarnos con una mera “reactivación”, que puede ser efímera.

No hay Estado de derecho sin seguridad jurídica y no puede haber seguridad jurídica si no hay Estado de derecho.

Es un largo camino por recorrer, serán muchos los sacrificios y esfuerzos a realizar. Solo la continuidad, apoyada por la perseverancia, e iluminada a través de una fina convicción, nos acercará al objetivo de reunir la libertad con la seguridad. Y entre ambas, la libertad y la seguridad, dan sustento real y no meramente virtual al bienestar general.

Ese afianzamiento del Estado de Derecho a través de normas previsibles, esa “previsibilidad” de la que hablaba la Corte Suprema Argentina, esa “confiabilidad” a que aludíamos, son los objetivos centrales de una *ley de bases* por la que se procure delimitar el objeto y alcance de los principios y criterios que han de seguirse, a nuestro entender, en toda la legislación sobre responsabilidad del Estado.

Los institutos tratados en el mencionado proyecto tienen diversos objetivos a los que considero que resulta urgente reafirmar en el Derecho Administrativo Argentino. Entre los más importantes se encuentra el de garantizar a los administrados un sistema claro y previsible, en el que cada uno sepa cuáles son sus obligaciones y derechos, que podrá hacer oír sus opiniones cuando se traten estos temas en los espacios y por los cuerpos permanentes o especiales que los estudien, que así no sólo cumplirán con el principio republicano de publicidad, sino que todos sabrán, con suficiente antelación, cuándo se discutirán estas cuestiones, pudiendo concurrir a las mismas e, incluso, hacer conocer sus observaciones, dentro de límites razonables (por ejemplo, en las comisiones parlamentarias y en las comisiones ministeriales de estudio de anteproyectos).

Si creemos que es necesario que en el país se radiquen y desarrollen empresas que contribuyan con sus emprendimientos al crecimiento de la economía, debemos asegurarles a las mismas que sepan cuáles serán las bases del sistema administrativo vigente, y en qué casos y de qué manera cumplirá el Estado Argentino con sus responsabilidades. Caso contrario, solamente vendrán capitales de alto riesgo, destinados a lograr ganancias

rápidas que los pongan a cubierto de posibles cambios, pero que no serán útiles para nuestro desarrollo.

Se requiere entonces que haya estabilidad de las reglas constitucionales, legales y administrativas, aplicables tanto a los marcos regulatorios cuanto a las pautas tarifarias.

## **II. Las leyes de bases**

Se denominan “leyes de bases” o “programas legislativos”, a aquellas dirigidas a establecer el marco normativo dentro del cual se debe desenvolver la legislación reglamentaria sobre un tema en particular.

Las leyes de bases delimitan el objeto y alcance de los principios y criterios que han de seguirse en los institutos tratados en ellas. Tienen por objeto evitar que el legislador rebase o desconozca los principios fundamentales de un instituto regulado por la Constitución, estableciendo límites a la propia actividad del Congreso.

Este último no puede sobrepasar esos límites, sino que tiene que respetarlos en su contenido esencial.

Así, el legislador no puede rebasar o desconocer el tema de la ley de bases mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica. Por lo contrario, debe respetar el contenido esencial de los respectivos principios.

De esta forma, las leyes sobre responsabilidad del Estado que se dicten en el futuro deberán ser compatibles con la misma.

En definitiva, la Ley de Bases será el límite de los límites que el legislador no podrá traspasar. Si eso pretendiera, deberá tramitar su derogación previa.

## **III. Derecho Comparado**

Algunas constituciones extranjeras y provinciales prevén este mecanismo.

Un caso es el de la Constitución Española, que establece este procedimiento para que el legislador no rebase o desconozca los principios fundamentales sobre un tema determinado.

Admite que “Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas” (art. 82 inc. 1), pero esa delegación legislativa “deberá otorgarse mediante una ley de bases” (art. 82 inc. 2). Además, en esos casos, “las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio” (art. 82 inc. 4).

El art. 75 de la citada Constitución prevé que las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley, pero expresamente exceptúa de esa posibilidad de delegación a “las leyes orgánicas y de bases”.

La mencionada Constitución establece límites precisos para las leyes de bases. Dice que no podrán en ningún caso autorizar la modificación de la propia ley de bases ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo (art. 83).

Así, entre las normas del texto del año 1978 que prevén este procedimiento, podemos mencionar el artículo 8 sobre la ley orgánica que regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la Constitución.

Las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica están previstas en el art. 149.

Y el artículo 150 faculta a legislar sobre las “Bases de régimen minero y energético”, diciendo que “Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha considerado algunos temas, como el de la autonomía universitaria, al que considera un derecho fundamental en el marco de este tipo de normas, y que el legislador no puede rebasar o desconocer, sino que tiene que respetar en su contenido esencial.

Así, el citado Tribunal Constitucional dijo que lo importante es que mediante esa amplia remisión, “el legislador no rebase o desconozca la auto-

mía universitaria mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica, sino que se respete el contenido esencial...”.

Otro ejemplo es el proyecto de Constitución de la Unión Europea que, entre los Actos jurídicos de la Unión que son fuente de derecho, incluye las “leyes marco europeas”, (Título V. “Del ejercicio de las competencias de la unión”. Capítulo I. Disposiciones Comunes: Artículo I-33), que son definidas con estos términos: “... La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios”.

#### **IV. Derecho Público Provincial Argentino**

Nuestro Derecho Público Provincial también tiene reconocida la posibilidad de dictar leyes de bases. Así, la Constitución de la Provincia de San Juan, en su art. 156 establece que las leyes pueden ser ... “2) De base o programas legislativos” ... que “son aquellas dirigidas a establecer el marco normativo dentro del cual se debe desenvolver la legislación técnica reglamentaria. Las leyes de bases están sujetas al trámite ordinario de formación legislativa establecido en esta Constitución”.

Dicha Constitución, en el art. 163, establece como característica de este tipo de normas el *principio de congruencia*, y dice que “Las leyes de bases o programas legislativos tiene que ser compatibles con las leyes decisorias; la restante legislación con las referidas leyes y con las de base o con los programas legislativos, siendo aplicable a dichos efectos el procedimiento de control de constitucionalidad previsto por esta Constitución”.

#### **V. La Constitución Nacional**

Si bien las leyes de bases no están expresamente previstas en la Constitución Nacional como una categoría especial, tienen estado legislativo, proyectos de leyes sujetas al procedimiento ordinario de formación legislativa establecido en la Constitución, por lo que no están en contradicción con nuestra Ley Fundamental. Sólo se introducen trámites especiales para su tratamiento, que están entre las facultades que corresponden a ambas Cámaras del Congreso.

Además, la Constitución prevé indirectamente cuestiones relacionadas con las leyes de bases como la propuesta en materia de responsabilidad del Estado.

El art. 16 de nuestra Carta Magna establece que “La igualdad es *la base* del impuesto y de las cargas públicas”. Es decir que el sistema impositivo debe apoyarse en la premisa de la igualdad. Con ello está imponiendo un marco, dentro del cual debe actuar el Congreso. Ello es aplicable a todos los ámbitos de la legislación.

El art. 75 inc. 2, 2º párrafo, prevé que las leyes convenio deben dictarse dentro de un marco, pues dice que deben ser “... sobre *la base* de acuerdos entre la Nación y las provincias ...”. También aquí prevé un instituto relacionado con las leyes de bases.

El mismo art. 75, más adelante, en su inc. 8, faculta al Congreso para “Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, *en base* al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”. Es decir que también el presupuesto de gastos y recursos debe dictarse sobre una “base” determinada.

Pero con mayor claridad aún, el mismo art. 75, en el inc. 19, la llamada Nueva Cláusula de Progreso, en su tercer párrafo, alude a las leyes de base. Dice esta norma, introducida en la Reforma de 1994, que el Congreso está facultado para “Sancionar leyes de organización y *de base* de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

Y el art. 41, al ocuparse del medio ambiente, en su tercer párrafo, cuando dice que “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ...” también se está refiriendo a las que se denominan “leyes de bases”.

Finalmente, el art. 76 determina que “se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de *las bases* de la delegación que el Congreso establezca”. Es decir que, al igual que la Constitución Española, en su cláusula antes



citada, también la nuestra prevé el dictado de una ley de bases para la delegación legislativa.

El suscripto presentó hace un par de años ante la Cámara de Diputados un proyecto de ley a fin de reglamentar la delegación legislativa, además de los decretos de necesidad y urgencia, y de la promulgación parcial por el Poder Ejecutivo. En esa oportunidad no la denominamos “ley de bases”, pero se trata de este tipo de norma. Y, cuando el Congreso sancionó la ley 26.122 sobre este mismo tema, en la práctica aprobó una ley de bases.

La doctrina constitucional argentina ha admitido que se pueda dictar este tipo de leyes en el marco de la Constitución vigente. Ver, entre otros: Loñ, Félix Roberto. *Constitución y Democracia*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1987, ps. 454 y sigtes. Sagués, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. I, p 119. Bidart Campos, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1986, Vol. VI, p. 390. Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Angel; Cenicacelaya, María de las Nieves. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001, t. II, ps. 1048 a 1050.

## VI. Jurisprudencia

La Corte Suprema Argentina en algunos casos ha mencionado las leyes de bases. Así, en el caso “Monges, Analía M. c. Universidad de Luján” del 26 de diciembre de 1996, el voto en disidencia parcial del doctor Belluscio expresa que: “El pronunciamiento judicial que ordena la reforma del art. 17 del Estatuto de la Universidad Nacional de Luján, incurre en una inadmisibles intromisión en el ámbito de las facultades de esa alta casa de estudios pues no se advierte que ese cuerpo normativo —aprobado con posterioridad a la ley 24.521— se aparte de las directivas de la *ley de bases* ni del espíritu de la Constitución Nacional”.

En la misma causa la Corte insiste en las leyes *de bases* en materia universitaria: “Las leyes de base que rigieron la vida universitaria durante los períodos de vigencia de las instituciones constitucionales de la República, procuraron plasmar la autonomía universitaria como un ideal de independencia, con el propósito de satisfacer la creencia ampliamente compartida de que es bueno y deseable que, en el delicado cumplimiento de las tareas a su cargo y en el manejo de sus propios asuntos, las universida-

des gocen de la mayor libertad de acción compatible con el régimen constitucional, al que deben, por cierto, pleno acatamiento (Fallos: 314:570, consid. 10° del voto de los jueces Belluscio y Petracchi).

### **VII. Límites**

En definitiva, de acuerdo a la forma como los proyectos presentados y los que se presenten en el futuro instrumenten las leyes de bases, éstas significarán una autolimitación para el Congreso, recordando los principios establecidos en la Constitución sobre el tema. Además, mediante las mismas, el Poder Legislativo controlará al Poder Ejecutivo a fin de evitar que de alguna forma pueda apartarse de la Norma Suprema.

Otra característica de las leyes de bases es que no pueden ser materia de la legislación de necesidad y urgencia. Así la Constitución de San Juan, en su art. 157, dice "... No pueden ser materia de la legislación de necesidad y urgencia las decisiones legislativas, ni las leyes de base o programas legislativos, ni las atribuciones otorgadas por esta Constitución al Poder Legislativo en el artículo 150, salvo en sus incisos 1, 3, 9, 12, 14 y 16 primera parte". Otro tanto en la Constitución Española, como vimos anteriormente.

### **VIII. Caracteres del Proyecto**

Los temas tratados en el proyecto de ley de bases sobre responsabilidad del Estado que presentamos a fines del año 2006, no podrán ser objeto de delegación en sus Comisiones para la aprobación en particular del proyecto en las comisiones de ambas Cámaras, según lo faculta el art. 79 de la Constitución Nacional (reforma constitucional de 1994), ni en el Poder Ejecutivo, de conformidad con el art. 76 de la misma.

El proyecto ratifica los principios constitucionales en materia de protección a los derechos individuales y de organización del Estado, y agrega que todo lo relacionado con la responsabilidad del Estado sólo puede ser regulado por ley del Congreso, prohibiéndose en forma expresa que el Poder Ejecutivo dicte sobre estos temas Decretos Autónomos, o Decretos Delegados, o Decretos de Necesidad y Urgencia.

Cualquier modificación a los temas tratados en la ley de bases sólo podrá efectuarse en una sesión de cada Cámara especialmente convocada al efecto, y con previa y amplia publicidad.

Así se establece también en la Constitución de San Juan. Su art. 163, “in fine”, dice: “Las leyes decisorias, las de base y los programas legislativos, sólo pueden ser modificadas en una sesión de la legislatura especialmente convocada al efecto”.

Se asegura, de esta forma, una mayor difusión para un tema relacionado con uno de los derechos más protegidos por la Constitución, como es el Derecho de Propiedad, en cuanto puede ser afectado por la acción u omisión del Estado y/o de sus agentes. Esa publicidad aparece garantizada para todos los habitantes al determinar que las comisiones de ambas Cámaras, ya sean las permanentes o especiales, deberán ser convocadas a una reunión especial, con previa y amplia difusión, cuando se deba tratar una cuestión relacionada con la responsabilidad del Estado. Se hará conocer por medio de la prensa la fecha y hora de reunión de las respectivas comisiones, como de la sesión especial de cada Cámara, con una antelación no inferior a treinta días. De esa manera, los administrados tendrán la posibilidad de controlar cualquier innovación sobre estos temas desde el inicio del proceso legislativo.

Podrán participar en el correspondiente trámite legislativo las entidades públicas o privadas, civiles, políticas, sindicales, cámaras empresarias u organizaciones no gubernamentales que tengan interés en el tema; todas ellas podrán formular sus opiniones por escrito hasta quince días antes de la reunión de la respectiva comisión. Además, esas entidades están facultadas para enviar un representante que explique, brevemente, la opinión de sus mandantes, posibilitándose que los legisladores presentes formulen preguntas a quienes hayan concurrido a la reunión.

## **IX. La Responsabilidad del Estado**

El proyecto que hemos propuesto se ocupa de fijar pautas generales para todo aquello que tenga que ver con la posible responsabilidad del Estado, y que el Congreso deba legislar, tanto en los casos que son de competencia exclusiva del Estado Federal, como los que están incluidos como poderes concurrentes con las provincias.

De esta forma, las leyes que se dicten en el futuro sobre responsabilidad del Estado deberán ser compatibles con la misma.

En particular, el proyecto reitera los principios básicos de la Constitución sobre esta materia, tal como los ha planteado la doctrina clásica

del Derecho Administrativo Argentino (Ver, entre otros: Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, sexta edición actualizada, t. I. Cassagne, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por la actividad de la administración*, LA LEY, 28 de julio de 2005. Diez, Manuel María. *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983. Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983, t. V. Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo - Perrot, segunda edición actualizada, t. IV. Rebollo, Luis Martín. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*. En: Documentación Administrativa N° 237/238 (enero-junio de 1994) ps. 11 a 104. Reiriz, María Graciela. Responsabilidad del Estado. Buenos Aires, Eudeba, 1969. Reiriz, María Graciela. *Responsabilidad del Estado*, en: *El Derecho Administrativo Hoy*, ps. 220 a 229. etc.)

El Estado, en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, con frecuencia lesiona a los administrados o particulares, en sus derechos patrimoniales y en los no patrimoniales.

El tema de la responsabilidad del Estado, tanto frente a los terceros, los administrados y los propios agentes públicos, está relacionado con la personalidad moral o jurídica del mismo.

Por tal motivo, “la teoría de la responsabilidad en el campo del Derecho público tiene una gran importancia, desde que representa la posibilidad para el administrado de obtener reparación de los daños imputables al Estado” (Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983, t. V, p. 18).

Una de las dificultades que se plantean es por causa de la tendencia jurisprudencial a buscar soluciones en el ámbito del derecho civil. Y ocurre que, si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público pertenece al derecho administrativo, que en principio es provincial, ya que los estados locales conservan todo el poder “no delegado” por la Constitución Nacional al gobierno federal (art. 121, Constitución Nacional). El proyecto presentado, cuida este aspecto, y las bases protegidas por la Constitución: igualdad, propiedad y derechos adquiridos.

La responsabilidad del Estado, como la de todo ente jurídico, puede ser contractual o extracontractual, según que ella, respectivamente, obedezca o no al incumplimiento de obligaciones convenidas.

La responsabilidad “extracontractual” del Estado puede originarse tanto de un comportamiento del órgano Ejecutivo de gobierno, como del órgano Legislativo o de los órganos judiciales.

La Responsabilidad del Estado incluye también los actos de los entes jurídicos menores, como entes autárquicos y empresas del Estado. La responsabilidad de los entes públicos no puede en ningún caso prescindir del elemento dañoso, es decir del daño causado.

En el campo del Derecho público, la responsabilidad se concreta en la obligación de resarcimiento del daño, mientras que en el campo del Derecho privado, no solamente existe la obligación de reparar el daño sino también la posibilidad de sufrir sanciones punitivas de carácter penal.

El proyecto que está a consideración de la H. Cámara tiene en cuenta los tres elementos del concepto clásico de responsabilidad en el campo del Derecho privado: a) daño material pecuniariamente apreciable; b) legítimamente ocasionado, el que da origen a la antijuridicidad del acto; y c) con dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió. (Diez, op. cit. p. 17).

La responsabilidad objetiva del Estado incluye el daño material pecuniariamente apreciable, ya sea de derecho privado como de derecho administrativo, tanto el ocasionado legítimamente, como el que sea consecuencia de dolo, culpa o negligencia de un funcionario público, ya sea que dependa del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial de la Nación.

En cuanto a la amplitud, la responsabilidad comprende la actuación del Estado en materia de expropiación, ocupación temporánea, requisiciones, desafectación de vías públicas, revocación de actos administrativos, indemnización a propietarios de animales sacrificados. En definitiva, como decía García de Enterría, todo se unifica como “lesión resarcible”.

En el derecho moderno la responsabilidad de la administración se ha ido objetivando. Por ello, se admiten tres clases de responsabilidad de la

administración, atendiendo al origen de los daños: a) unas veces el daño ha sido producido por la ejecución de actos ilegales o porque el servicio público ha funcionado de modo irregular y anormal, es decir con impericia, error, negligencia o dolo de los funcionarios; b) otras veces el daño tiene su origen en la actividad administrativa ejercida legalmente para el funcionamiento regular y normal de los servicios públicos, sin acto ilícito de nadie; c) en otros supuestos el daño ha sido causado sin acto ilícito de los funcionarios, de un modo anormal, excepcional, sin que pueda decirse que la administración ha obrado ilegalmente pero sin que tampoco pueda afirmarse que se trata de un funcionamiento normal de los servicios públicos.

En el Derecho Constitucional Comparado, la actual Constitución Española también ha previsto *leyes de base* para esta materia. Su art. 149 dice que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... Las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

Y, expresamente sobre la responsabilidad del Estado, el art. 106 dice: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

En el proyecto que he presentado, la responsabilidad del Estado comprende también los daños producidos por acción u omisión del ejercicio del poder de policía del Estado, en particular por adoptar o no adoptar las medidas preventivas y/o represivas adecuadas ante cortes de rutas, puentes, vías navegables o de comunicación de todo tipo, o el acceso a lugares públicos o privados, aeropuertos, empresas, representaciones diplomáticas extranjeras, paseos públicos, instituciones educativas de cualquier nivel, o cualquier lugar en el que algún individuo tenga legítimo derecho de transitar o ingresar.

Es conocido el fenómeno que se ha difundido en los últimos tiempos de la realización de los llamados “piquetes”, por los que cualquier persona realiza reclamos, algunas veces legítimos y otras que no lo son tanto, con los que se interrumpe el tránsito, se impide el ingreso a aeropuertos, empresas, supermercados, casas de comidas, centros de expedición de combustibles, lugares de recreación, puentes nacionales e internacionales, etc.; también se atenta contra la seguridad e incluso la integridad física de las personas, se destruye la propiedad privada y pública y, en fin, se realizan todo tipo de acciones generalmente delictivas, que ponen a la Argentina con la imagen de ser un país donde, pese a que se invocan diariamente los Derechos Humanos, no se respetan en lo más mínimo los derechos individuales más elementales y, lo más grave, todo ello se hace ante la mirada complaciente de las autoridades que están obligadas a resguardar tales derechos.

Esta situación, que ocasiona permanentemente conflictos internacionales que ponen a la Argentina ante el peligro de posibles reclamos de otras naciones, que deteriora los vínculos con países hermanos, además producen daños en la integridad física y el patrimonio de los argentinos, quienes se ven desprotegidos ante esas tropelías, toleradas o, incluso, fomentadas por funcionarios que buscan réditos mezquinos. Todo ello obliga a que el Congreso prevea mecanismos para que los afectados obtengan algún tipo de reparación.

Asimismo, consideramos que para que pueda mejorarse en forma efectiva el sistema administrativo argentino, es necesario que participen el Poder Ejecutivo Nacional y los Gobiernos de Provincia, por lo que se incluye la invitación a estos último para realizar sus aportes en el ámbito de su respectiva competencia.

## **X. La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos**

En los arts. 14 y 15 del proyecto de ley de bases también contemplamos la situación a la que pueden ser emplazados los funcionarios en cuanto a su responsabilidad resultante de las demandas que se entablan contra el Estado. Ya nos habíamos ocupado de esta cuestión en otro proyecto de ley, que fuera presentado a fines de la década del ochenta (véase: Vanossi, J. R., “Obra Legislativa” tomo II, años 1987/88, ps. 11 a 13). Las razones y fundamentos hacen a la esencia de nuestra forma de gobierno.

Una de las notas más importantes de la forma republicana de gobierno es la responsabilidad de los funcionarios públicos. Gracias al buen funcionamiento de dicha responsabilidad, se logra que los agentes de la administración adquieran conciencia de los alcances de sus actos y midan cumplidamente sus consecuencias.

La responsabilidad de los agentes del Estado fue establecida tempranamente en el derecho argentino, por el artículo 1.112 del Código Civil. Sin embargo, la jurisprudencia nos muestra que raras veces se hace efectiva la responsabilidad de un agente público. Es que se ha elaborado un sistema de responsabilidad del Estado para asegurar la indemnización plena del damnificado, que no lo deje expuesto a la posible insolvencia del agente culpable.

A esa loable perspectiva jurisprudencial ha contribuido no poco la doctrina que no ha insistido en la necesidad social y republicana de sincronizar la responsabilidad del funcionario público con la responsabilidad del Estado. Rafael Bielsa, criticando con razón a la jurisprudencia su olvido de la responsabilidad estatuida en el art. 1112 del Cód. Civil, propuso la solución extrema de negar la responsabilidad del Estado en aras de la responsabilidad del funcionario.

Nosotros no creemos que debamos partir de semejante hipótesis. Acá no se trata de que el Estado eluda su responsabilidad patrimonial por lo acontecido. Eso significaría volver a concepciones propias del estado de policía. La responsabilidad del Estado es una conquista irrenunciable del estado de derecho, como lo ha señalado entre nosotros María Graciela Reiriz en una obra ya clásica en la materia (*Responsabilidad del Estado*, Eudeba, 1989).

Es cierto que la tradición jurídica norteamericana en materia de demandabilidad del Estado ha sido influida por el principio británico del *common law*, según el cual “el Rey nunca se equivoca”, y que por tal motivo el Estado se amparaba en su inmunidad soberana para impedir acciones en su contra. Este criterio fue desarrollado en el fallo “Cohen vs. Virginia”, donde se sostuvo “la opinión universal según la cual ninguna demanda puede ser iniciada o proseguida contra los Estados Unidos y que el procedimiento judicial no autoriza dichas demandas”. Para superar tal impedimento los tribunales debieron recurrir a la elaboración de una ficción jurídica, en base a la cual los recursos debían ser intentados contra la



persona de los funcionarios, de manera tal que la reparación buscada no se entablara formalmente contra el gobierno, a pesar de ser ése el efecto buscado a través de la demanda. Las formas indirectas para llegar a obligar al Estado —a través de los *writs* del derecho anglosajón, por ejemplo— fueron el expediente que se utilizó para obviar los referidos inconvenientes.

Nuestro sistema jurídico es distinto. Hace cerca de setenta años que la jurisprudencia ha consagrado la responsabilidad extracontractual del Estado, por los actos, hechos u omisiones de los agentes públicos. Pero lo que parece haber olvidado es que hay una pluralidad de sujetos constreñidos a la obligación de indemnizar un mismo daño. El art. 1112 del Código Civil no prevé sólo la responsabilidad del órgano frente al Estado para asegurar a éste la acción de *in rem verso*; sino también la responsabilidad del funcionario frente al administrado. Por lo tanto, la responsabilidad del funcionario como la del Estado coexisten.

En el actual sistema de demandas contra la Nación, la antigua ley 3952 modificada por la ley 11.634, no ha tomado el cuidado de asegurar la coordinación de ambas responsabilidades. El Estado es condenado a indemnizar al damnificado. Pero los verdaderos causantes del juicio quedan en el anonimato y, muchas veces, en la impunidad, porque el Estado no siempre se preocupa por sancionar patrimonialmente a los agentes responsables. De esta forma, nuestro sistema de control sobre la gestión pública de la Administración, carece de uno de los mecanismos más importantes: la posibilidad de que se conozca a quién corresponde imputar las responsabilidades públicas.

Y como señalaba Hauriou, frente a una situación similar del derecho francés: “No se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad. Si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que el funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios” (*La jurisprudencia administrativa de 1892 a 1929*, tomo I, París 1929, p. 649).

El objeto de modificar el estado de cosas antes descrito es obtener la condena conjunta del Estado y de los funcionarios culpables que hayan sido oportunamente individualizados, citándolos como terceros, aunque no hayan sido demandados por los damnificados. Si no hubiere certeza respecto de dicha individualización, el proyecto prevé la realización de una investigación en la respectiva área administrativa, trámite que no paralizará ni incidirá sobre la actuación judicial, pero que tiende a asegurar que la Administración continúe las actuaciones para lograr la sanción patrimonial de los agentes responsables.

## **XI. Apéndice**

PROYECTO DE LEY (Expte. N° 6968 - D - 2006)

El Senado y Cámara de Diputados, ...

LEY DE BASES SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

### **I. Trámite Legislativo**

#### **Artículo 1. Concepto**

La presente ley de bases tiene por objeto establecer el marco normativo dentro del cual debe desenvolverse la legislación en materia de responsabilidad del Estado Federal.

#### **Artículo 2. Ley de Bases de Responsabilidad del Estado**

Todo lo relacionado con la Responsabilidad del Estado Nacional se adecuará a la presente ley, al igual que el régimen jurídico de la Administración Pública Nacional.

#### **Artículo 3. Objeto**

El objeto de la presente ley de bases es evitar que el legislador rebase o desconozca los principios fundamentales de la Constitución Nacional en cuanto a los derechos de los individuos en su relación con el Estado, e impedir que otro órgano de gobierno así lo haga.

#### **Artículo 4. Congruencia de las demás leyes**

Las leyes y normas de cualquier jerarquía que se dicten en el futuro sobre temas de responsabilidad del Estado Nacional deberán ser compatibles con la presente.

#### Artículo 5. Temas comprendidos

En particular, se adecuará a las prescripciones de la presente ley todo lo relacionado con la Responsabilidad del Estado como consecuencia de expropiaciones, contratos y concesiones administrativas, y actos de los funcionarios públicos.

#### Artículo 6. Límites

Ninguna cuestión relacionada con la responsabilidad del Estado prevista en la presente ley podrá ser alterada por el Poder Ejecutivo por medio de Decretos Reglamentario, ni Decretos Autónomos, ni Decretos Delegados, ni Decretos de Necesidad y Urgencia.

#### Artículo 7. Delegación

Todo lo relacionado con la responsabilidad del Estado sólo podrá ser objeto de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que este Congreso establezca, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional. La caducidad resultante del transcurso del plazo legislativo no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

#### Artículo 8. Sesión especial

Cualquier reforma legislativa relacionada con la responsabilidad del Estado sólo podrá tratarse en una sesión de cada Cámara especialmente convocada al efecto, y con previa y amplia publicidad.

#### Artículo 9. Tratamiento en Comisiones

En igual sentido, en el caso del artículo anterior, cada vez que una Comisión Permanente o Especial de cualquiera de ambas Cámaras, o bicameral, deba tratar un tema de los previstos en la presente ley, será convocada a una reunión especial, con previa y amplia publicidad.

#### Artículo 10. Publicidad de reuniones

A fin de dar cumplimiento a lo normado en los artículos anteriores, cuando deban tratarse temas relacionados con esta ley de bases, se hará cono-

cer por medio de la prensa la fecha y hora de reunión de las respectivas comisiones, como así también de la sesión especial de cada Cámara, con una antelación no inferior a treinta (30) días corridos.

#### Artículo 11. Participación de entidades

Las entidades públicas o privadas, civiles, políticas, sindicales, cámaras empresarias u organizaciones no gubernamentales, que tengan interés en el tema a tratar, podrán formular sus opiniones por escrito hasta quince (15) días antes de la reunión de la respectiva comisión. Todas las reuniones de comisión serán públicas, y las entidades antedichas podrán enviar un representante que explique lo expuesto por escrito en no más de cinco (5) minutos, salvo que la mayoría de los legisladores presentes admitan un tiempo mayor. Además, podrá contestar las preguntas que se le formulen por los legisladores presentes.

Artículo 12. Límites al Poder Ejecutivo. Resguardo del patrimonio nacional. Tribunales Internacionales.

El Poder Ejecutivo no podrá efectuar transacciones ni acuerdos de ningún tipo en los que resulte afectado el patrimonio nacional, sin previo y expreso acuerdo del Congreso.

Tampoco podrá someter a la República Argentina a la jurisdicción de Tribunales Internacionales sin previo y expreso acuerdo del Congreso.

## II. Responsabilidad del Estado

#### Artículo 13. Condiciones y Requisitos.

Para que el Estado sea responsable se requiere que exista: a) daño; b) un hecho humano o de las cosas, o acto administrativo legítimo o ilegítimo, productor del daño; c) una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el daño que se alega; d) que el acto causante del daño pueda reputarse, directa o indirectamente, a la administración.

#### Artículo 14. Responsabilidad de los funcionarios públicos.

Cuando, como consecuencia de la responsabilidad del Estado se hayan promovido acciones contra el mismo, en la contestación de la demanda,

el ministerio respectivo deberá individualizar al o a los funcionarios a quienes se imputan los actos, hechos u omisiones materia del juicio y solicitará que sean citados como terceros de intervención obligada, en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El juez interviniente deberá proceder a caratular las actuaciones con la correspondiente anotación de los funcionarios individualizados.

La citación del tercero suspenderá el procedimiento hasta su comparecencia o hasta el vencimiento del plazo que se le hubiere señalado para comparecer.

En todos los supuestos, la sentencia dictada después de la intervención del tercero, o de su citación en su caso, lo afectará como a los litigantes principales.

Si al tiempo de contestarse la demanda no hubiere certeza respecto de la individualización de los funcionarios a quienes se imputen los actos hechos u omisiones materia del juicio, el ministerio así lo informará al juez interviniente y procederá a abrir una investigación sumaria tendiente a lograr dicho objetivo. La investigación administrativa no paralizará la actuación judicial. De la decisión administrativa recaída, una vez firme, se dará intervención al Tribunal de Cuentas de la Nación, a los efectos del pertinente juicio de responsabilidad.

#### Artículo 15. Extensión de la responsabilidad.

Declarada la responsabilidad de la Nación y del o de los funcionarios que hayan sido litis-consortes pasivos en el juicio, luego de excluidos los bienes de estos últimos, el Estado responderá por el todo, en caso de que el o los funcionarios condenados hubieren resultado insolventes por sus porciones viriles en la deuda.

#### Artículo 16. Responsabilidad Objetiva.

La responsabilidad objetiva del Estado incluye el daño material pecuniariamente apreciable, por acción u omisión, por actos o hechos, tanto de origen contractual como extracontractual, ya sea que el Estado haya actuado como persona de Derecho Público o de Derecho Privado, por actos

lícitos como ilícitos, provenientes de hechos humanos o de las cosas, en forma directa o indirecta; el ocasionado legítimamente, como también el que sea consecuencia de dolo, culpa o negligencia de un funcionario público, ya sea que dependa del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial de la Nación.

#### Artículo 17. Amplitud.

La responsabilidad comprende la actuación del Estado en materia de obra pública, servicios públicos, ya sea por su prestación regular como irregular, por expropiación, ocupación temporánea, requisiciones, des-afectación de vías públicas, revocación de actos administrativos, indemnización a propietarios de animales sacrificados, actos de universidades nacionales, actos discriminatorios de cualquier funcionario nacional, reformas constitucionales, reformas legislativas, cobros indebidos o excesivos de impuestos nacionales u omisiones de la administración pública.

La responsabilidad incluye los actos legislativos y/o ejecutivos, y los actos de entes autárquicos y empresas del Estado.

Asimismo, incluirá los errores judiciales, sean de índole patrimonial o extrapatrimonial, por cuestiones de carácter civil, comercial, administrativo, o penal, por sentencias o medidas cautelares.

La responsabilidad del Estado comprende los daños producidos por acción u omisión del ejercicio del poder de policía del Estado, en particular por adoptar o no adoptar las medidas preventivas y/o represivas adecuadas ante cortes de rutas, puentes, vías navegables o de comunicación de todo tipo, o el acceso a lugares públicos o privados, aeropuertos, empresas, representaciones diplomáticas extranjeras, paseos públicos, instituciones educativas de cualquier nivel, o cualquier lugar en el que algún individuo tenga legítimo derecho de transitar o ingresar.

La responsabilidad del Estado será efectiva sin tenerse en cuenta el derecho o supuesto derecho invocado por quienes hayan realizado esas acciones, salvo que el perjudicado hubiera participado de algún modo en las mismas.

También será civilmente responsable el Estado por los actos delictivos que se hayan cometido y que no se haya podido identificar al autor, o que nadie haya sido condenado por el mismo.

Asimismo, incluye los actos dañosos realizados por la participación o inacción de funcionarios nacionales de cualquier jerarquía, por haberlos fomentado o tolerado.

La responsabilidad del Estado no excluye ni limita la que pudiera corresponder a los funcionarios o particulares por sus acciones u omisiones.

Artículo 18. Eximentes.

El Estado Nacional estará eximido de responsabilidad en casos de fuerza mayor, siempre que la misma sea exterior al Estado, imprevisible e irresistible, o que se haya producido por culpa de la víctima.

III. Garantías a los administrados

Artículo 19. Principios Constitucionales que deberán aplicarse

La responsabilidad del Estado Nacional tendrá como bases fundamentales el respeto de los principios constitucionales y los derechos individuales, en especial los de igualdad, propiedad, y derechos adquiridos.

Artículo 20. Igualdad.

Se garantizará a los administrados un tratamiento correcto e igualitario y común ante todos los órganos de la Administración pública

Artículo 21. Categorías.

El principio de igualdad señalado en el artículo anterior no impedirá que se reconozcan categorías entre los administrados, siempre que la conformación e integración de tales categorías cumpla con los principios de razonabilidad y equidad.

Artículo 22. Razonabilidad y equidad.

Los actos administrativos no podrán alterar los principios, las garantías, ni la sustancia de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en la presente ley, ni el espíritu de estas normas. En particular, deberá tenerse presente lo establecido por el artículo 28 de la Constitución en

cuanto a que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

La equidad será base prioritaria de todo el sistema administrativo argentino.

#### Artículo 23. Eficiencia.

La eficiencia debe imperar en el sistema administrativo nacional. Ninguna acción u omisión de la administración o de los funcionarios que la integran debe producir distorsiones en la economía, ni afectar el crecimiento de la misma o el bienestar de los individuos. Una ley penal deberá tipificar las conductas y las correspondientes penas a aplicar por razones de ineficiencia en el desempeño de las funciones.

#### Artículo 24. Simplicidad.

El Congreso procurará avanzar en la simplificación del sistema administrativo vigente. En particular, se tratará siempre de facilitar a los administrados el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, evitando todo lo que signifique trámites o complejidades innecesarias, facilitando los soportes informáticos correspondientes.

#### Artículo 25. Invitación al Poder Ejecutivo Nacional y a los Gobiernos Provinciales.

El Congreso se dirigirá al Poder Ejecutivo Nacional a fin de invitarlo a remitir proyectos de ley de conformidad con los principios antes señalados, y adaptar todas sus disposiciones reglamentarias a los mismos.

Otro tanto se hará con respecto a los Gobiernos de las Provincias, a los que estimulará también para avanzar en tales principios, y en leyes convenio con el Gobierno Nacional y con otras Provincias.

#### Artículo 26. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. ♦



# EL ARBITRAJE EN ARGENTINA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE SU CORTE SUPREMA

POR JULIO CÉSAR RIVERA (\*)

SUMARIO: I. Naturaleza del arbitraje. — II. Autonomía de la cláusula arbitral. — III. Conflictos de competencia: límites al principio competencia/competencia. — IV. Interpretación de la cláusula arbitral. — V. Arbitraje y cuestiones constitucionales. — VI. El Estado como parte del arbitraje. — VII. Arbitraje de derecho o de amigables compondores. — VIII. Recursos contra laudos arbitrales. Remisión. — IX. Recursos en caso de laudos obligatorios. — X. Alcance de los recursos y eficacia de las renunciaciones a ellos. — XI. Recurso extraordinario directo contra el laudo: una vuelta a los buenos principios (¿o no?) . — XII. Arbitraje y fuero de atracción de la quiebra y el concurso preventivo. — XIII. La retribución de los árbitros. — XIV. Conclusiones

Es ya un lugar común afirmar que el arbitraje viene tomando un desarrollo cada vez mayor como medio de resolución de conflictos, tanto en el ámbito del comercio internacional, cuanto en conflictos domésticos y en las controversias entre Estados soberanos e inversores. Los centros que administran arbitrajes se multiplican, algunos tienen una proyección casi universal, como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI cuyas estadísticas exhiben el crecimiento del número de las causas y su magnitud.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 14 de junio de 2007.

Ahora bien; más allá de ciertas tentativas doctrinarias de obtener el reconocimiento de un arbitraje absolutamente deslocalizado, lo cierto es que el arbitraje —aun el internacional— tiene necesariamente un punto de contacto con un Estado y con su legislación; ese Estado es normalmente el de la sede del arbitraje (1). Y de allí surge que la ley de ese Estado en el cual tiene su sede el arbitraje es la que regirá los recursos que pueden interponerse contra el laudo arbitral.

Pero el control estatal sobre el arbitraje no se limita a ello, pues es posible que se pretenda ejecutar el laudo en otro Estado distinto al de la sede, con lo cual se atribuye la potestad de control de la regularidad del procedimiento y de eficacia del laudo al juez del Estado en el que tal ejecución se pretende.

No está de más señalar que —además— es muy frecuente que durante el trámite del arbitraje o aun antes de que este comience, se intente llegar a las cortes estatales para de algún modo excitar su competencia en detrimento de la jurisdicción arbitral (2).

De modo pues que existe un diálogo permanente entre las cortes estatales y el arbitraje, y de la actitud de estas cortes estatales depende esencialmente que un país sea o no reconocido como una sede confiable para desarrollar un arbitraje, o eventualmente para ejecutar en él un laudo extranjero.

Por ello es que aunque el arbitraje se desenvuelve en un ambiente privado, no estatal, siga siendo tan importante el conocimiento de la jurisprudencia estatal.

En ese entendimiento es que hemos decidido para esta exposición, comentar decisiones de la Corte Suprema Argentina que en más de 125 años

---

(1) La importancia de la elección de la sede es destacada por toda la doctrina: POUURET, Jean-François - BESSON, Sébastien, "Droit Comparé de l'arbitrage international", Bruylant-LGDJ-Schultess, Zurich, 2002., n° 2.1, pág. 83; PARODI, Victor Gustavo, "La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un 'sistema de congruencias'", Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, Año II, 2003, No. 4, p. 49 y sgts.; BOND, Stepehn R., "How to draft an arbitration clause", Journal of International Arbitration, vol. 6, n° 2 (1989), pág. 72; JARVIN, Sigvard, "Le lieu de l'arbitrage", Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage CCI, vol. 7/2, pág. 54, n° II, pág. 55.

(2) V. RIVERA, Julio César, "Interferencias judiciales en el arbitraje", LA LEY, 06/12/06,1.

han versado sobre la materia, ponderándolas a la luz de la jurisprudencia y doctrina internacionales.

## **I. Naturaleza del arbitraje**

### *A) Fuente contractual*

Es un lugar común en la doctrina afirmar que la fuente del poder de los árbitros es el contrato (3), por el cual las partes someten un conflicto existente o que pueda surgir en el futuro, a la decisión de árbitros. De modo que es en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes sujetan su controversia al arbitraje y esta es la fuente del poder de los árbitros para resolver la controversia.

Nuestra Corte, muy adecuadamente ha reconocido el origen contractual del arbitraje en muchísimas oportunidades. Así, ha precisado bien que tratándose de la función arbitral, la justificación de dirimir un conflicto debe encontrarse en una doble convención: entre las partes, por un lado, y entre el árbitro y las partes, por otro (4).

### *B) Atribución de la jurisdicción*

Al mismo tiempo ha reconocido que ese contrato entre las partes atribuye a los árbitros el ejercicio de la jurisdicción.

Y por ello, en el caso J.C. Roca citado antes, ha dicho que “*aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos...*”

Esta no es una conclusión novedosa, pues la naturaleza jurisdiccional del arbitraje está aceptada por la Corte Suprema argentina desde el siglo

---

(3) Ese contrato, como se verá más adelante, tiene por uno de sus efectos principales desplazar la jurisdicción judicial; al respecto la Corte Suprema argentina ha resuelto que “La garantía de los jueces naturales y el principio según el cual la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia, no es óbice a la jurisdicción arbitral con fundamento convencional”: CSN, 6.11.63, Banco Sirio Libanés del Río de la Plata, Fallos 257:105, con cita al pie de antecedentes en Fallos 250:61, 87 y 408. La posibilidad de pactar el arbitraje tiene fundamento en el art. 1197 del Código Civil: con su cita explícita: CNCiv., sala J, 27.4.04, Bollini, Carlos A. c. Dunar Interiores SRL y otro, ED 208-42.

(4) CSN, 11.11.97, Yacimientos Carboníferos Fiscales s/tribunal arbitral, Fallos 320:2379; también reconociendo el origen convencional: CSN, 31/5/1999, J.C. Roca c. Consultara S.A., Fallos 322:1100.

XIX (5), y ha sido ratificada en los casos que ha dirimido conflictos de competencia entre la justicia “judicial” y la “arbitral” (6).

También lo ha sostenido la Corte Suprema en muchos otros fallos que han tratado el tema de los recursos contra el laudo. En esta orientación ha dicho la Corte Suprema “no procede la vía del art. 14 de la ley 48 respecto de las decisiones de la *jurisdicción arbitral* libremente pactada por los interesados, pues ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los contemplados por las respectivas leyes procesales, a través de los cuales ha de buscarse remedio a los agravios ocasionados por el laudo pertinente” (7). En la misma orientación se encuentra el dictamen del Procurador General de la Nación en la causa YPF c. Sargo, en el que argumenta que sería absurda la apelabilidad de los laudos si no fueran el resultado del ejercicio de la jurisdicción (8).

En conclusión, para la Corte la actividad de los árbitros resulta sustancialmente equiparable a la fundamental que cumplen los órganos judiciales, e incluso en determinados casos agota la función de éstos.

En la misma línea, un voto del juez de la Corte Suprema de la Nación Dr. Tomás Casares dijo: “*Que las sentencias arbitrales regularmente pronunciadas tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales. Lo que la ley permite someter a árbitros es como si se sometiera al juicio de los jueces con quienes se constituye en el Estado la Autoridad o Poder Judicial. Las sentencias de los árbitros hacen cosa juzgada, con todos sus efectos. Y todos los efectos de la cosa juzgada provienen de que es un acto de autoridad en sentido propio y riguroso. La autoridad de los árbitros es, en este orden de consideraciones, análoga a la de los jueces. Y la de unos y otros consiste en ser ejecutores de la autoridad de la ley*” (9).

---

(5) CSN, Bruce c. De las Carreras, Fallos 22:371 (año 1880).

(6) CSN, 1-11-88, “S.A. La Nación y otra c. S.A. La Razón Editorial E.F.I.C. y A.”, Fallos 311:2223; ídem, 10-11-88, “Nidera Argentina S.A. c. Elena G. Rodríguez Álvarez de Canale”, Fallos 311:2300.

(7) CSN, Fallos 118:247; 237:392; 241:203; 250:408; 255:13; 274:323; 296:230; 306:455.

(8) CSN, 27.12.74, YPF c. Sargo, Fallos 290:458, JA 20-1975-115 (del dictamen del Procurador publicado junto con la sentencia).

(9) Voto del Dr. Casares en CSN, 5.3.53, Susana Carlota Pacheco Santamarina de Bustillo c. Café Paulista, Fallos 225:135; en la misma orientación el voto de los jueces Fayt y Petracchi en CSN 5.11.02, Meller Comunicaciones S.A. U.T.E c/ Empresa Nacional de telecomunicaciones”, Fallos 325:2899.

*C) La jurisdicción arbitral no afecta la exclusividad de la jurisdicción judicial*

Nuestra Constitución no establece de manera explícita la exclusividad de la jurisdicción judicial —salvo en el artículo 116 con relación a ciertas causas y sobre cuya interpretación tratamos más adelante— ni reconoce la existencia de la jurisdicción arbitral salvo por una referencia circunstancial en el artículo 14 bis a la solución de conflictos gremiales por árbitros. Pero sí reconoce la garantía de la defensa en juicio y del juez natural.

La Corte ha interpretado que la garantía del debido proceso y del juez natural suponen la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia; criterio que la Corte ha desarrollado con relación a los tribunales administrativos que, para ser constitucionales, deben admitir siempre un recurso ante los tribunales judiciales.

Pero nuestro máximo tribunal ha decidido que tales garantías no constituyen un óbice a la jurisdicción arbitral con fundamento convencional (10), de donde derivó como consecuencia que en el arbitraje voluntario son constitucionalmente válidas las renunciaciones a los recursos autorizadas por las leyes. Al respecto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que no pueden invocarse agravios de carácter constitucional cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente; tal ocurre cuando se invoca violación del derecho de defensa por ser inapelable ante la justicia el laudo dictado en la jurisdicción arbitral libremente pactada por el interesado (11).

Ello alcanza al recurso extraordinario que, como cualquier otro recurso, es renunciable sin mengua alguna de la garantía de defensa en juicio ni de otras garantías constitucionales (12).

Conviene también retener, como argumento corroborante, que en derecho argentino, la doble instancia no constituye una garantía constitucional (13).

---

(10) CSN, 6.11.63, Banco Sirio Libanés del Río de la Plata, Fallos 257:105.

(11) CSN, 30.7.74, UOM de la República Argentina (Secc. Formosa), Fallos 289:158.

(12) ANAYA, Jaime L., "Control judicial del arbitraje", LA LEY, 2004-B, 312.

(13) La doble instancia no configura exigencia constitucional cuya ausencia resulte lesiva de la garantía del debido proceso, a menos que una disposición legal la establezca expresamente. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en el caso, la que

Sin embargo, la Corte debió enfrentarse a otra arista de la cuestión que es la de los arbitrajes obligatorios, que tratamos más adelante.

*D) Esa jurisdicción es limitada*

Pero esa jurisdicción de los árbitros tiene sus límites, pues no es plena como la de los jueces. Es que la jurisdicción comprende el conocimiento, la decisión y la coerción (*imperium*). Los árbitros ejercen la jurisdicción en tanto conocen y deciden, pero no pueden ejecutar por sí mismos sus decisiones pues carecen de *imperium*; falencia que se suple con la colaboración de los jueces estatales.

Así lo ha decidido también la Corte Suprema de Justicia diciendo: “*Si bien cabe reconocer a los árbitros la facultad de decidir controversias, no por ello gozan de las mismas atribuciones que los jueces, toda vez que están desprovistos de aquellos elementos de la jurisdicción que son de la esencia del órgano del Estado*” (14).

Los criterios seguidos por la Corte Suprema argentina coinciden entonces con las opiniones doctrinarias, la jurisprudencia internacional, los reglamentos arbitrales y el derecho comparado.

## **II. Autonomía de la cláusula arbitral**

### A) Exposición del principio.

Bien se dice en la doctrina que la lucha por el arbitraje es la lucha por su autonomía: autonomía de la cláusula arbitral, autonomía del procedimiento arbitral, etc. (15).

---

desestimó la excepción de prescripción acogida en la instancia anterior y se pronunció sobre el fondo del litigio confirmando el rechazo de la demanda— no pueden ser objeto de recurso de reposición. Resulta aplicable la doctrina según la cual el debido proceso legal no se afecta por la falta de la doble instancia —la cual no es una exigencia constitucional— salvo cuando las leyes específicamente lo establecen, si no se está en presencia de un caso comprendido en el art. 8º, párrafo 2, inc. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica), o su equivalente, art. 14. ap. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas de jerarquía constitucional que, en el ámbito de su vigencia imponen como requisito el derecho al recurso (del voto del Doctor Petracchi): CSN, 5.9.00, Mallmann, Arturo J. y otro c. Ministerio del Interior, Fallos 323:2358.

(14) CSN, 11.11.97, Yacimientos Carboníferos Fiscales s/tribunal arbitral, Fallos 320:2739.

(15) RACINE, Jean Baptiste, “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Revue de l’arbitrage* 2005-305.

Ahora nos referimos a la primera: la autonomía de la cláusula arbitral que consiste en que su eficacia es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. En otras palabras, la ineficacia del contrato “principal”, sea genética (nulidad) o sobreviniente (resolución, rescisión), no causa la ineficacia de la cláusula arbitral. La convención arbitral, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la resolución de una eventual controversia.

Este principio es considerado una piedra basal del sistema de arbitraje internacional, extendiéndose al doméstico, y de acuerdo a lo expuesto, en los hechos significa que la nulidad o inexistencia del contrato no implica la invalidez o inexistencia de la cláusula arbitral fundado en que cuando las partes incluyen una cláusula de esta naturaleza están pretendiendo que todas las cuestiones —incluso la validez o nulidad del contrato— queden abarcadas por ella.

Esta calidad de la cláusula arbitral fue aplicada por la Corte Suprema en un antiguo precedente. Dijo allí la Corte que “*Establecido en una ley de concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral todas las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y los concesionarios, sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluida de las que debe someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes...*” (16).

Cabe reconocer en este punto que esta sentencia se adelantó en decenas de años a la elaboración doctrinaria de la autonomía de la cláusula arbitral.

Tal criterio fue abandonado por la misma Corte al resolver que habiéndose pactado el arbitraje para los casos en que la ejecución de los trabajos suscitara diferencias entre las partes, no procede resolver por ese medio, el caso en que se discute la rescisión y nulidad del contrato (17). Habiéndose resuelto también que el arbitraje no correspondía en un caso en que se lo había pactado para las “*cuestiones o diferencias acerca del cumplimiento de las obli-*

---

(16) CSN, Otto Franke y Cía c. Pcia. de Buenos Aires, 19.12.18, Fallos 128:402.

(17) CSN, 24.8.38, S.A. Empresa Constructora F.H.Schmidt c. Provincia de San Juan, Fallos 181:306.

*gaciones que este contrato imponga” a las partes; pero al mismo tiempo existía una cláusula por la cual el Poder Ejecutivo se reservaba la facultad de declarar la caducidad de la concesión por retardo en la ejecución. La Corte declaró, en ese caso, que la protesta de la empresa contra la caducidad de la concesión no quedaba sujeta al arbitraje en función de aquella reserva (18).*

El principal cuestionamiento a la autonomía surge de la sentencia dictada en un caso en el que una de las partes había propuesto un arbitraje ante la Cámara de Cereales con sustento en unos contratos de compraventa de cereales con garantía hipotecaria; y la demandada había entablado una demanda ante un tribunal judicial para que se declarara que tales contratos de compraventa eran simulados afirmando que constituían la cobertura de un mutuo con garantía hipotecaria. La juez de 1ª Instancia en lo Civil se declaró competente; también lo hizo el tribunal arbitral arguyendo que tenía competencia para resolver sobre su propia competencia con fundamento en distintos pronunciamientos de tribunales federales, opiniones doctrinarias muy autorizadas y el Reglamento UNCITRAL. La cuestión llegó entonces a conocimiento de la Corte la que siguió el dictamen del Procurador en el que se decía que *“Siendo la Bolsa de Cereales una asociación civil, su competencia solamente puede surgir del acuerdo entre partes claramente expresado... y no puede ir más allá y de los puntos sometidos al arbitraje, esto es los derivados pura y exclusivamente del contrato de compraventa de cereales... Corolario de ello (es) que si la primera cuestión a dilucidar consiste, precisamente, en establecer si es o no la naturaleza de la relación creada entre las partes, aunque se estime lícito haberla encubierto de ese modo, la materia litigiosa excede la competencia del tribunal arbitral y, por consiguiente, incumbe al Poder Judicial.”* (19).

Desde nuestro punto de vista la solución de este caso es muy negativa, pues claramente se afecta el principio de autonomía del convenio arbitral, ya que de acuerdo a la doctrina del fallo bastaría con plantear la simulación del contrato principal para excluir la competencia arbitral.

La cuestión de la autonomía se replanteó, muchos años después, en un caso resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial pero que además llegó a conocimiento de la Corte Suprema de la Nación. Se trataba de un contrato de distribución en el que se había pactado un arbitraje ICC en México pero la parte argentina promovió demanda ante el juez nacio-

---

(18) CSN, 12.5.1914, Fisco Nacional c. The Metropolitan Railway of Buenos Aires Limitada, Fallos 119:31.

(19) CSN, 10.11.88, Nidera SA c. Rodríguez Alvarez de Canale, Elena, citado en nota 6.



nal arguyendo que estando resuelto el contrato no aplicaba la cláusula arbitral. La Cámara de Apelaciones argumentó que la interpretación propiciada no se compadecía en modo alguno con el texto de la cláusula arbitral, que preveía la designación de árbitros para dirimir cualquier conflicto o reclamación que “*resulte...*” o “*se relacione*” con el contrato, siendo evidente que el reclamo orientado a lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios que se habrían producido por la rescisión del convenio se relaciona directamente con el contrato.

De lo cual consideró el tribunal mercantil que era fatal concluir que debía aplicarse al caso la cláusula de referencia en tanto el propio contrato dispuso que “*la terminación del presente contrato no dejará sin efecto ...ninguna disposición del mismo que esté prevista para aplicarse después de dicha terminación...*” (20).

Como decíamos la cuestión llegó a la Corte Suprema; el dictamen del Procurador General de la Nación propició la revocación de la sentencia; el Tribunal no aceptó el criterio del Procurador, pero insólitamente no atendió al tema central —la subsistencia de la cláusula aun en caso de resolución del contrato— sino que entró a ponderar si el proceso arbitral se hallaba o no atraído por el concurso preventivo de la parte argentina, a lo que respondió negativamente. De suerte que la sentencia de Cámara que tan claramente se había expedido a favor de la autonomía de la cláusula arbitral, fue confirmada pero sin que la Corte realmente hubiera argumentado sobre la cuestión de fondo (21).

Con lo cual la Corte perdió la oportunidad de dar un respaldo más explícito a la autonomía de la cláusula arbitral y con ello al viejo precedente de la causa Franke.

### **III. Conflictos de competencia: límites al principio competencia/competencia**

#### *A) El principio competencia - competencia*

Existe coincidencia universal en el sentido de que quien debe resolver sobre la competencia del tribunal arbitral es el mismo tribunal arbi-

---

(20) CNCom., sala D, Bear Service c. Cervecería Modelo SA, 22.2.02, LA LEY. 2002-D, 7, ED 197-554.

(21) CSN, 5.4.05, Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A., LA LEY, 2005-D, 158, con nota de Julio César Rivera.

tral (22), principio esencial del arbitraje (23) que se expresa bajo la fórmula “competencia-competencia” (24).

Este principio ha sido deducido de la idea de autonomía del acuerdo arbitral del cual emanan dos consecuencias: la positiva, que es la atribución de competencia al tribunal arbitral; la negativa, que consiste en que los tribunales estatales deben excluirse del conocimiento de las causas cuando estuviere pactado un acuerdo arbitral que las comprenda.

Ahora bien; para que la decisión arbitral sea válida, es preciso que el acuerdo arbitral sea válido; por lo que bastaría con que una de las partes cuestionase esa validez de la cláusula arbitral para que el tribunal debiera excluirse del conocimiento. Para evitar ello es que la doctrina elaboró, y las legislaciones locales y las fuentes internacionales reconocieron, este principio competencia-competencia, que admite que el tribunal arbitral sea el competente para juzgar sobre su propia competencia, atribuyéndole a la vez la posibilidad de juzgar la validez o invalidez del acuerdo arbitral.

De modo pues que el principio competencia-competencia se extiende en dos planos, en tanto legitima al tribunal arbitral para resolver:

- sobre la validez del acuerdo arbitral;
- sobre si la causa está comprendida o no en el acuerdo arbitral.

Este es el denominado *efecto positivo* del principio.

Autores de universalmente reconocido prestigio apuntan que el principio competencia / competencia importa atribuir al tribunal arbitral la posibilidad de resolver sobre su propia competencia, sujeto ello a revisión judicial *posterior*.

---

(22) Ya fue expresada en la Convención Europea de 1961, art. 5.3); también está recogida en la Convención de Washington de 1965 (art. 41).

(23) Toda la doctrina reconoce este carácter de principio esencial: v. GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, “Arbitraje”, Porrúa, México, 2004, págs. 134/135.

(24) Es bastante común ver expresada esta fórmula en alemán (Kompetenz-Kompetenz), pero ello es paradójal porque enseñan los más prestigiosos autores que el derecho alemán limitaba el alcance del principio; mientras que en Francia (compétence de la compétence) fue recogido por la jurisprudencia desde 1949: FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, “On International Commercial Arbitration”, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer, the Netherlands, 1999, n° 651, pág. 396.

De este modo se afirma que la regla que venimos estudiando no atribuye al tribunal arbitral la *exclusividad*, sino la *prioridad*(25) para decidir sobre la competencia.

Ahora bien; puede perfectamente suceder que una de las partes de la disputa ocurra ante un tribunal estatal para que entienda en ella; o que por las vías que establezca la legislación procesal pretenda un pronunciamiento de la corte estatal que importe afirmar la competencia de ésta o la incompetencia del tribunal arbitral.

En esas hipótesis, para que la *prioridad* del tribunal arbitral se haga realidad, los tribunales judiciales deberían abstenerse de atender cuestiones de competencia antes de que exista un pronunciamiento del tribunal arbitral salvo que la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral, o su inaplicabilidad al caso, fueran evidentes.

Esto es lo que se define como el efecto negativo del principio competencia / competencia (26) y su reconocimiento y alcance depende de las leyes estatales locales o de su práctica judicial

#### *B) El principio competencia/competencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema*

Los Códigos Procesales contemplan la hipótesis de conflicto positivo de competencia; en tal situación, el entuerto será resuelto por el superior común a todos los jueces que afirman su competencia. En ciertos casos será la Cámara de Apelaciones (si la cuestión se plantea entre dos jueces del mismo fuero) y en otros casos, esto es, cuando se plantee entre jueces de distinta jurisdicción territorial (jueces de distintas provincias o un juez federal y un juez local), será la Corte Suprema de Justicia de la Nación la llamada a resolver como único superior común.

El fundamento normativo de tal atribución se encuentra en el dec.-ley 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587) que establece la organización de la Justicia Nacional, y cuyo artículo 24 dispone que la Corte Suprema conocerá...

---

(25) FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, ob. cit., n° 659 y 660, a partir de pág. 400.

(26) La idea del efecto negativo y positivo del principio está desarrollada por FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, ob. y lug. cit.; v. también BESSON, Sébastien, "Chronique de jurisprudence étrangère", Revue de l'arbitrage, 2005- 1071, n° I-A), pág. 1072.

(inc. 7): “*De las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos...*” (27).

La Corte ha extendido esta solución a los conflictos positivos de competencia entre los tribunales judiciales y los tribunales arbitrales (28).

Pero el modo en que ha resuelto tales conflictos no puede entenderse, a pesar de cierto entusiasmo de la doctrina, como un real sustento al principio competencia/competencia.

En efecto: hemos dicho ya que la solución dada en el caso Nidera —en el que se había planteado una cuestión de competencia entre un tribunal arbitral y un tribunal judicial— importó un claro desconocimiento de la autonomía de la cláusula arbitral, pues planteada la simulación de los contratos de compraventa de cereales, la Corte siguió el dictamen del Procurador en el que se decía que “*Siendo la Bolsa de Cereales una asociación civil, su competencia solamente puede surgir del acuerdo entre partes claramente expresado... y no puede ir más allá y de los puntos sometidos al arbitraje, esto es los derivados pura y exclusivamente del contrato de compraventa de cereales... Corolario de ello (es) que si la primera cuestión a dilucidar consiste, precisamente, en establecer si es o no la naturaleza de la relación creada entre las partes, aunque se estime lícito haberla encubierto de ese modo, la materia litigiosa excede la competencia del tribunal arbitral y, por consiguiente, incumbe al Poder Judicial.*” (29)

Reiteramos entonces que este fallo de la Corte es sensiblemente negativo, pues si bien no rechaza explícitamente que el tribunal arbitral resuelva sobre su propia competencia, revisa lo decidido por éste admitiendo una defensa fundada en la presunta nulidad por simulación del contrato en el que la cláusula arbitral está incluida. Con lo cual la doctrina que emana

---

(27) Conf. CAIVANO, Roque, “Una singular cuestión de competencia. A propósito de un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral, LA LEY, 1990-A, 419.

(28) CSN, 1.11.88, “La Nación SA c. La Razón SA”, con nota de O’FARRELL, Ernesto, “Un fuerte espaldarazo al arbitraje”, LA LEY, 1989-B, 476; ídem, 10.11.88, Nidera SA c. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena, LA LEY, 1990-A, 419, con nota de CAIVANO, Roque, “Una singular cuestión de competencia. A propósito de un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral”; también en ED 138-288, con nota de RADZYMINSKI, Alejandro O. P., “Conflictos de competencia entre jueces y árbitros”.

(29) CSN, 10.11.88, Nidera SA c. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena, citado.

del precedente Nidera es que bastará a la parte con cuestionar la naturaleza del contrato o invocar su nulidad para que la competencia se desplace al poder judicial, lo cual afecta la autonomía de la cláusula arbitral.

En el caso La Nación SA c. La Razón SA la Corte no se expide de manera concreta sobre la atribución del tribunal arbitral para resolver sobre su propia competencia, sino que se limita a interpretar la ley de concursos, con lo que llega a la conclusión de que la apertura del concurso preventivo no obsta a la constitución del tribunal arbitral (30); sobre la relación entre el arbitraje y los concursos volvemos más abajo.

Siguiendo con el examen de los pronunciamientos de la Corte en esta materia, cabe reconocer que el precedente Energomachexport es relativamente importante.

Es que en el considerando 5° del voto de los Dres. Vázquez y Boggiano en la causa “Energomachexport” (31) se lee que *“una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del estado y la jurisdicción arbitral permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las partes para la solución de sus controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen...”*

Tal afirmación da pie a lo que se dice en el considerando 6°: *“...Que, por último, el principio de coordinación antes enunciado también justifica la subordinación arbitral al imperio jurisdiccional del Estado, pues es una norma internacionalmente reconocida que el tribunal arbitral pueda decidir las cuestiones suscitadas sobre su propia competencia, siendo revisables estas decisiones por el tribunal estatal competente (art. 16 ley modelo de arbitraje comercial internacional)”*.

Se advierte entonces que estos votos reconocen explícitamente la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia; así como la atribución de los tribunales judiciales para revisar lo resuelto en esta materia, lo que se fundamenta ya no en la legislación interna sino en una norma internacional, recogida por ello en el artículo 16.3 de la Ley

---

(30) CSN, 1.11.88, “La Nación SA c. La Razón SA”, citado.

(31) CSN, 11.7.96, “Energomachexport SA c. Establecimientos Mirón SA, con nota de CAIVANO, Roque, “Un nuevo respaldo de la Corte al Arbitraje”, LA LEY, 1997-A, 7. Fallos 319: 1287.

Modelo Uncitral que prevé el recurso ante el tribunal judicial respecto de la resolución de los tribunales arbitrales sobre su propia competencia.

De todos modos la importancia del precedente es relativa, pues ese considerando pertenece al voto de los dres. Boggiano y Vázquez, mientras que los restantes jueces se limitaron a seguir el criterio del Procurador sobre la atribución de competencia a favor del tribunal arbitral por aplicación de la normativa concursal.

*C) Límites al principio competencia/competencia*

Finalmente es necesario señalar que el criterio de la Corte Suprema es visto por la doctrina especializada como una severa limitación para el arbitraje, juicio de valor que se sustenta en advertir que el encuadre de la cuestión como conflicto de competencia tiene como primer efecto suspender el trámite del arbitraje.

Recordemos que este principio importa no sólo que los árbitros tienen competencia para resolver sobre su propia competencia, aun cuando esté planteada la ineficacia de la cláusula arbitral, sino que lo hacen *prioritariamente* con relación a las cortes estatales.

En otras palabras: el principio competencia/competencia no excluye el control judicial sobre lo decidido por los árbitros acerca de la competencia, sino que la resolución de los árbitros ha de ser previa a cualquier intervención judicial, por lo que cualquier acción para que los jueces se pronuncien sobre el mismo tema no debería suspender el arbitraje.

Como decíamos, el criterio de la Corte desconoce esta idea.

Es que:

- no reconoce ninguna prioridad a los tribunales arbitrales;
- ni aun cuando este ya estuviera constituido y actuando;
- y encuadrada la cuestión como conflicto positivo de competencia, se produce la suspensión del procedimiento arbitral hasta tanto la Corte Suprema se pronuncie (32), lo que puede suceder varios años después.

---

(32) Art. 12 CPCCN: Durante la contienda ambos jueces suspenderán los procedimientos sobre lo principal...

Con lo cual un litigante que quiere sabotear el arbitraje solo debe encontrar un juez estatal que esté dispuesto a afirmar su competencia para generar un retraso enorme al procedimiento (33).

#### IV. Interpretación de la cláusula arbitral

La doctrina y la jurisprudencia argentina están de acuerdo en que la cláusula arbitral importa una prórroga o sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían los tribunales del Poder Judicial que es transferida a jueces particulares que sustanciarán y decidirán las contiendas que se sometan a su consideración (34); por ello, desde muy antiguos pronunciamientos la Corte Suprema afirma que la arbitral es una jurisdicción de excepción y las cláusulas de la ley o del contrato que la establecen deben interpretarse restrictivamente (35), criterio que se ha extendido a las jurisdicciones inferiores de manera constante (36). Lo que ha ratificado hace poco tiempo al resolver que “...*la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva en razón de la excepcional competencia que le es confiada y que le permite conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, les correspondería decidir a los jueces...*” (37).

Bajo ese prisma de la interpretación restrictiva se ha resuelto:

- que las disposiciones legales que autorizan el sometimiento a árbitros de las cuestiones que se susciten durante el curso de la ejecución o antes de la entrega de la obra, sobre la calidad o preparación de los materiales y sobre vicios de construcción, no permiten hacer extensiva la jurisdicción arbitral a otras diferencias que, aunque originadas en el cumplimiento del contrato, no revisten un carácter exclusivamente técnico, como son el de-

---

(33) GRIGERA NAON, Horacio, “Competing Orders Between Courts Of Law And Arbitral Tribunals: Latin American Experiences”, en *International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner*, ICC, Paris, 2005, pág. 335, en particular pág. 341.

(34) Del voto del Dr. Boggiano en CSN, 17.11.94, *Color c. Max Factor*, Fallos 317:1527.

(35) CSN, 18.4.21, *Don Benedicto Serpe c. Gobierno Nacional*, Fallos 133:413; *CNCom.*, sala E, 14.6.00, *Wittman de Manukian, Anba, c. Preiti, Carlos A y otro*.

(36) *CNCiv.*, sala A, 13.6.72, *Vialco S.A. c. El Fletero S.R.L.*, LA LEY, 152-505, sum. 30558-S.

(37) CSN, 8.5.07, *Techint Compañía Técnica Internacional SA c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y otro*, JA 2007-II-Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27.6.07. pág. 78.

recho del contratista a reclamar intereses sobre el importe de los certificados cuyo pago le haya sido demorado y tipo de dichos intereses y derecho del mismo a exigir indemnizaciones (38);

- que la cláusula arbitral establecida en el contrato entre el constructor del puerto de Dock Sud y el Fisco que sometía a arbitraje las cuestiones que pudieran surgir relativas a la manera de cumplir las obligaciones que la ley de concesión le imponía, no era aplicable al caso en que se debatía la pretensión de la concesionaria de estar excluida de los derechos de aduana (39);

- que habiéndose pactado el arbitraje para los casos en que la ejecución de los trabajos suscitara diferencias entre las partes, no procede resolver por ese medio, el caso en que se discute la rescisión y nulidad del contrato (40) (lo cual contradice la doctrina sobre la autonomía de la cláusula arbitral que habíamos visto antes)

- con mayor razón de ser, la interpretación restrictiva se aplica rigurosamente a los casos de arbitraje obligatorio, aunque en ese caso no se alude a la cláusula arbitral sino a la norma que impone el arbitraje como medio de solución de los conflictos (41);

La interpretación restrictiva ha tenido también proyección al decidirse recursos de nulidad fundados en haber resuelto los árbitros en exceso a los puntos comprometidos. Así por ejemplo se ha resuelto que un laudo de arbitradores nombrados para fijar la suma que debe abonarse a título de indemnización por la apropiación de una cosa, que incluye en esa suma el producto ya percibido de la cosa, que agrega frutos civiles como son los intereses, a otros frutos civiles como son los productos de éstas y

---

(38) CSN, 18.4.21, Don Benedicto Serpe c. Gobierno Nacional, Fallos 133:413.

(39) CSN, Gaceta del Foro 20-193; citado por la misma CSN en su sentencia del 7.8.35, Sociedad Anónima Puerto del Rosario c. Gobierno Nacional, Fallos 173:221, considerando 10.

(40) CSN, 24.8.38, S.A. Empresa Constructora F. H. Schmidt c. Provincia de San Juan, Fallos 181:306.

(41) CSN, 21.6.77, Unión Obrera Metalúrgica c. Zunsa Zuntini Hnos., 21.6.77, Fallos 298:161; concretamente la doctrina del fallo es: "Siendo el procedimiento de arbitraje obligatorio un instituto de carácter excepcional, fundado en la necesidad de crear un medio rápido de solucionar los conflictos colectivos que afecten al interés nacional, su aplicación debe limitarse solo a aquellos casos que reúnan los requisitos establecidos por la ley, debiendo efectuarse una interpretación restrictiva de la norma".



determina y computa intereses moratorios es nulo por abarcar puntos no comprometidos (42); lo notable es que años después la Corte tuvo que intervenir en un segundo proceso entre las mismas partes y resolvió que “*el árbitro tercero para el caso de discordia debe dirimirla dentro de los límites máximo y mínimo del desacuerdo; en consecuencia es nulo el laudo que fija una cantidad inferior al término menor de la discordia*” (43).

En esta orientación la Corte Suprema resolvió que “*si en el compromiso arbitral se fijaron las materias sometidas a decisión del árbitro y las formalidades, condiciones y recaudos a que debían ajustarse las partes y el árbitro, y entre ellos, se previó la presentación de memoriales en que se fundamentaran los reclamos, corresponde distinguir entre los reclamos pretendidos y los fundamentos, únicos que podían ampliarse al presentar los memoriales. Por ello, la modificación de los reclamos en sumas de dinero argentino, hechos en el compromiso, por entrega de cantidades de cosas como son las monedas extranjeras —dólares en el caso— hecha en el memorial comporta la transformación del objeto mismo sobre el que debía recaer el laudo*”, por lo que se declaró admisible el recurso de nulidad contra aquél (44).

Esta sentencia del caso YPF c. Sargo fue expresamente invocada en la dictada en autos “Cartellone”, vastamente comentada por nuestra doctrina. En este último caso, en el compromiso y en una audiencia en la que quedaron definidos los rubros que integrarían el reclamo de la actora, el importe total de la demanda se precisó en valores a febrero 1985. En el compromiso quedó establecido que los reclamos serían materia de una “expresión circunstanciada” en la demanda, y en ella la actora calculó su reclamo a valores de enero de 1985, lo que importaba que la actualización del capital reclamado hasta abril de 1991 tendría enero —y no febrero de 1985— como punto de partida. Lo cual no era nimio desde el punto de vista del resultado final del cálculo de la deuda, pues en esa época los índices de inflación eran muy elevados.

---

(42) CSN, 13.8.1907, Provincia de Buenos Aires contra los herederos de don Juan José Basavilbaso, Fallos 107:126.

(43) CSN, 20.10.1908, Basavilbaso J.J. y R. (su sucesión) contra la Provincia de Buenos Aires, Fallos 110:185; en materia de laudos sobre salarios y jornada laboral v.: CSN, 1.4.74, Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Entel, Fallos 288:205.

(44) CSN, 27.12.74, YPF c. SA Sargo Argentina, Fallos 290:458, JA 27-1975-415.

La Corte declaró la nulidad del laudo para lo cual hizo una interpretación rigurosa del compromiso arbitral, diciendo:

*“Que si bien en el compromiso se señaló que los reclamos serían materia de una “expresión circunstanciada” en el escrito de demanda... esa expresión no puede legítimamente implicar la posibilidad de variar los períodos por los cuales se reclamaría actualización que fueron ...precisados en el compromiso arbitral” y*

*“Que el compromiso arbitral delimita en forma definitiva el objeto o “thema decidendum” del proceso arbitral (art. 740, inc. 3 del CPCC) y cumple una función sustancialmente análoga a la que corresponde, en el proceso judicial de conocimiento, a los escritos de demanda, contestación y reconvencción en su caso. Es por ello requisito objetivo básico del laudo arbitral su estricta adecuación a las cuestiones incluidas en el compromiso (art. 754, párrafo 1° del código citado)”.*

*“En consecuencia, es nulo el laudo que transforma las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso (Fallos 290:458)” (45).*

Finalmente, en una causa fallada muy recientemente, asumiendo la Corte que el Estado Nacional puede pactar o someterse a la jurisdicción arbitral cuando está autorizado por ley para ello, de modo de no violar el artículo 116 de la Constitución, se ha dicho que *“...no cabe hacer extensiva la jurisdicción arbitral a aspectos que no se encuentren contemplados en las normas que habilitan su intervención” (46).*

## **V. Arbitraje y cuestiones constitucionales**

Un tema recurrente en la doctrina argentina es si se puede someter a decisión de los árbitros una materia que implique una cuestión constitu-

---

(45) CSN, 1.6.04, José Cartellone Construcciones Civiles SA c. Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor SA, Fallos 327:1882; LA LEY, 2004-F, 433. La interpretación del compromiso es muy estricta pues según surge de la sentencia de la Cámara apelada, es que el compromiso estipulaba que los aspectos dependientes y accesorios de las cuestiones sometidas al arbitraje podían ser alterados y por ello podría haberse interpretado que el tribunal arbitral estaba habilitado para asumir el tema con la modificación del día a quo de la actualización como se había pedido en la demanda.

(46) CSN, 8.5.07, Techint Compañía Técnica Internacional SA c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y otro, JA 2007-II-Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27.6.07. pág. 78.

cional, y si de ello puede derivar la aptitud de los árbitros para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, normas de rango inferior o actos administrativos.

Al respecto cabe señalar que yace olvidado un importante precedente de la Corte en el que se dijo que “los árbitros juris pueden resolver toda cuestión que se les someta no siendo de las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto o simplemente de hecho, *Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral*” (47).

Se ha dicho, hace poco tiempo, que la atribución de los árbitros para declarar la inconstitucionalidad de las normas ha sido reconocida por la Corte en un caso en que esta desestimó un recurso directo contra un laudo que así había decidido respecto de una norma de emergencia (dec. 214/2002) (48). Nos parece una conclusión exagerada; la Corte se ha limitado en ese caso a establecer que no es admisible el recurso extraordinario directo contra el laudo, afirmando que su jurisdicción sólo nace como consecuencia de los recursos contra las sentencias judiciales dictadas en los recursos autorizados contra el laudo. De modo que no entra al fondo de la cuestión por lo que, reiteramos, a nuestro juicio este precedente no puede ser invocado para encontrar en él un respaldo a la atribución de los árbitros para declarar la inconstitucionalidad de las normas.

## VI. El Estado como parte del arbitraje

Es sabido que uno de los principales problemas del arbitraje es la participación de los Estados soberanos, pues a las cuestiones generales acerca de la capacidad del Estado para comprometer en árbitros, se suman otras tales como: cuáles contratos pueden contener la cláusula arbitral y cuáles no, la ejecutabilidad de los laudos contra los Estados, y otros. A lo que se adicionan las actitudes hostiles de ciertos Estados que no han hesitado en

---

(47) CSN, 7.8.35, Sociedad Anónima Puerto del Rosario c. Gobierno Nacional, Fallos 173:221.

(48) MARCHESINI, Gualtiero Martín, “La declaración de inconstitucionalidad en el juicio arbitral”, LA LEY, 24.4.07, nota a CSN, 24.8.06, Cacchione, Ricardo c. Urbaser Argentina SA

utilizar cualquier mecanismo para interferir en el desarrollo de los procedimientos en los que hallaban inmersos (49).

La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina se ha visto enfrentada en muchas oportunidades a casos en que el Estado argentino era parte de un contrato en el que se había previsto una cláusula arbitral.

La capacidad del Estado argentino para comprometer en árbitros ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación desde hace muchísimos años.

Así, establecido el arbitraje como medio de solución de controversias en la ley de obras públicas 775, la Corte admitió en varios casos la demanda de constitución del tribunal arbitral. Concretamente dijo: *“Ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica a los fines de dirimir sus controversias con los particulares; y establecida esa institución por la ley e incorporada a un contrato debe producir los efectos que en términos generales establece el artículo 1197 del Código Civil, toda vez que las obligaciones creadas por convenciones bilaterales no pueden modificarse ni extinguirse por voluntad de una sola de las partes...”* (50).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en 1928 en un caso en que la disputa se planteaba entre el Estado Nacional y los constructores del puerto de Rosario; allí la Corte dijo que habiendo actuado el Estado Nacional como persona de derecho privado que se ha sometido voluntariamente por el hecho de la celebración del contrato con el concesionario a las disposiciones del derecho común y a las decisiones de la justicia arbitral libremente pactada, *no es necesaria la venia del congreso para demandar a la Nación; y que en el caso la capacidad del Estado para comprometer en árbitros surgía de la ley de concesión* (51).

Algunos años después la doctrina fue ratificada en un caso entre las mismas partes, pero que merece destacarse pues se trataba de la fijación

---

(49) V. RIVERA (h.), Julio César, “Interferencias judiciales en el arbitraje”, LA LEY, 06/12/2006,1; probablemente el caso más paradigmático es el Indonesia, que llegó a “sequestrar” un árbitro nacional de ese país en un aeropuerto holandés.

(50) CSN, 12.11.20, Don Gerardo Pagano contra el Gobierno de la Nación, Fallos 133:61.

(51) CSN, 26.9.28, Sociedad Anónima Puerto del Rosario contra Gobierno Nacional s/ constitución de tribunal arbitral, Fallos 152:347.

de tarifas que el Estado había determinado unilateralmente, omitiendo ocurrir a la jurisdicción arbitral pactada, arguyendo existir materias constitucionales en el caso. Así, la doctrina del fallo —al que ya nos hemos referido— es que *“El Gobierno Nacional está obligado a concurrir a la formación del Tribunal arbitral que ha de resolver las tarifas a cobrar en el Puerto del Rosario, en cumplimiento de la cláusula contractual que estableció la jurisdicción de los árbitros para las divergencias que se suscitaren, sin que a ello pueda ser obstáculo el que pueda tenerse que considerarse alguna cuestión constitucional”* (52).

Ratificando esta línea jurisprudencia la Corte desestimó el argumento fundado en el artículo 100 de la Constitución Nacional de 1853, hoy artículo 116, precepto que dispone: *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión...de los asuntos en que la Nación sea parte...”*. Se trataba en el caso de la fijación del precio de la energía suministrada por una empresa privada al puerto de la Capital y el representante de la Nación había sostenido la nulidad de la cláusula arbitral en razón de lo previsto por el artículo 100 CN.

Al respecto la Corte dijo:

*“...la libertad para contratar la solución arbitral en caso de diferencias tiene, sin embargo, un límite, y es el de que no pueden serle sometidas las cuestiones que afectan el orden público o social, como son las que se refieren, por ejemplo, al estado civil de las personas...”*

*Cuando una de las partes es el Estado, tampoco pueden ser sometidas al fallo de árbitros, con prescindencia de los jueces, las cuestiones que lo afecten como poder público o las atribuciones de la soberanía.*

*En el presente caso, el Estado ha convenido con una empresa la compra de energía... No se halla comprometido ningún atributo de la soberanía en la discusión que versa sobre el precio de la unidad eléctrica vendida...*

*Cuando la Constitución ha establecido en su artículo 100 la jurisdicción de la Corte para los juicios en que la Nación es parte, no ha excluido la jurisdicción arbitral. Así lo ha establecido en sus fallos: 90,97; 104,323; 110,35; 143,357; 146,373; 167,192.* (53).

---

(52) CSN, 7.8.35, Sociedad Anónima Puerto del Rosario c. Gobierno Nacional, Fallos 173:221.

(53) CSN, 16.8.37, Cía. Italo Argentina de Electricidad c. la Nación, Fallos 178:29.

Particularmente relevante nos parece el último párrafo, pues interpreta a nuestro juicio correctamente el antiguo artículo 100, hoy 116 de la Constitución reformada en 1994, habilitando al Estado a comprometer en árbitros los asuntos en que es parte siempre que no estén en juego el orden público, el poder público o los atributos de la soberanía (54).

Finalmente cabe mencionar un pronunciamiento muy reciente, en el cual la Corte reitera su doctrina en el sentido de que *“no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca”* (con cita de Fallos 152:347, 160:133; 235:940), agregando que *“La exigencia de esa previsión normativa expresa encuentra sustento en la Constitución Nacional, en la que se establece —en los casos de competencia federal por razón de la materia— que la Nación, en principio, sólo puede ser llevada ante sus propios tribunales (art. 116). Por ello, toda excepción a dicha regla debe hallarse claramente establecida ya que la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva en razón de la excepcional competencia que le es confiada y que le permite conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, les correspondería decidir a los jueces...Que de lo expuesto se sigue que el sometimiento de la Nación a Tribunales Arbitrales —ya sean los previstos de modo permanente o los que se estipulen en particular— sin previsión expresa que lo autorice, vulnera la cláusula constitucional citada al afectar la facultad jurisdiccional para el conocimiento de una causa* (55).

De modo que puede considerarse como doctrina de la Corte que el principio general sentado por el artículo 116 de la Constitución no obsta al sometimiento de esos asuntos a la jurisdicción arbitral cuando así se hubiere pactado en contratos de acuerdo con leyes especiales dictados por el Congreso o cuando la Nación actuare como persona jurídica (56).

---

(54) El sumario que abre la publicación en la colección oficial Fallos dice: “1° Las cuestiones que afecten el orden público o social, no pueden ser sometidas a juicio arbitral”.

(55) CSN, 8.5.07, Techint Compañía Técnica Internacional SA c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y otro, JA 2007-II-Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27.6.07. pág. 78.

(56) Por lo cual resultó admitida la jurisdicción arbitral prevista en el Código de Comercio para resolver las cuestiones provenientes del abordaje aun cuando uno de los buques fuera de propiedad del Estado: CSN, 18.3.1931, Cía. Argentina de Navegación Mihanovich Limitada c. Fisco Nacional, Fallos 160:133; pero no se admitió la competencia arbitral si uno de los involucrados era un buque de guerra: CSN, 26.9.56, Cayetano Paino c. Nación Argentina y Soc. Arrigo Hnos., Fallos 235:940).

En síntesis podríamos decir que el criterio de la Corte en la materia es:

- el artículo 100 (hoy 116) de la Constitución Nacional no impide al Estado convenir una cláusula arbitral;
- el Estado debe estar autorizado por ley para someter a árbitros las cuestiones que se plantean con motivo de los contratos que celebra (57);
- y ha de estar actuando como persona jurídica;
- dentro de ese marco el Estado está obligado a cumplir con lo convenido en los términos del artículo 1197 del Código Civil;
- pero el Estado no puede comprometer en árbitros cuestiones que hacen al orden público o en las que estén en juego los poderes públicos o los atributos de la soberanía. Criterio que se aplica en términos generales también a los particulares, por lo que no es propiamente una cuestión del Estado para comprometer en árbitros, sino que se trata de la arbitrabilidad de la materia.

## **VII. Arbitraje de derecho o de amigables componedores**

Nuestra Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la calidad del arbitraje —nos referimos a si de derecho o de amigables componedores— en caso de que ello no hubiese sido convenido expresamente.

*Al respecto dijo que “por tribunal arbitral según la jurisprudencia y la doctrina debe considerarse tanto al constituido por árbitros juris como por amigables componedores, puesto que unos y otros son “avenidores” excluyentes de la justicia ordinaria. Árbitros en latín tanto quiere decir en romance como jueces avenidores que son escogidos o puestos por las partes para librar la contienda y estos jueces avenidores son de dos maneras o fallan según derecho o fallan de cualquier manera que ellos tuvieran por bien, ley 23, Partida III citada...Que no siendo posible hallar en la cláusula elemento alguno que permita afirmar que el tribunal ha de constituirse por personas que tengan la calidad de árbitros juris...el punto debe ser decidido con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte y a la doctrina corriente sobre el particular...Que el criterio tradicional de la doctrina ha sido el de que no*

---

(57) CSN, 4.11.42, Guido Simonini c. Nación Argentina, Fallos 194:155.

*apareciendo de los términos del compromiso si se ha querido designar árbitros juris o amigables componedores, se presume esto último (Curia Filipica, Libro II, cap. XIV, n° 13, nota de Laffonts y Marti de Eixale a las Siete Partidas, tomo II, pág. 108). Cuando se ha creado la jurisdicción arbitral sin expresar el carácter que han de revestir los avenidores, es en efecto razonable creer que lo sea en el de amigables componedores ya que de otro modo carecería de explicación el repudio de la jurisdicción investida en los jueces nombrados por el estado para instituir otra sujeta en cuanto al régimen procesal de actuación y al criterio puramente jurídico que ha de inspirar el fallo a las mismas normas que la repudiada. Y tampoco la tendría la renuncia a la garantía de la mayor responsabilidad ofrecida por los jueces ordinarios respecto de los árbitros juris derivada de la permanencia de la función y por consiguiente del mayor contralor de la opinión pública, sino admitiendo en los otorgantes un propósito bien manifiesto de darse jueces investidos del poder de decidir sin forma de juicio y con espíritu distinto del aplicado por los nombrados por el Estado. Que esta Corte Suprema fundada en la antedicha presunción a decidido reiteradamente que en caso de duda sobre el carácter en que fueron designados los árbitros, debe presumirse que se nombraron amigables componedores...*" (58).

Es curiosa esta sentencia por un lado por sus citas de las Partidas, por otro por cierta hostilidad que exterioriza hacia el arbitraje de derecho, al que casi califica de incomprensible estando organizados los tribunales estatales (con lo que estaba en alguna medida en línea con la diatriba del Procurador General Matienzo en la causa Gobierno c. Dock Sud) (59) y finalmente porque instala una presunción que subsiste hoy en día en los códigos procesales (60), en el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa (61) y que es contraria a todos los ordenamientos que regulan el

---

(58) CSN, 26.9.28, Sociedad Anónima Puerto del Rosario contra el Gobierno Nacional, Fallos 152:347, con cita de Fallos 22:371, 92:93, 102-67.

(59) Dictamen del 30.4.19, en la causa "Gobierno Nacional c. Cía. Dock Sud de Buenos Aires", Fallos 138:62.

(60) El art. 766 CPCCN dispone que "Si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores... se entenderá que es de amigables componedores"; lo mismo sucede cuando se ha autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad.

(61) V. Reglamentos del tribunal arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (art. 2) y de su homólogo de la Bolsa de Comercio de Rosario (art. 2). En cambio, el Reglamento del CEMA que sigue al Reglamento UNCITRAL prevé que sólo por autorización expresa de las partes podrá el tribunal resolver en equidad (art. 33); en la misma línea está el Re-



arbitraje internacional; así la ley modelo UNCITRAL dispone en el art. 28.3 que: *El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así*. En el mismo sentido se pronuncian: el Reglamento UNCITRAL (art. 33.2), el Reglamento ICC (62), el Acuerdo MERCOSUR (63) y el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) (64); y es la solución generalizada en otros reglamentos arbitrales.

### **VIII. Recursos contra laudos arbitrales. Remisión**

Las decisiones relevantes de la Corte en materia de recursos las hemos examinado en un trabajo reciente (65); por lo que para no reiterarnos remitimos a lo allí expuesto, aunque trataremos algunas cuestiones ineludibles como son los recursos contra laudos obligatorios, el alcance de las renunciaciones a ellos y los recursos extraordinarios directos contra el laudo.

### **IX. Recursos en caso de laudos obligatorios**

Es un criterio generalizado que no procede el recurso extraordinario directamente contra los laudos arbitrales; la jurisdicción de la Corte sólo puede ser excitada por vía de los recursos que se interpongan contra las sentencias de los tribunales judiciales que resuelvan —como tribunal de última instancia— los recursos admisibles contra el laudo, normalmente el de nulidad por ser irrenunciable conforme a la legislación procesal vigente en el ámbito federal y en todos los estados particulares.

---

glamento del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata (art. 42). Por su lado el Reglamento del tribunal del Colegio de Escribanos de la Capital Federal prevé que “Las partes, de común acuerdo en cualquier etapa del proceso podrán establecer que el árbitro o árbitros actúen como amigables componedores...” (art. 54).

(62) Art. 17.3: “El Tribunal Arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.”

(63) Art. 9 de este Acuerdo dispone que “Por disposición de las partes, el arbitraje podrá ser de derecho o de equidad. En ausencia de disposición será de derecho”.

(64) Este Reglamento, previsto en la Convención de Panamá de 1975 (ratificada por Argentina por ley 24.432), dispone que el Tribunal Arbitral decidirá como amigable componedor (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje. (art. 33.2).

(65) RIVERA, Julio César, “Recursos contra laudos arbitrales”, JA 2007-I-1268.

Pero la Corte aceptó la procedencia del recurso extraordinario contra el laudo cuando *el arbitraje es obligatorio*.

En la causa “Pedro Cossio c. Rufino Patricio Cossio” (66), en la que se trataba de la inconstitucionalidad de una norma del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán que disponía que debían ser resueltos por amigables componedores los conflictos entre parientes dentro del segundo grado, el dictamen del Procurador apunta que “la objeción que merece el sistema legal en examen no quedaría salvada por la circunstancia de que *la jurisprudencia de la Corte no se oponga a la viabilidad formal del recurso extraordinario contra decisiones de árbitros impuestos por la ley*.”

El fundamento de esta doctrina radica en que la misma Corte ha declarado que es principio fundado en la garantía de la defensa en juicio que, para la solución de las controversias jurídicas individuales, no debe excluirse *compulsivamente* la intervención de un tribunal de justicia; siendo insuficiente para satisfacer la exigencia de un adecuado control judicial un recurso de nulidad fundado en haber laudado los árbitros fuera de término o sobre puntos no comprometidos (67).

De modo que la limitación a la revisión judicial de los laudos arbitrales sólo rige con relación a los casos en que la jurisdicción a favor de los órganos arbitrales ha sido libremente pactada y proviene de la libre determinación de los interesados (CSN, Fallos 237:392; 255-13, 274:323, 250:408) y no cuando se trata de competencia arbitral obligatoria por haber sido instituida por la ley, oportunidad en que siempre se encuentra abierta la posibilidad de revisión judicial (68).

Pero lo notable es que estos criterios, obviamente razonables, dieron lugar a que en un caso de arbitraje obligatorio se sentara la siguiente doctrina:

*“la cláusula compromisoria no deja inerte al legitimado contra abusos en que pudiera incurrir el órgano arbitral porque, dígallo o no la respectiva*

---

(66) CSN, 12.12.69, Pedro Cossio c. Patricio Rufino Cossio, Fallos 275:489.

(67) CSN, 12.12., 69, Pedro Cossio c. Patricio Rufino Cossio, Fallos 275:489.

(68) PALACIO, Lino, “El recurso extraordinario federal”, Bs. As., 1992, págs. 58/59; MÉNDEZ, Héctor O., “Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso “Cartellone”. Un lamentable retroceso”, JA 2005-I-1310.

*cláusula, el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no comporta más atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto”, “y que si bien la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho es función del árbitro, no excluye que pueda ser impugnada judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que hubiese incurrido al laudar” (69), estableciéndose así el criterio que serviría de fundamento años después a la sentencia del caso “Cartellone”.*

## **X. Alcance de los recursos y eficacia de las renunciaciones a ellos**

Hemos dicho antes que la Corte rechazó cuestionamientos constitucionales a las normas que autorizan la renuncia a los recursos contra el laudo

Pero en una sentencia que tuvo vastísima repercusión, la Corte puso límites a la eficacia de las renunciaciones a los recursos y por lo tanto implícitamente extendió el ámbito de vigencia de estos recursos (70).

Así la Corte dijo:

*“Que ... no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio”.*

*Y en el mismo considerando agrega “Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos 292:223)”.*

Llevados estos criterios “de principio” al caso, la Corte encuentra que “la renuncia formulada por las partes en el contrato y el compromiso no cons-

---

(69) CSN, 7.7.75, “Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda. S/ expediente administrativo”, Fallos 292:223. También en Empresa de Navegación y Astilleros Bussio Hnos. c. Capitán, Armador, Propietario y/o Agente del Buque “Del Oro” y Flota Argentina de Navegación Fluvial, CSN, 29.11.65, Fallos 267:199.

(70) CSN, 1.6.04, José Cartellone Construcciones Civiles c. Hidronor SA, Fallos 327:1882.

*tituye óbice para que esta Corte revoque lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de los intereses...”... de modo pues que esta sentencia sienta dos criterios en materia de recursos contra el laudo arbitral que son muy relevantes:*

- en primer lugar, la Corte *acepta la revisión del laudo cuando este es contrario al orden público*, como lo había anticipado el voto de Boggiano y Nazareno en la causa Meller (71); careciendo de eficacia las renunciaciones a los recursos que se hubieran hecho en el contrato y/o en el compromiso (72);

- en segundo término, afirma la Corte que *el laudo arbitral es revisable judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable*.

La sentencia del caso Cartellone ha despertado una polémica importante y por supuesto ha generado una seria preocupación pues, en definitiva, viene a facilitar el arrepentimiento de la renuncia a los recursos, que es justamente lo que la doctrina de la Corte venía impidiendo.

Sin duda la sentencia “Cartellone” ha abierto una brecha considerable en el principio de irrevocabilidad de los laudos dictados en arbitrajes voluntarios.

En definitiva el control de constitucionalidad e irrazonabilidad importa aplicar toda la doctrina de la arbitrariedad a la posible revisión de los laudos arbitrales, los que según alguna opinión serían entonces susceptibles de recurso extraordinario directo sin necesidad de proponer el recurso de nulidad conforme a las reglas del Código Procesal (73). De todos modos ya hemos visto que en el fallo Cacchione la Corte desestima la posibilidad de un recurso extraordinario contra el laudo aun cuando este hubiera dispuesto declarar la inconstitucionalidad de una norma (74).

---

(71) CSN, Meller Comunicaciones S.A. U.T.E c/Empresa Nacional de telecomunicaciones”, Fallos 325:2899.

(72) La causal de “orden público” para revisar un laudo ha sido reiterada por la Corte en su sentencia del 8.5.07, Techint Compañía Técnica Internacional SA c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y otro, JA 2007-II-Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27.6.07. pág. 78.

(73) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El caso Cartellone c. Hidronor: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”, LA LEY, 2004-E, 419.

(74) CSN, 24.8.06, Cacchione, Ricardo c. Urbaser Argentina SA, LA LEY, 2007-A, 552.

Y la revisión por ilegalidad es, como decíamos, el efecto del recurso de apelación que resulta totalmente incompatible con la renuncia que se pueda haber hecho a ese recurso, conforme la autorización explícita de la legislación (art. 760 CPCCN).

La desmesurada extensión que le ha dado la sentencia Cartellone a la potestad judicial de revisión del laudo (75), es negativa (76) pues:

- da eficacia al “arrepentimiento” de la renuncia a los recursos;
- incrementa los costos de transacción tenidos en cuenta al contratar;
- afecta la seguridad jurídica y hace tabla rasa con la buena fe.

Nada de esto se justifica por la envergadura de los intereses que estaban en juego en el caso concreto o que podrían estarlo en casos futuros en que esté demandado el Estado argentino. Sobre el punto la misma Corte dijo en alguna oportunidad que *“es obvio que la magnitud de los intereses que se han comprometido, tiene tanta menor eficacia cuanto que aparta la cuestión del terreno legal para plantearla en el de las conveniencias, extraño a las actuaciones del Poder Judicial (Fallos 23:371) y en nada puede modificar la situación de este tribunal en cuanto a su jurisdicción, limitada en el caso, como en los diversos juicios a que este asunto ha dado origen, a declarar la obligación para las partes de hacer efectiva la cláusula ...que instituyó el arbitraje como medio legal para dirimir todas sus cuestiones (77).*

## **XI. Recurso extraordinario directo contra el laudo: una vuelta a los buenos principios (¿o no?)**

La sentencia del caso Cartellone abrió un debate: si es o no admisible un recurso extraordinario directo contra el laudo arbitral.

---

(75) BIDART CAMPOS, Germán J., dice que a partir de este fallo se abre la revisabilidad de los laudos arbitrales más allá de las renunciaciones que se hayan formulado: “El control constitucional y el arbitraje”, LA LEY, 2004-E, 392.

(76) En la misma orientación: MÉNDEZ, Héctor O., “Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso “Cartellone”. Un lamentable retroceso”, JA 2005-I-1310; PALACIO, Lino, “Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario”, ED 208-988; ROJAS, Jorge, “Vías de impugnación del laudo arbitral”, ED 25.11.04; MORA, Roberto D., “¿Aval judicial al incumplimiento internacional?”, LA LEY, 2004-F, 432; MARCHESINI, Gualtiero Martín, “Arbitraje y recurso extraordinario”, LA LEY, 2004-E, 948; González Campaña, ob.cit.; MONTALDO, Marcelo A., El fallo “Cartellone”: Las implicancias económicas de una decisión inconveniente, LA LEY, 2004-F, 1025.

(77) CSN, 18.8.22, Pcia. de Bs. As. c. Otto Franke, Fallos 137:33, JA 9-190.

Ello parecía haber quedado superado por una decisión del año 2006 en la que nuestra Corte dijo: “*El caso se trata de un recurso interpuesto directamente contra una decisión adoptada por un tribunal arbitral cuya jurisdicción para intervenir en la presente controversia ha sido libremente convenida por las partes, las que, además, han renunciado expresamente a interponer recursos judiciales... En tales condiciones sólo resulta legalmente admisible la intervención de los jueces mediante la vía prevista en el art. 760, segundo párrafo del CPCNN, en cuyo marco y si se configuran los extremos previstos en el artículo 14 de la ley 48, cabría admitir la intervención de esta Corte*” (78).

Con lo cual lo que hace aquí la Corte es excluir todo recurso directo ante ella. En otras palabras, según este precedente, no hay recurso extraordinario contra el laudo como había sugerido alguna doctrina interpretando la sentencia de la misma Corte en el caso Cartellone (79).

Hasta aquí el texto que sometimos a la Academia Nacional de Derecho en sesión privada; pero he aquí que después de ello hemos tenido conocimiento de dos nuevos pronunciamientos de la Corte que ponen en duda la conclusión anticipada en el párrafo precedente.

En sentencia del 8 de mayo de 2007 la Corte entendió en un recurso extraordinario interpuesto directamente contra una decisión del Tribunal Arbitral de Obras Públicas (80); el recurso se sostenía en la presunta incompetencia del TAOP para intervenir en la causa que había sido sometida a su decisión, por tratarse de un reclamo de daños y perjuicios que como tal estaría excluido de la competencia del TAOP. El dictamen del Procurador Becerra sostenía la tesis tradicional de que los laudos del TAOP no son susceptibles de recurso judicial alguno por lo que propició la desestimación del recurso. Pero la Corte entró a considerar el recurso sin dar una respuesta específica a la postura del Procurador; y no sólo eso, sino que además dejó sin efecto el fallo del TAOP por considerar que al estar la materia excluida del conocimiento del mencionado TAOP se vulnera el

---

(78) CSN, 24.8.06, Cacchione, Ricardo Constantino c. Urbaser Argentina S.A., LA LEY, 24/04/2007, 6 con nota de Gualterio Martín Marchesini.

(79) GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit.

(80) CSN, 8.5.07, Techint Compañía Técnica Internacional SA c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y otro, JA 2007-II-Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27.6.07. pág. 78.

art. 116 de la Constitución, materia que *involucra una cuestión de orden público que, como tal, puede ser planteada en cualquier etapa del proceso y examinada aún de oficio, por la autoridad judicial competente, no correspondiendo entonces formular reparo alguno acerca de la oportunidad del planteo de incompetencia formulado en el recurso extraordinario.*

Cabe apuntar con relación a este precedente que los jueces Fayt y Petracchi no hacen la salvedad de que el TAOP no es propiamente un tribunal arbitral sino que es verdaderamente un tribunal administrativo, observación que habían hecho en precedentes anteriores y que reiterarán en el último y más reciente fallo de la Corte sobre recursos respecto de decisiones del TAOP.

De otro lado, esta sentencia que autoriza a invocar una incompetencia a la altura del recurso extraordinario, parece afectar el principio de preclusión. De todos modos no es de extrañar en un tribunal que parece haber asumido como su función el proteger al Estado de los particulares y no al revés como hacen los tribunales de otros países. En otras palabras, este exabrupto de la Corte se justifica solo en que el actor es una empresa (el sentimiento “antiempresario” de la Corte es muy evidente) (81) y el demandado el Estado en alguna de sus manifestaciones.

Finalmente la Corte se pronunció el 12.6.07 en otro recurso extraordinario interpuesto contra una sentencia del TAOP y allí recuperó la doctrina sentada en la causa Aion, y por lo tanto afirma “*Que a fin de examinar la admisibilidad formal del recurso cabe tener presente que la doctrina del Tribunal en la materia es que las decisiones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas son recurribles en el supuesto de arbitrariedad*” (82).

Esta sentencia merece algunas consideraciones, en particular lo relativo a la interpretación del precedente Aion.

En la causa Aion se trataba del recurso extraordinario contra un laudo dictado por el Tribunal Arbitral de Obras Públicas (en adelante TAOP), materia sobre la cual existían ya pronunciamientos que habían declarado

---

(81) A salvo algunas disidencias o votos individuales del Dr. Lorenzetti.

(82) CSN, 12.6.07, Eaca S.A. - Sideco Americana S.A. - Saiuge Argentina c. Dirección Nacional de Vialidad, LA LEY, 11/07/2007, p. 11.

la irrevisabilidad de las decisiones de este TAOP por la vía del remedio federal (83), los que incluso se reiteraron luego de Aion y antes de la sentencia dictada en el caso Meller (84).

En la sentencia Aion se estimó, con arreglo a lo prescripto por distintas normas reguladoras del funcionamiento del TAOP, que no cabe recurso alguno respecto de las decisiones del mismo. Se fundamentó para ello en la naturaleza optativa del régimen en cuestión, en cuyo ámbito la elección del proceso administrativo importa la renuncia del judicial, incluso del recurso extraordinario (85); y en la falta de legitimación del Estado Nacional para plantear la invalidez constitucional de las previsiones, por él mismo dictadas, planteo que se consideró implícito en la pretensión estatal de acceder a esta instancia extraordinaria pese a lo previsto en las normas citadas (Fallos 322:298) (86).

Pero en ese caso la Corte introdujo una salvedad relevante, al afirmar que son irrevisables los laudos dictados por el TAOP, en tanto “*no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de esta Corte*” (87). Esta brevísima frase tendría una importancia crucial en la causa Meller (88).

Hemos señalado en otro trabajo (89) que en la sentencia dictada en Meller el voto de los Drs. Moliné O'Connor y López propicia el rechazo del recurso federal, fundado sustancialmente en que los laudos del TAOP son

---

(83) CSN, Servente c. Magliola, Fallos 252:109; ídem, SA Kimbaun Ferrobeton c. Administración General de Obras Sanitarias de la Nación, Fallos 261:27; ídem, Juan Di Nitto, Fallos 308:116.

(84) CSN, 9.3.99, Pirelli Cables c. ENTEL. Fallos 322:298, LA LEY, 2000-C, 119, con nota de VEGA, Susana E.: “El Tribunal Arbitral de Obras Públicas y la irrevisabilidad judicial de sus laudos. El paso del tiempo y la permanencia del criterio”.

(85) Con cita de Fallos 252:109, 308:116.

(86) Del dictamen del Procurador General en: CSN, 5.11.02, “Meller Comunicaciones SA UTE c. ENTEL” LA LEY, 2003-B, 906.

(87) CSN, 29.8.00, Aion, Fallos 322:298.

(88) Recordemos que en algunas oportunidades la Corte ha revisado el mérito, equidad o razonabilidad del laudo, pero lo ha hecho en el marco de recursos contra la sentencia de Cámara que había decidido el recurso de nulidad contra el laudo.

(89) RIVERA, Julio César, Recursos contra laudos arbitrales. JA 2007-I-1268.



irrevisables y que en el caso no se advertía arbitrariedad citando expresamente el precedente Aion. Por su lado el voto de Vázquez se limitó a proponer la declaración de inadmisibilidad del recurso por considerar que el recurrente no había desarrollado argumentos que permitan apartarse del criterio expuesto por el Tribunal en Aion. Es difícil discernir si este voto pretendió o no referirse a la “salvedad” o sólo al criterio general de inadmisibilidad del recurso extraordinario contra los laudos del TAOP. El voto de Boggiano y Nazareno es muy interesante porque se hace cargo de la salvedad que se había hecho en Aion (como lo hace también el voto de Belluscio pero con una conclusión opuesta). Dicen estos dos jueces: “la salvedad (hecha en Aion)... sobre la posible revisión de la arbitrariedad del laudo, no puede considerarse válida, pues es una contradicción flagrante sostener por un lado la irrevisabilidad de los laudos arbitrales y al mismo tiempo afirmar que puede revisarse su arbitrariedad. De donde *“La salvedad establecida en “Aion” es un resto indeliberado que no puede considerarse congruente con todos los precedentes anteriores”*. Y agregan: “tratándose de asuntos disponibles para las partes, estas pueden excluir la revisión judicial. Tanto más cuanto que en esos asuntos las partes son dueñas de someter la suerte de sus derechos al juego, la apuesta o la suerte o incluso renunciar a ellos...”. “...Si el laudo al fin afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo pero en este caso nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta...”.

Es notable advertir que, por un lado, este voto de dos de los jueces lisa y llanamente desprecia la salvedad hecha en Aion sobre la posible revisión en caso de arbitrariedad, pero contemporáneamente abre el cauce a la excepción de orden público, esto es, el laudo sería siempre revisable aun por la vía del recurso extraordinario federal si su contenido afectase el orden público (90).

En cambio, el juez Belluscio en su disidencia recurre expresamente a la “salvedad Aion”, sosteniendo que el laudo del TAOP era arbitrario y por ello propicia la admisión del recurso extraordinario.

Lo que la Corte consagra en este pronunciamiento del 12.6.07 en la causa EACA es la interpretación de Aion hecha por el Juez Belluscio en la causa Meller: *“las decisiones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas son*

---

(90) GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., considera a este voto como un antecedente del caso Cartellone en que vuelve a aparecer la posibilidad de la revisión del laudo en el caso de que este viole el orden público.

*revisables en el supuesto de arbitrariedad*” y hace una serie de consideraciones acerca de por qué existe una regla que en principio dispone la irrecurribilidad y por qué ella debe en ciertas hipótesis excepcionarse.

De todos modos es necesario interpretar cuidadosamente lo dicho por la Corte: ella parece limitar el recurso extraordinario directo ante la Corte, por la causal de arbitrariedad, a las decisiones del TAOP.

De no ser así, estaría incurra en una contradicción casi irredimible con su propia decisión en la causa Cacchione.

En fin; a nuestro juicio todavía no es clara la posición de la Corte en esta materia. En nuestra apreciación, las distintas sentencias del máximo tribunal deben ser entendidas en el sentido de que no cabe recurso extraordinario directo contra un laudo arbitral; a la Corte puede llegarse sólo por vía del recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara que haya intervenido en el recurso de nulidad contra el laudo. La admisibilidad formal del recurso extraordinario por arbitrariedad contra las decisiones del TAOP es una solución que se justifica en razones ajenas al régimen corriente de los recursos contra laudos arbitrales dictados en procedimientos de arbitraje privado, ad hoc o institucional.

## **XII. Arbitraje y fuero de atracción de la quiebra y el concurso preventivo**

Uno de los efectos propios de los procedimientos concursales era el fuero de atracción (decimos “era” por la ostensible debilitación del mismo a partir de la ley 26.086 —Adla, LXVI-B, 1368—).

Con relación al arbitraje la ley de concursos no contiene previsión alguna en la hipótesis de concurso preventivo, pero sí la tiene con respecto a la quiebra; el art. 134 dispone que el arbitraje no es atraído por la quiebra si el tribunal estaba ya constituido a la fecha de la sentencia que declara la falencia.

La Corte Suprema argentina interpretó que la excepción del artículo 134 —prevista para la quiebra— se aplica a los concursos preventivos.

Es que, razonó la Corte, si la ley excepciona al procedimiento arbitral del fuero de atracción de la quiebra —en donde media desapoderamiento del deudor y aquella excepción a las reglas ordinarias de distribución de la

competencia es regulada con todo vigor—, no puede sino suceder lo mismo cuando, como en el concurso preventivo, el concursado conserva la administración de su patrimonio y el fuero de atracción establecido es de carácter más limitado. Y siguió diciendo la Corte: admitir lo contrario significaría tanto como atribuir al concurso preventivo, respecto de los tribunales arbitrales, un fuero de atracción que la ley expresamente niega a la quiebra, lo que desnaturalizaría totalmente la esencia de ambos institutos, al reconocer mayor virtualidad atractiva a aquel —el concurso preventivo— que, por definición, menos la tiene (91).

Esta doctrina fue mantenida en una sentencia posterior en la que se resolvió que el fuero de atracción del concurso preventivo no afectaba a un procedimiento en trámite por ante el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio. Pero, además, en este segundo caso, la Corte admitió que el Tribunal se constituyese después de abierto el concurso preventivo, pues “importa una arbitraria prescindencia del artículo 134 de la ley de concursos y quiebras admitir que un tribunal arbitral pueda constituirse durante el concurso preventivo para actuar aún después de la quiebra y no admitir que pueda constituirse antes o durante el concurso preventivo para dirimir la controversia sin que sobrevenga la quiebra” (92).

La Corte ha ratificado esa línea en el caso *Bear Service*, en el que estableció las siguientes pautas:

- Que el art. 134 se refiere expresamente al arbitraje en la quiebra, que es el concurso con las mayores interferencias jurisdiccionales, pues aquí el deudor es desapoderado y sus bienes están destinados a la liquidación judicial, hipótesis en la que respeta el juicio arbitral si se hubiese constituido el tribunal de árbitros o arbitradores antes de la declaración de quiebra. Ello significa que aun hallándose en trámite un concurso preventivo puede constituirse el tribunal arbitral antes del auto de quiebra y, si así se constituye, el art. 134 respeta su competencia para entender en el asunto aun después de declarada la quiebra;

---

(91) CSN, 1.11.88, “La Nación SA c. La Razón SA”, con nota de Ernesto O’Farrell, “Un fuerte espaldarazo al arbitraje”, LA LEY, 1989-B, 476. Con ello la Corte dejaba atrás una doctrina exactamente inversa que había sostenido en la sentencia del 27.12.78, “Minieri, Francisco c. The River Platè Supply Co. S.A.”, LA LEY, 1979-B, 470; JA 1979-II-606.

(92) CSN, 11.7.96, “Energomachexport S.A. c. Establecimientos Mirón S.A.”, con nota de CAIVANO, Roque, “Un nuevo respaldo de la Corte al Arbitraje”, LA LEY, 1997-A, 7. Fallo 319:1287.

- Por lo que importaría arbitraria prescindencia del art. 134 admitir que un tribunal arbitral pueda constituirse durante el concurso preventivo para actuar aun después de la quiebra y no admitir que pueda constituirse antes o durante el concurso preventivo para dirimir la controversia sin que sobrevenga la quiebra. Ello sería tanto como admitir que la declaración de quiebra aseguraría la competencia del tribunal arbitral constituido durante el concurso (art. 134) y, en cambio, la continuación del concurso y el cumplimiento del concordato preventivo sin quiebra invalidaría la competencia del referido tribunal.

Con lo cual reitera las afirmaciones hechas en las sentencias precedentes y ratifica entonces la doctrina sobre la inexistencia de fuero de atracción respecto del procedimiento arbitral, y sobre la posibilidad de que el tribunal arbitral se constituya aun después de abierto el concurso preventivo.

### **XIII. La retribución de los árbitros**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha establecido que no existe fundamento jurídico para considerar aplicables las leyes arancelarias de abogados y procuradores a los profesionales que han actuado como árbitros.

Por lo que no existiendo inconveniente en que los árbitros perciban honorarios fijados ponderando el monto del asunto en litigio, se resolvió en ese mismo caso que corresponde adoptar como pauta orientadora, las escalas previstas en el Reglamento de la CCI, por ser el ordenamiento que prevé expresa y detalladamente un régimen de remuneraciones por actividades análogas a las desarrolladas por dicho profesional (93).

Esto importó descartar el criterio de algunos de los jueces de la Corte que propiciaron que el honorario de los árbitros guardara “íntima relación con la remuneración de los magistrados a que ellos circunstancialmente sustituyen” (94), o con la del conjuez “*habida cuenta del carácter transitorio con que tanto éste como aquéllos ejercen la función materialmente jurisdiccional*” (95).

---

(93) CSN, 11.11.97, Yacimientos Carboníferos Fiscales, Fallos 320:2379; también en J.C. Rocca vs. Consultara SA, 31.5.99 Fallos 322:1100.

(94) Voto de los Jueces Nazareno y Fayt en CSN, J.C.Rocca vs. Consultara SA, 31.5.99 Fallos 322:1100.

(95) Voto del Juez Belluscio en la causa citada en la nota precedente.

Y con relación a los abogados se dijo que las leyes arancelares de abogados y procuradores son aplicables a los abogados de las partes en un proceso arbitral, cuando el procedimiento establecido es compatible con alguno de los contemplados en dicha ley; o sea que el trámite sea asimilable a algunos de los procesos regulados por el Código Procesal y por lo tanto incluido dentro del arancel. Y como en el caso se había seguido otro procedimiento, la Corte consideró que no resultaba aplicable la ley de arancel de abogados y que entonces también debía ponderarse la escala prevista en el Reglamento de la ICC, lo que es muy cuestionable ya que el Reglamento se refiere exclusivamente a honorarios de árbitros; y además parece evidente que la actividad de abogados y procuradores en un arbitraje es compatible con la aplicación del arancel de abogados aprobado por ley 21.839 (t.o. 1980) (Adla, XL-C, 3601) a estar a sus artículos 1 y 18, aunque el procedimiento no haya sido el de un juicio ordinario o sumario. Este no es un requisito establecido por el arancel; la interpretación de la Corte lleva a tener por no escrito el artículo 18 del arancel (96).

#### **XIV. Conclusiones**

Como se ha visto la Corte se ha pronunciado sobre múltiples cuestiones vinculadas con el arbitraje, y en general lo ha hecho con un criterio bastante favorable a éste, aun en épocas en las cuales la doctrina se mostraba reacia y su utilización era poco menos que excepcional.

Sin embargo cabe preguntarse qué importancia tienen estos precedentes en nuestro derecho vivo.

Santiago Legarre y Julio César Rivera (h) vienen publicando una serie de trabajos sobre la obligatoriedad de los fallos de la Corte (97) en los que

---

(96) En el voto del Juez Belluscio en "J.C. Rocca", citado, se lee: "En el caso en que se trata de un arbitraje interno no institucional, la actividad de procuradores y abogados debe ser retribuida según la ley vigente que establece el arancel para el ejercicio de la profesión". Cabe señalar que en la causa Yacimientos Carboníferos Fiscales el Dr. Belluscio tampoco se había pronunciado a favor de la aplicación del Reglamento CCI para regular los honorarios de los abogados, pues en tal caso en su voto había propiciado que se rechazara el recurso en cuanto se trataba de la regulación de los honorarios de tales profesionales. De todos modos, la salvedad hecha en cuanto a la naturaleza del procedimiento arbitral (interno no institucional) deja la duda acerca de cuál hubiera sido el criterio en caso de tratarse de un arbitraje internacional o de un arbitraje institucional o de uno que reuniera ambas condiciones a la vez.

(97) LEGARRE, Santiago - RIVERA (h.), Julio César, "La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores", JA 29/11/2006.

muestran cómo los tribunales inferiores prescinden de los criterios del más alto tribunal de la Nación con absoluta ligereza, en oportunidades recurriendo a fórmulas absurdas y vacías como lo hace el Superior Tribunal de Córdoba que afirma que cierta doctrina de la Corte en materia de impuestos “*no es de recibo*” o aun sosteniendo que sería inconstitucional sostener la obligatoriedad de los precedentes del máximo tribunal. De allí concluyen estos autores que en el derecho argentino no tiene eficacia el *stare decisis* vertical.

Pero lo notable es que tampoco parece funcionar el *stare decisis* horizontal, pues es la misma Corte la que prescinde de valorar su importantísimo rol institucional al cambiar su jurisprudencia con demasiada facilidad. Esto ha sido muy bien destacado por un joven constitucionalista, Pablo Manili, quien señala que la Corte abandona sus propios precedentes; y no solo en materia de arbitraje sino que lo ha hecho en muchas otras cuestiones en un breve lapso desde que ha quedado configurada su nueva integración. Con ello la Corte revela una gran indiferencia por la previsibilidad de las decisiones y la seguridad jurídica que son el sustento de la doctrina del *stare decisis* (98).

A lo que todavía cabría agregar que la Corte suele valerse, de un modo ciertamente imprevisible, de un verdadero arsenal de criterios interpretativos, muchas veces contradictorios, lo cual contribuye a que la interpretación constitucional carezca de parámetros certeros (99).

Por ello, aun cuando en una valoración general se puede avizorar un criterio relativamente favorable al arbitraje, la jurisprudencia de la Corte ha sido oscilante, en algunas ocasiones contradictoria y en los últimos años hasta ha revelado cierta hostilidad. Por lo que la jurisprudencia de nuestra Corte está muy lejos de dar un verdadero respaldo al arbitraje comercial como lo diera la Corte Suprema de los Estados Unidos en el famoso pronunciamiento vertido en la causa *Mitsubishi Motors Corp.* (100).

---

(98) MANILI, Pablo L., “Primeras reflexiones sobre el fallo Simón: una disidencia ajustada a Derecho”, LA LEY, 2005-F, 15.

(99) SAGÜÉS, Néstor, “Interpretación constitucional y alquimia interpretativa. El arsenal argumentativo de los tribunales supremos”, JA 2003-IV-1220; GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, JA 11/4/2007.

(100) Corte Suprema de los Estados Unidos, in re *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth INC*, 1985.

Sumado al escaso valor que la Corte da a sus mismos precedentes y a la cuasi ignorancia de ellos por los tribunales inferiores, se crea una sensación de inseguridad más que se agrega a todas aquellas con las cuales los abogados —y los ciudadanos en general— convivimos diariamente en nuestro país.

---

# JOSE NICOLAS MATIENZO: UN ARQUETIPO DE PRINCIPISTA SIN CLAUDICACIONES (LA ETAPA FINAL DE LA GENERACION DEL 80')

POR JORGE REINALDO VANOSI (\*)

Al Prof. Dr. Horacio J. Sanguinetti, memorable Rector del Colegio Nacional de Buenos Aires y hermano de todas las horas.

SUMARIO: I. Introducción. — II. Breve síntesis biográfica. — III. Maestro de juventudes. — IV. El escritor y tratadista. — V. El hombre de acción. — VI. Un leal adversario. — VII. El pensamiento científico. — VIII. La investigación en el derecho constitucional moderno. — IX. Las firmes convicciones morales de un librepensador. — X. Las instituciones políticas argentinas. — XI. Senador por Tucumán. — XII. Conclusión.

## I. Introducción

La figura de José Nicolás Matienzo, pintada en un notable retrato de Antonio González Moreno, engalana, como ex presidente (1), uno de los

---

(\*)Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 12 de julio de 2007.

(1) Matienzo promovió la creación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, siendo luego presidente desde 1916 hasta su fallecimiento en 1936. Precisamente, en 1925, ocupando Matienzo la presidencia, el Poder Ejecutivo Nacional decretó el reconocimiento de su autonomía como Academia. Véase de TAU ANZOATEGUI, Víctor, “¿Cuál es la fecha de fundación de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires?, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2007, Buenos Aires. En este importante trabajo de investigación se estudia exhaustivamente la fecha de origen



salones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Esa imagen de un hombre delgado, sereno, elegante, recuerda a muchos (2) la del Presidente Woodrow Wilson. Fue inaugurada en agosto de 1958 y en esa oportunidad el Dr. Enrique Ruiz Guiñazu, refiriéndose a la persona del homenajeado, dijo: “(...) me atrevo considerar a Matienzo como el discípulo más esclarecido de Alberdi, a quien admiraba y seguía en el planteo y solución práctica de las cuestiones traídas a su dictamen. En el orden de las instituciones, en efecto, se ajustaba con severa disciplina científica a la investigación metódica de los hechos para la elaboración personal de sus ideas. Abominaba del verbalismo hueco de los demagogos, fustigándolos con verdadera autoridad crítica, tendiendo en sus escritos y disertaciones a robustecer la doctrina de la legalidad” (3)

No fue José Nicolás Matienzo ese tipo de pensador que especula en abstracto. Muy por el contrario, perteneció a esa otra clase que vincula los objetos del pensamiento al tiempo, a las circunstancias, a las características presentes, o ausentes, que confronta sus intuiciones e ideas con la realidad cambiante y elusiva, pues no teme desechar aquellas conclusiones teóricas que no pueden superar el rigor de las consideraciones empíricas. Al respecto escribía: “La idea de que puede estudiarse en abstracto las instituciones de un país, con prescindencia de los demás que concurren con él a formar el mismo género, es una concepción anticientífica; no hay, absolutamente, posibilidad de separar de los pueblos sus instituciones, para considerarlas aisladamente y en abstracto, como los matemáticos a las cantidades y figuras.” (4) Estas ideas en su expresión más directa

---

de la Academia. En su nueva condición fue integrada por los doctores: Antonio Bermejo, Juan A. Bibiloni, Ramón S. Castillo, Antonio Dellepiane, Vicente C. Gallo, Juan M. Garro, Carlos Iburguren, José N. Matienzo, Carlos F. Melo, Leopoldo Melo, Manuel A. Montes de Oca, Rodolfo Moreno (h.), Pedro Olaechea y Alcorta, Adolfo F. Orma, Norberto Piñero, Ernesto Quesada, Rodolfo Rivarola, Enrique Ruiz Guiñazú, Diego L. Saavedra, Carlos Saavedra Lamas, David de Tezanos Pinto, Raymundo Wilmart.

(2) Segundo V. Linares Quintana recuerda ese gran parecido con el Presidente Wilson, y también las largas horas que Matienzo pasaba en la sala de lectura de la Biblioteca del Congreso estudiando libros de Story, Watson, Bryce y otros clásicos del derecho constitucional. Linares Quintana lo evoca serio, educado, parco de gestos, medido en sus palabras, pero singularmente adusto y hasta hosco en ciertas ocasiones.

(3) RUIZ GUIÑAZU, Enrique, “Homenaje a los Ex Presidentes de la Academia Doctores Matienzo y Melo”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Morales, N° 3, p. 141.

(4) MATIENZO, José Nicolás, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Librería La Facultad, 1926, Buenos Aires.

son coherentes con el ideal científico que afirma: “el poder de la ciencia sólo puede basarse en la seguridad de estar sosteniendo la verdad a cualquier precio; en el sentido de que toda verificación lógica o experimental que refute una teoría establecida debe decretar sin más la revisión de ésta en algún aspecto”. No obstante, aunque ese “hecho adverso permite profundizar una teoría más que eliminarla; lo que no se puede hacer es dejar las cosas como estaban” (5).

La vida de Matienzo transcurre en un período signado no sólo por la ilimitada confianza en la autoridad de la ciencia —que en formas menos absolutas pero mucho mejor fundamentadas, aún se conserva— sino también en esa etapa en que el positivismo filosófico permeaba todas las expresiones del conocimiento humano. En ese momento de la historia, que en nuestro país coincide con la Generación del '80, la esperanza de progreso continuo e ininterrumpido era pensada como una realidad evidente atestiguada por 50 ó 60 años de paz en Europa y por los relativos avances económicos y sociales que se verificaban en todo el mundo. A partir de 1914, la 1ra. Guerra Mundial sepultó para siempre esa ilusión.

Es arduo definir el alcance del término “generación” que suele aplicarse para circunscribir, en períodos de tiempo y lugar más o menos fijos, a un grupo humano que comparte cierto número de características que dilucidan determinados aspectos de la historia. En la llamada “Generación del '80” esos aspectos comunes que la constituyeron fueron su adhesión al positivismo, un marcado pensamiento laicista, una fe acendrada en la ciencia, en el progreso continuo de la humanidad (6) y en la necesidad de un respeto a las libertades individuales sin por ello menoscabar la presencia del Estado donde fuera necesario. Este punto vista que llamaríamos cultural y sociológico es el preferido por Carlos Sánchez Viamonte en oposición al Método Generacional defendido y aplicado por Ortega y Gasset. Dice Sánchez Viamonte (7): “Sigo creyendo que si existe un pro-

---

(5) LENTINO, José María, “El Secreto de Pitágoras”, Revista Símbolo, Año LVI, N° 84, abril 2007, Buenos Aires, ps. 18 y sigtes.

(6) Y la pertenencia masiva a las corrientes “librepensadoras” vinculadas a la Francmasonería.

(7) VANOSSI, Jorge Reinaldo, “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su Jurisprudencia”, Ediciones Pannedille, 1970, Buenos Aires. El maestro Sánchez Viamonte, ilustre constitucionalista platense, prologó esta obra (primera tesis de Doctorado del autor), en cuya oportunidad formuló sus puntos de vista respecto de la cronología de las llamadas “generaciones”.

blema generacional no puede ser otro que el de carácter histórico, en relación con la cultura y con las ideas o principios que le aportan, no los nacidos durante el mismo año, sino los que permiten ser agrupados sin excesivo rigor cronológico, en la realización de una tarea común que los caracteriza y vincula. Por eso asigno significado de generación histórica al conjunto orgánico que se manifiesta como tal en las ideas y en los principios. Cuando se trata de nuestro país durante el siglo XIX, señalo tres generaciones históricas: la de 1810, la de 1837 y la de 1880, fechas que no provienen de los nacimientos sino de la obra realizada o a realizar, aunque la fecha de los nacimientos abarquen un ciclo de veinte años como máximo.” Esa pertenencia a una generación mejor caracterizada por aspectos culturales que por fecha de nacimiento, tiene en el caso de José Manuel de Estrada un buen ejemplo. Este gran intelectual y político sólo compartiría una parte de los rasgos anotados más arriba para la Generación del '80; no obstante son pocos los que no lo ubicarían francamente entre los integrantes de esa generación. En efecto, era un convencido opositor de la Ley 1420, pero no por ello dejaba de opinar que la separación entre el Estado y la Iglesia era lo mejor: para el Estado y ... para la Iglesia.

Matienzo fue un hombre del '80, positivista pero no ingenuo ni fanático. Quizás por eso valga citar la humorada de Mario Bunge cuando decía: “El positivismo es un freno para la ciencia avanzada, y un laxante para el macaneo. Dado que el macaneo predomina en los países subdesarrollados, una dosis de positivismo puede parar la verborrea. Por esto lo odian los oscurantistas: no por sus limitaciones, sino porque les corta el macaneo. Por esto, en Latinoamérica a mí se me tilda a menudo de positivista, y por ese mismo motivo no me enoja, aunque el apelativo sea grotescamente falso” (8).

## II. Breve síntesis biográfica

Una apretada biografía de este insigne jurista ubica su nacimiento en San Miguel de Tucumán el 4 de octubre de 1860. Era hijo de Agustín Matienzo, quien fuera Ministro Plenipotenciario de Bolivia antes de radicarse en Tucumán. En esta ciudad realiza estudios primarios y secundarios que luego continúa, a partir de 1874, en el Colegio Nacional de Buenos Aires (9), donde concluye el nivel medio. Volvería luego a este célebre

---

(8) Comunicación privada, entre el humor y la ironía.

(9) El registro del Colegio Nacional de Buenos Aires ubica en Talcahuano 9 su domicilio de entonces.

Colegio, en marzo de 1885, como profesor de Geografía en reemplazo de Adolfo Horma (10). En esos años de estudiante conoce y es discípulo de José Manuel de Estrada, primer profesor de Historia Argentina que, al decir de Gerardo Ancarola, “no solo dictaría clases magistrales sino que dejaría en sus discípulos huellas imborrables de saber y de conducta”. Esto es harto evidente en el caso de Matienzo.

Ingresa en 1878 a la Facultad de Derecho, obteniendo su título de grado en 1882 con una tesis en derecho civil que tituló “Qué debe ser el heredero”. Inmediatamente se desempeña en el Ministerio del Interior y poco después lo hace como ministro general en la provincia de Santiago del Estero en la administración del Gobernador Pedro F. Unzaga. En sus años de estudiante y de novel egresado escribe poesía, realiza traducciones y forma parte del Círculo Científico Literario (11), que fundado en 1878, es un típico ejemplo del afán científico, el compromiso con su época y la sensibilidad artístico-literaria de los hombres de esa generación.

Habiendo retornado a Buenos Aires, fue asesor letrado del Ministerio de Obras Públicas (1889). En esas funciones formó parte de la Comisión redactora del proyecto de Ley General de Ferrocarriles. Nombrado Juez del crimen en 1887, pasa, entre 1889 y 1890, a ser Juez en lo civil y comercial en la ciudad de La Plata. A partir de 1890 comienza a participar en comités de la Unión Cívica, involucrándose en la revolución Radical de 1893.

### **III. Maestro de juventudes**

Con no menor enjundia y dedicación desempeña, a partir de 1904, cargos docentes de imborrable memoria en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata y en la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, en la que es profesor de Lógica. Con posterioridad asume el decanato de ambas facultades y es profesor en los colegios universitarios de Buenos Aires y La Plata. Es indicativo de la calidad ética de su persona la renuncia como decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberle sido rechazado un proyecto que estatúa un régimen de docencia libre para los profesores y, correlativamente, de asistencia libre a clase para los

---

(10) En ese momento un profesor ganaba \$120 por 6 hs de cátedra semanales.

(11) Fue esa una época de instituciones progresistas, ligadas todas ellas por una impronta científicista común a la Generación del '80. Son fieles ejemplos de esta actitud: no sólo el Círculo Científico Literario sino también la Academia Nacional de Ciencias y Letras, la Sociedad Científica Argentina, la Academia de Medicina y otras.

alumnos, además de reducir el período de tiempo de los funcionarios universitarios en sus cargos. Ya alejado de la docencia, a partir de 1927, sus pares lo eligen Profesor Honorario tanto en Buenos Aires como en La Plata. Por algo el Dr. Pedro Frías dice que Matienzo renovó los méritos de la “nobleza de toga” (12).

Las calidades cívicas de los ciudadanos nacen en el aula. En tal sentido, enseñó a apreciar la verdad sin ampulósidades ni sofisticaciones inútiles. Dijo al respecto: “La verdad es sencilla, no requiere los adornos de ella y de lo que le concierne, sin alterar el tono habitual de nuestro lenguaje”. La cátedra, era a su juicio, el vehículo con el que se debía transmitir a las nuevas generaciones las imprescindibles convicciones cívicas formadoras de una opinión pública responsable. Esa misma opinión pública que debería ser, a extramuros del aula, agente activo, esencial en la consolidación y control de las virtudes republicanas. En una frase que él solía utilizar: “hacernos dignos de la República y mejorarnos para que el gobierno también mejore”, queda expresada a la perfección sus anhelos como maestro. No podemos dejar de señalar las reminiscencias de estas palabras con las que antes había vertido, respecto del mismo tema, su admirado mentor Juan Bautista Alberdi: “el problema del gobierno posible en la América española no tiene más que una solución sensata: elevar nuestros pueblos a la altura de la forma de gobierno que nos ha impuesto la necesidad; en darles la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacernos dignos de la república, que hemos proclamado, que no podemos practicar hoy, ni tampoco abandonar; en mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo” (13). Matienzo asumió en su vida pública aquello que preconizaba en sus clases y reguló su vida personal según la máxima de Demócrito: “Aprende a avergonzarte más ante ti que ante los demás.”

Desde el 7 de febrero de 1906 se hace cargo de la cátedra de Derecho Civil Comparado y luego, en 1908, de la de Derecho Constitucional, ambas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, en donde fuera convocado para ocuparla por su Presi-

---

(12) FRIAS, Pedro J., “José Nicolás Matienzo - Una semblanza”, Anales, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. 28, 1999, Buenos Aires

(13) LANFRANCO, Héctor P., “José Nicolás Matienzo, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras N° 17.

dente, el gran Joaquín V. González. Debe destacarse especialmente su pertenencia a la afamada “Escuela platense de derecho constitucional” que tanto y tan notorios aportes ha dado a la teoría del derecho. Entre sus muchas innovaciones debe mencionarse en especial “el reconocimiento del orden político”, es decir, que el derecho constitucional trasciende las normas meramente positivas y abarca la consideración, el análisis, el estudio y la crítica del orden de los comportamientos políticos y de las costumbres constitucionales que se van registrando. Esta innovación comienza con el propio González y sobre todo por José Nicolás Matienzo que, tanto en su obra de Derecho Constitucional como en la de “Régimen representativo y federal en la Argentina”, aplica una metodología que además de las normas incluye un conocimiento profundizado de la realidad. Hemos mencionado a Joaquín V. González y no se puede dejar de apreciar su impronta en la llamada “orientación platense del derecho”. Primero, la operatividad máxima de las cláusulas constitucionales sobre los derechos y garantías, que mucho tiempo después sería tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la creación del amparo. Segundo, los derechos sociales y un “nuevo derecho”, anticipo de lo que así llamaría Alfredo Palacios a lo que estaba implícito en el Código de Trabajo que redactara Joaquín V. González y que el Congreso no llegara a aprobar. Tercero, la representación de los intereses y la ampliación del ámbito de la libertad política, reflejada en la participación del gran riojano como Ministro del Interior en el debate de la Ley Electoral a comienzos del siglo XX, que estableció el sistema de voto uninominal por circunscripciones, considerado una avanzada para la época y que los propios legisladores conservadores que lo aprobaron, prontamente lo derogaron por temor a que sus resultados hicieran tambalear el poder que detentaban. La cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Plata que tantos logros significara para la especialidad fue ocupada no sólo por Joaquín V. González, sino también por otros eminentes pensadores del derecho como Agustín Alvarez, Juan Antonio González Calderón, Carlos Sánchez Viamonte, Segundo V. Linares Quintana y, en su momento, el ilustre José Nicolás Matienzo (14).

Con posterioridad ejerce el cargo de Decano durante 5 años, aunque sin abandonar su puesto como profesor de Derecho Constitucional, en el que

---

(14) Conf. VANOSI, Jorge Reinaldo, “La Enseñanza del Derecho Constitucional - Escuelas, Tendencias y Orientaciones”, Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Epoca, Año XLIV, N° 37, 1999, Buenos Aires, ps. 225 a 311.

continúa hasta 1927. Al dejar definitivamente la docencia universitaria, es honrado como Profesor Honorario de las Universidades de La Plata y Buenos Aires simultáneamente.

En Buenos Aires es primero profesor y luego, en 1906, Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA. Al frente de esta Facultad realiza una notable obra de jerarquización académica. Renueva planes de estudio y su preocupación por la documentación referida al período de la Organización Nacional da lugar a lo que más tarde sería el Instituto de Investigaciones Históricas, reconocido internacionalmente por su importancia científica. Linares Quintana lo describe con gran precisión al destacar: “la forma natural y sencilla con que Matienzo desarrollaba sus clases; hablaba en ellas con una sinceridad pocas veces igualada con recta conciencia, impregnando siempre su exposición de un profundo fervor cívico que impresionaba a sus alumnos”. Magnífica síntesis de una personalidad que fue, no cabe duda, maestro de juventudes.

#### **IV. El escritor y tratadista**

Todas estas actividades: magistrado, político, educador y hombre público, no le impidieron escribir mucho y bien; su actividad como tal se extiende toda su vida. Publica: “Gobierno representativo y federal en la república”, un verdadero clásico editado en Madrid 1910 y traducido al francés en 1912; “Proyecto de Constitución para la Provincia de Santiago del Estero” en 1884; “La Práctica del sufragio popular” en 1886; “Manual de geografía de Europa” en 1887; “Responsabilidad Judicial” en 1888; “Proyecto de Código Penal” en 1891; “Compendio de Psicología” en 1893; “La revisión del Código Penal Argentino” en 1900; “La competencia ilegal en el servicio de transportes” en 1904; “Trabajo, mujeres y niños” en 1907; “La idea del derecho” en 1883 y, en colaboración con Luis María Drago; “Accidentes de trabajo” también en 1907; “Conciliación y arbitraje” y “Retiros obreros” en 1908; “Temas políticos e históricos” en 1916; “Cuestiones de derecho público argentino” en 1925 (Apéndice 1); “Lecciones de derecho constitucional” en 1916; “Remedios contra el gobierno personal” en 1931. Esta obra profusa, densa en contenido y erudición, se continúa con muchos otros libros y centenares de artículos que sería tedioso enumerar detalladamente.

#### **V. El hombre de acción**

Fue un hombre de estudio, un investigador que no desdeñó participar activamente en el quehacer político, incluida su vertiente revolucionaria.

Afiliado a la Unión Cívica Radical intervino, como hemos dicho, en la Revolución del 1893 y, más aun, meditó sobre las grandes fuerzas que conducen a una sociedad a optar por ese recurso extremo. Estaba persuadido de que el poder personal del que hacían abuso algunos presidentes desviaba a los mismos del mandato constitucional que los obligaba a ser nada más que servidores fieles e insobornables de los intereses públicos. Una consecuencia inmediata de la inconducta de esos gobernantes era el debilitamiento moral de hombres e instituciones y, a partir de este punto, el inexorable deterioro del resto de los aspectos que definen a un país progresista y respetuoso de la ley común. La ausencia de instituciones subordinadas a las normas constitucionales, junto con cuotas crecientes de injusticia, llevaron a esas sociedades a un callejón sin salida. Puesto que los resortes legales previstos para impedir esos excesos no se respetaban, sólo quedaba en ese momento y como último recurso para salvar la soberanía del pueblo el acto revolucionario que reinstalara el libre y riguroso funcionamiento de las instituciones establecidas por la Constitución. En la abolición de las arbitrariedades del Estado que sobrepasa sus atribuciones constitucionales es que Matienzo justifica el uso de la fuerza. En su carta al Dr. Guillermo Udaondo y después en "Política Argentina", de 1904, se justifica con muy buenas razones ese proceder. En efecto, la restauración de las instituciones era el eje y el límite de su ideario revolucionario, en el que incluía la necesaria "desinfección" de los poderes públicos y los partidos mediante la aceptación voluntaria de la Constitución y la moral pública. Matienzo criticaba especialmente el ejercicio del gobierno en contubernio con los intereses de partido, mientras que los intereses de la República exigían dirigir los asuntos del Estado bajo la guía de principios impersonales, numen y alma de las instituciones libres. No eran, sin embargo, estas consideraciones un menosprecio a la formación y existencia de los partidos políticos. Muy por el contrario, Matienzo señalaba que, aunque no existiera la palabra "partido" en el texto de la Constitución Nacional, éstos estaban implícitamente mencionados al establecer como regla para la elección de autoridades la pluralidad o mayoría de los sufragios (15). La necesidad de diversidad y tolerancia de enfoques e intereses, y, por lo tanto, la organización de los mismos mediante la creación de partidos políticos, era considerada esencial por Matienzo y muchos otros célebres constitucionalistas (Apéndice 2). No obstante, si bien es deseable que los intereses sectoriales y de grupo se expresen mediante la organiza-

---

(15) LINARES QUINTANA, Segundo V., "José Nicolás Matienzo: Una lección de fidelidad a los ideales", Revista Argentina de Ciencia Política - N°4 julio/Diciembre de 1961, Ediciones Depalma, Buenos Aires



ción de partidos, no es menos imprescindible que esas organizaciones respeten cuidadosamente las reglas de juego expresadas por la ley y la ética; y en particular la Carta Magna, que fundamenta la estructura normativa de un país y es condición necesaria para la existencia de un estado democrático y pluralista. Muchos otros grandes constitucionalistas manifestaron ideas similares. Hans Kelsen afirmaba: “la democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos”; o Finer parecidamente: “el gobierno representativo es el gobierno de los partidos”; o finalmente Ranelletti: “la representación política y la elección de un Estado constitucional presuponen la existencia de partidos políticos en el país”. Entre nosotros José Manuel Estrada proclamaba muy contundentemente: “la ausencia de partidos es el cretinismo de los pueblos”, y por último Avellaneda aseguraba que “la existencia de los partidos es indispensable en el régimen constitucional, que necesita en el gobierno y eficacia en la oposición” (16). Matienzo adhería absolutamente a estas ideas.

Tal vez lo acaecido el 30 de julio de 1893 pueda tener muchas causas y quizás también las motivaciones de los alzados puedan haber sido muchas, pero es muy probable que las de José Nicolás Matienzo tuvieran que ver, principalmente, con su posicionamiento “rígido en la defensa y formulación de sus principios, pues jamás los declinó ni aun cuando estuvieran en juego los intereses de sus más íntimos amigos. Aparecía, ante la opinión pública ‘como hombre harto severo, a veces duro’ como dijera La Prensa, después de su fallecimiento; (...) tenía derecho, como pocos, a señalar normas de conducta a sus conciudadanos. Y así lo hizo, durante muchos años, bregando infatigablemente, por la purificación de las prácticas republicanas, por la despersonalización en el ejercicio del gobierno, por la veracidad en la vida pública de la nación” (17). Esa mentada dureza tal vez fuera nada más que una cualidad humana prácticamente en extinción: la honradez intelectual. Expresión de una forma de conducta que se sobrepone a las necesidades circunstanciales de la política.

## **VI. Un leal adversario**

Es posible que el acto político exija acortar distancias y en este sentido es inobjetable la práctica de un diálogo atemperado que armonice intereses en pugna. Sin embargo, el espacio que se puede ganar o ceder en ese inter-

---

(16) Idem.

(17) LANFRANCO, Héctor P., op. cit.

cambio no debe, en la concepción de hombres como Matienzo, conculcar principios que se han defendido toda una vida. Matienzo hacía gala de este proceder, públicamente, aun en situaciones que aconsejaban abstenerse de hacerlo. En el trágico debate por “las carnes” —en el que la interpelación al Ministro de Agricultura condujo, inexorablemente, al asesinato del senador Bordabehere a manos del sicario Valdez Cora— el entonces senador Matienzo, adversario de Lisandro De la Torre, criticó con acritud la conducta del Ministro de Agricultura, quien remiso a enfrentar las imparables denuncias del senador por Santa Fe, le insultó y hasta llegó a agredirlo físicamente en esa fatídica tarde del 23 de julio de 1935. Son una muestra prístina de su gallardía y honradez las palabras pronunciadas en la sesión de 10 septiembre de ese año: “Bien, señor presidente: yo noto que se trata aquí de arrojar un velo piadoso sobre la responsabilidad del Ministro de Agricultura; pero yo no estoy dispuesto a colaborar en semejante actitud. Yo no quiero arrojar velo alguno sobre esa responsabilidad, porque sería arrojar un velo sobre la Constitución. Yo creo que la actitud del Ministro de Agricultura, agrediendo materialmente al senador por Santa Fe, doctor de la Torre, es una actitud digna de ser reprobada en alto grado por el Senado y además digna de ser llevada a la justicia (...) Los ministros, señor presidente, son los órganos de comunicación entre los dos poderes: el Ejecutivo y el Legislativo. Las relaciones entre los dos poderes se establecen por intermedio de ellos, de manera que se afectan completamente las instituciones del país cuando esas relaciones se interrumpen en la forma tan violenta como las interrumpió el señor ministro de Agricultura. Todos los testigos, en las declaraciones que han sido leídas y las referencias hechas por los diarios, establecen el origen del incidente en la agresión del ministro de Agricultura al senador por Santa Fe, derribándolo al suelo. Si esa agresión no tiene lugar, el senador Bordabehere no corre a levantar al senador de la Torre y, por consiguiente, Valdez Cora no corre a asesinar a Bordabehere; de manera que, sin intención alguna, el autor indirecto de la muerte del senador Bordabehere es el Ministro de Agricultura. Suprímase esa intervención del ministro de Agricultura al agredir al senador de la Torre y se suprime todo el resto del incidente: no ocurre nada.”

En otras memorables sesiones tampoco dejó de criticar el tratado Roca-Runciman, advirtiéndole que “(...) tratar con una nación poderosa es siempre salir vencido; tratar con muchas naciones poderosas como Inglaterra, Francia, Alemania y Estados Unidos, que pedirían sendas concesiones aduaneras, sería exponerse a quedar con muy poca cosa, tal vez sólo menudencias...”. Asimismo cuestionó con gran ironía las relaciones con Gran Bretaña, y al respecto dijo que: “Yo siento tener que oponerme a esta

negociación por dos razones: primero, porque ella ha sido llevada a cabo por órgano o conducto del Ministro de Relaciones Exteriores, a quien aprecio con la sinceridad que él sabe y, por otra parte, porque los pueblos de habla inglesa son los de mi predilección. Desde joven, me he acostumbrado a leer libros ingleses y seguir la política inglesa, norteamericana, australiana, canadiense, sudafricana, etcétera. De manera que cuando veo que estos países de mi predilección cometen estas iniquidades, estas injusticias, como lo que pasa en este caso, yo me contristo Sr. Presidente...” (18). Es que Matienzo no podía ser deslumbrado por un “canto de sirenas” cuando estaban en juego intereses comerciales. En este sentido su infalible pragmatismo le hacía decir: “(...) una cosa es la amistad entre las personas o entre las naciones y otra cosa son los intereses comerciales. Alguna vez he dicho en este Senado que las relaciones internacionales no están regidas por el dios Cupido sino por el dios Mercurio, y a veces el dios Mercurio en combinación con el dios Marte (...)”. Entonces, quedaba bien claro que al pisar el Senado “(...) dejo mis sentimientos poéticos en las antesalas antes de entrar a este recinto y aquí no traigo sino dos sentimientos: el amor a mi país y el deseo sincero de serle útil colaborando en su prosperidad y en su engrandecimiento, siempre con honor.” Esto no es un juego de palabras sino un severo recordatorio de las frivolidades que encubren las peores apetencias de quienes debilitan los intereses de la patria. El punto central que Matienzo atacó, en su participación en el famoso debate, es la pérdida de reciprocidad que implicaba el tratado Roca-Runciman, pero tampoco dejó de notar que el viaje del Dr. Julio A. Roca (h.) a la Gran Bretaña era para hacer una visita de cortesía, en retribución a la visita del príncipe de Gales y, de ningún modo, para celebrar convenios comerciales: “A mí me pareció —dice Matienzo— desde el principio que una visita de cortesía no podía ser seguida de una postdata comercial”. En otro pasaje de su intervención aconsejaba: “Les recomiendo (...) el párrafo a nuestros hacendados y agricultores para ver si ellos coinciden, también, en llamar política liberal a la política inglesa que impide la entrada en su país de nuestras carnes y productos alimenticios.” Concluyendo esta idea y refiriéndose a los usos de Estados Unidos en esos temas decía: “(...) de manera que, señor presidente, como se ve, la política comercial norteamericana consiste en lo siguiente: en ningún caso se consiente que una nación extranjera perjudique el comercio nacional; inmediatamente que perjudica se alzan las tarifas a las mercaderías que se consideran más convenientes, y si ese país, persistiendo en su guerra aduanera, modifica-

---

(18) Diario de Sesiones, año 1933, t. I, ps. 595 y 609.

ra todavía las tarifas o las aumentara, el Poder Ejecutivo de Estados Unidos queda autorizado a excluir las mercaderías. Esto es lo que nos correspondía haber hecho a nosotros, con solamente haber aumentado el 50% de derechos a los tejidos y artículos metálicos ingleses, habríamos obtenido una mejora, por lo menos, y habríamos alcanzado mejor solución.” El espejismo que le gustaba creer a algunos políticos oficialistas era que la Argentina por obra y gracia del tratado pasaba a tener las prerrogativas de los dominios británicos que, al decir de Matienzo, tampoco eran muchas: “Esa es la situación en que nos encontraremos con Inglaterra. Nos consultará, muy bien; eso no quiere decir que esté obligado el gobierno inglés a resolver de acuerdo con nuestra opinión. Consultará la opinión de los Dominios ingleses y de la Argentina; pero aceptará la de los Dominios. Eso no es garantía de ningún género; son palabras y nada más (...) es en balde que se invoque el derecho de la amistad y se hagan valer los agasajos que han recibido nuestros representantes en Inglaterra. Mientras estaban recibiendo agasajos y banquetes los representantes nuestros, el ministro de correos de Inglaterra publicaba un timbre festejando el centenario de la ocupación de las Islas Malvinas.” Para el Senador Matienzo, como para toda las mentes lúcidas, lo obvio es en general lo más razonable, por lo tanto la equiparación soberana de intereses sería la única que evitaría “el tironeo que hay en las negociaciones diplomáticas, en las cuales salimos perdiendo siempre los más débiles (...) Inglaterra nos trata como a menores de edad, o como dicen que trataba un cierto catamarqueño a su mujer ‘Por que te quiero, te aporreo’ (...). Hay que mantener un poco más altiva la frente cuando se trata de una nación soberana como la República Argentina, que va creciendo mucho más rápidamente que los Dominios ingleses y que llegará con el tiempo a imponer la ley, si fuera necesario, sobre los ingleses, y sobre sus dominios.” A modo de comentario, nos permitimos trasladarnos de la historia (que es lo que fue) al imaginario de la *ukronia* (que es la suposición de lo que acaso hubiera podido ser) y, por ese ejercicio mental, preguntarnos qué suerte nos habría deparado el rechazo liso y llano del tan polémico acuerdo Roca-Runciman: ¿mejoría o empeoramiento de nuestra situación económica y de nuestras relaciones comerciales?

Esa franqueza e hidalguía que caracterizaba a Matienzo en su papel de crítico u opositor se manifiesta también en el episodio en que, por un conflicto de poderes entre el gobernador Octavio Vera y la legislatura de la provincia de Tucumán, el Congreso decide su intervención. En esa circunstancia José Nicolás Matienzo, siendo Ministro del Interior del Presidente Marcelo T. de Alvear, coherente con su pensamiento (Apéndice 3) y

preocupado por la desnaturalización en que se había sumido el recurso constitucional de la intervención federal, impartió instrucciones al Dr. Luis Roque Gondra en las que acentuaba el carácter limitado y transitorio que debiera exhibir la intervención federal que se le estaba encomendando. En el consiguiente entredicho con Gondra, el Presidente apoyó a éste, aunque poco tiempo antes Alvear y Matienzo presentaron en el Senado un proyecto de reforma parcial de la Constitución (Apéndice 4) en donde, entre otras cosas, promovía la elección directa de los senadores, retirándole esa incumbencia a las legislaturas provinciales, fuente y origen, según Matienzo, de las causas que, en la mayoría de los casos, provocaban la intervención federal. Matienzo no dudó un instante en presentar la renuncia que constituye, en sí misma, una verdadera lección de derecho constitucional y probidad moral (Apéndice 5). En estos capítulos de su vida se advierte el irrenunciable sostén que hacía de sus principios. Era preferible sacrificar beneficios personales antes que renunciar a aquéllos. El Presidente Alvear, respetuoso del estado de conciencia de Matienzo, aceptó resignadamente su alejamiento; y a la gestión cumplida le sucedieron en el mismo período presidencial las no menos ponderosas actuaciones de los Ministros del Interior, doctores Vicente Gallo y José P. Tamborini.

## VII. El pensamiento científico

El enfoque epistemológico, presente en su pensamiento, está fuertemente inspirado en los presupuestos metodológicos que guían las ciencias empíricas. Un buen ejemplo es una carta firmada por Matienzo, entre otros (19), y dirigida a Florentino Ameghino (20), en ocasión de ser creada la Sociedad Antropológica Jurídica en febrero de 1888:

“Buenos Aires, Febrero 11 de 1888

Sr. Florentino Ameghino.

“Los que suscriben tienen el honor de dirigirse a Ud. invitándolo a una reunión que tendrá lugar en casa del Dr. Luis M. Drago, calle Córdoba

---

(19) Acompañan la firma de Matienzo un conjunto representativo de personalidades en las que se hallan Luis M. Drago, Luis M. Gonnet, Benjamín C. González, Juan José Naón, José Penna, Francisco B. Pico, Antonio J. Piñeiro y otros.

(20) Carta de un grupo de científicos y otras personalidades a Florentino Ameghino, con motivo de la creación de la Sociedad de Antropología Jurídica (febrero de 1888). Véase: [http://www.educ.ar/educar/superior/biblioteca\\_digital/verdocbiblio.jsp?url=s\\_bd\\_proyectoameghino/cartacient.htm&contexto=superior/biblioteca\\_digital/](http://www.educ.ar/educar/superior/biblioteca_digital/verdocbiblio.jsp?url=s_bd_proyectoameghino/cartacient.htm&contexto=superior/biblioteca_digital/)

N° 278, el día viernes 17 del corriente, a las 8 y 1/2 pm con el objeto de cambiar ideas respecto a la fundación de una Sociedad científica que se ocupe del estudio de las ciencias represivas bajo el punto de vista de la Psiquiatría y de la Antropología” (21).

“Cualquiera que sea la doctrina que se acepte como fundamento del derecho de la sociedad para reprimir el delito, ya se le encare bajo el punto de vista de la expiación o el de la defensa social, es indiscutible la necesidad de estudiar ante todo la personalidad del delincuente para establecer el grado de responsabilidad dentro del primer criterio y el de su temibilidad dentro del segundo.”

“En todo caso, es conveniente y patriótica nuestra incorporación al movimiento científico de la actualidad, contribuyendo en la medida de nuestras fuerzas al estudio de las nuevas ideas basadas en el experimentalismo y procediendo, de paso, a la reforma gradual y progresiva de la ley penal, de acuerdo con los principios de la nueva escuela, que suficientemente madurados, se pueden considerar benéficos en la práctica.”

“Conociendo su tendencia estudiosa y su desapasionado amor por la verdad, nos hemos permitido dirigir a Ud. la presente, remitiéndonos, sus afmos. S. S.”

En su ideario filosófico las instituciones practicadas por los hombres dependen de las costumbres, ideas y sentimientos de quienes las crean. Sin embargo, no necesariamente los aspectos que caracterizan dichas instituciones, en cada sitio, en cada país, son diferentes de los operantes en otro; y menos aun los instrumentos provistos por la ciencia política que, en uno u otro lugar, permiten analizarlos y comprenderlos. La independencia política no implica, en absoluto, independencia conceptual. Deja claramente expuestas estas ideas, que universalizan las vinculaciones de causa a efecto entre los fenómenos sociales: “Hay que considerar, entonces, en el estudio de las instituciones, no solamente lo que ocurre en el país que motiva ese estudio (en este caso la República Argentina), sino también lo que ocurre en el resto de las naciones en que se ha fraccionado la humanidad; porque todo eso influye sobre el desenvolvimiento político del país tomado como tema. Por otra parte, hay la posibilidad de encontrar, cuando uno compara las instituciones de distintos Estados, cier-

---

(21) Esta entidad no llegó al éxito esperado, ya que tuvo apenas un año de existencia.

tas leyes generales de desenvolvimiento de las mismas que es muy útil tener en cuenta, para no creer que los fenómenos ocurridos en un país determinado son únicos y extraños a los de todos los otros países, no dependiendo de acciones o reacciones humanas más generales que las acciones políticas internas” (22). En definitiva, el pensamiento de Matienzo innova incluyendo el reconocimiento del orden político. Es decir, que el Derecho Constitucional trasciende las normas meramente positivas y abarca la consideración, el análisis, el estudio y la crítica del orden de los comportamientos políticos y de las costumbres constitucionales que se van registrando de lugar en lugar. Esta innovación comienza con Joaquín V. González, pero ha sido fuertemente desarrollada por Matienzo en su obra “Derecho Constitucional”, como en “Régimen representativo federal en la Argentina” donde aplica una metodología que, además de las normas, incluye un conocimiento profundo de la realidad fáctica.

Matienzo estaba totalmente compenetrado (23) del papel necesario de la ciencia política como factor condicionante en la consolidación de gobiernos democráticos y pluralistas. Sabía que en la medida que la ciencia política integre la educación general habría más y mejores posibilidades de enfrentar eficazmente a demagogos, comprender en detalle los problemas esenciales de la Nación, participar activamente en los debates públicos, discernir entre la propaganda política y la información veraz, enfrentar adecuadamente las mentiras y las falsas promesas, analizar constructivamente la acción de gobierno, ser idóneo como funcionario público y crítico leal como opositor. La política, en la concepción de Matienzo, debiera trascender las meras necesidades oportunistas para constituirse en una conducta humana avalada por la racionalidad suficiente de los argumentos científicos. Escribía al respecto: “La política, comprendiendo en este aspecto todos los actos y procedimientos que se refieren al gobierno de las naciones, es una manifestación importantísima de la conducta humana, y debe ser estudiada con criterio científico...” Estos no son conceptos retóricos, sino que desnudan la esencia del problema: “La ciencia no se hace con palabras, cuando se quiera hacer ciencia, sea o no constitucional, hay que buscar los hechos, (...) el investigador, el científico, tiene que buscar la verdad de las cosas en los hechos” (24), es decir,

---

(22) MATIENZO, José Nicolás, *op. cit.*

(23) LINARES QUINTANA, Segundo V., *op. cit.*

(24) Citado por LANFRANCO, Héctor, *op. cit.*

debe confrontar aquello que uno cree que es con el inapelable veredicto que se percibe en la realidad.

### **VIII. La investigación en el Derecho Constitucional moderno**

Matienzo puede y debe ser considerado un precursor de la moderna metodología en el derecho público en general y del derecho constitucional en particular, por las razones que exponemos a continuación. En el terreno de la investigación jurídica caben todas las recomendaciones metodológicas que corresponden a las ciencias sociales en general (*verbigratia*, el “Método de las Ciencias Sociales”, de Maurice Duverger, y el “Método de la Ciencia Política” de George Burdeau, son dos obras de insoslayable lectura para el jurista que aspire a especializarse en la rama del “derecho constitucional”, y aunque el enfoque de éste sea predominantemente positivo). A propósito de esto, podemos entrar a comentar un ejemplo que surge del derecho positivo, pero que trasciende hasta el punto de poner en relieve la *necesidad* (que es mucho más que la conveniencia) del trabajo en visión interdisciplinaria: es el caso del derecho constitucional moderno, que bien puede resultar el mismo caso de otras ramas del derecho público y, aun, del derecho privado (tomando esta vieja división con un sentido amplio y en la acepción común de los términos). Vamos a demostrar, a continuación, que el derecho constitucional clásico era una materia intradisciplinaria, mientras que el derecho constitucional actual está basado en un estudio interdisciplinario, o sea, que en el interior mismo de una rama del Derecho se ha producido el cambio suficiente como para evidenciar la “necesidad” de un estudio que exceda los límites puramente dogmático-positivos y abrace el cuerpo más amplio de la realidad con los instrumentos que le suministran las demás ciencias sociales.

La verificación de lo afirmado en el último párrafo comienza con el recuerdo de la relación entre el *método* y el *objeto*. Toda disciplina tiene un objeto de estudio: y cada objeto tiene sus “métodos” apropiados o correspondientes a su estudio (cabe aclarar que la palabra “método” está utilizada en sentido amplio, comprensivo de los métodos propiamente dichos, de las técnicas y de los enfoques) Así, el derecho constitucional clásico tenía por objeto el estudio de las normas de la Constitución formal; y, por lo tanto, sus métodos eran los correspondientes al estudio de normas jurídicas, o sea, los métodos jurídicos propios de toda la ciencia del Derecho. Esto está reflejado en las obras clásicas del derecho constitucional, que reproducían en la enseñanza el método de la Constitución positiva. Pero la evolución posterior registra un doble



cambio: por un lado, el ensanche del “objeto” de estudio, al que se incorporan nuevos temas que habían permanecido alejados del estudio exegético y literal del articulado constitucional, tales como los gobiernos *de facto* (doctrina de facto), la burocracia, el liderazgo, los partidos políticos, los grupos de poder, etcétera; y por otra parte, surge la necesidad de estudiar también los problemas de funcionalidad de aquellas normas constitucionales codificadas, en su aplicación. De ello resulta que el derecho constitucional moderno tiene un objeto más amplio y, en consecuencia, debe valerse de una pluralidad de métodos (*lato sensu*) para poder obtener el conocimiento completo de ese nuevo objeto. Es decir, que a cada ensanchamiento del objeto corresponde una ampliación de los métodos. Y es aquí donde surge el perfil interdisciplinario, en franca superación de la vieja óptica intra-disciplinaria: se produce una relación metodológica entre el derecho constitucional propiamente dicho (disciplina normativa) y las demás ciencias sociales que por la afinidad de su objeto son conocidas con la denominación —algo imprecisa— de “ciencias políticas”. En ese sentido, cabe afirmar que el mayor aporte al derecho constitucional, proveniente de esas disciplinas, consiste en el apoyo metodológico necesario para el nuevo objeto. Por ejemplo, aparece el aporte de la *Sociología Política*, que suministra a los constitucionalistas todo un arsenal de instrumentos conducentes a la verificación de la funcionalidad de las instituciones regidas por la Constitución escrita, con datos que son imprescindibles para poder llegar a un conocimiento real e integral del funcionamiento y de la efectividad de tales instituciones constitucionales. Se produce así una estrecha interrelación entre dos órdenes de conocimiento, para cuya aprehensión es menester apelar al estudio interdisciplinario, a saber: a) el orden del conocimiento constitucional, que recae sobre normas e instituciones, y que consiste fundamentalmente en *problemas de interpretación*; y b) el orden del conocimiento socio-político, que recae sobre hechos, fenómenos, ideas y procesos, pero que consiste principalmente en *problemas de funcionalidad*. Por eso es que en la actualidad no se habla de “derecho constitucional” a secas, y se prefiere una denominación más comprensiva, como la de “derecho constitucional e instituciones políticas” (Duverger, Hauriou, Linares Quintana, etc.). Pues bien: es a través de ese nivel del conocimiento socio-político (b) que hemos indicado cómo se produce la aportación metodológica de las demás ciencias sociales, mediante técnicas y enfoques que a manera de instrumentos auxiliares vienen a suministrar elementos que van a ser utilizados en la inducción y en la deducción (que son los “métodos” en sentido estricto o propiamente dichos).

Un abogado que no esté suficientemente preparado para trabajar interdisciplinariamente corre el grave riesgo de fracasar en el intento de llevar a cabo un estudio completo de cualquier institución. Puede decirse que así como el jurista que no utiliza el método comparado llega apenas a alcanzar un conocimiento parcial del objeto, ya que quien estudia el Derecho de un solo país ni siquiera estudia el Derecho de ese país; también acontece que quien solamente acude a los métodos jurídicos tradicionales, apenas alcanza a un estudio unilateral del objeto, que será fatalmente incompleto y dará resultados equívocos. El jurista que prescindiera de la apoyatura metodológica de las ciencias sociales podrá fácilmente incurrir en las deformaciones originadas en la unilateralidad; como también ese peligro concierne a quienes para alcanzar el conocimiento de un objeto jurídico se valen únicamente de elementos provenientes de las disciplinas sociales extra-jurídicas. La falta de adecuada inserción de la metodología interdisciplinaria puede tanto hacer caer en el hiperfactualismo o en cuantitativismo, como incurrir en el más estrecho legalismo formal (25).

Sin exagerar, puede afirmarse que Matienzo fue un visionario en la percepción analítica de los temas constitucionales.

### **XIX. Las firmes convicciones morales de un librepensador**

Matienzo fue un hombre de firmes convicciones políticas que practicó armoniosamente con sus no menos firmes principios morales. Producto de esa actividad política, ocupó, durante años, importantes funciones públicas, con rectitud, esmero y eficacia notables (26) de las que perduran una infinidad de testimonios. Fue Ministro de Gobierno en la provincia de Santiago del Estero, legislador, asesor del Ministerio de Obras Públicas de la Nación, presidente del Departamento Nacional de Trabajo, Procurador General de la Nación, Ministro del Interior, senador de la Nación. Liberal “avant la lettre”, fue uno de los fundadores y presidente, desde 1877 a 1881, del Club Liberal de Buenos Aires. Al igual que la mayoría de los hombres destacados de la Generación del '80, participó en la Francmasonería. En ella fue iniciado en 1881 en la célebre Logia Docente. Este cenáculo de librepensadores fue presidido por Onésimo Leguizamón,

---

(25) Conf. VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Universidad y Facultad de Derechos: sus problemas, EUDEBA 2ª Edición, Buenos Aires, ps. 203 en adelante.

(26) LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit.

principal responsable, en 1883, de la sanción de la Ley 1420 de Educación Común.

No siempre sus compromisos llegaron a buen término, pero, aun donde no pudo lograr sus objetivos, ha sido reconocida su participación con respeto y consideración. La Reforma Universitaria de 1918, en Córdoba, es un ejemplo de ello. Aunque sus causas son anteriores, es en Córdoba en donde se agudizan los factores que la desencadenan. La enseñanza universitaria estaba, en buena medida, bajo el control de sectores tradicionalistas maldispuestos a reconocer los cambios filosóficos y políticos operados en la comunidad. No sólo en el ámbito de las ciencias políticas y sociales, sino también en el de las ciencias físicas y naturales. Fuertes grupos enquistados en las universidades malograban toda renovación posible de los irremediablemente anquilosados planes de estudios. Además, un criterio exclusivista, ajeno a los merecimientos intelectuales, impedía el acceso a la enseñanza de amplios sectores de una clase media pujantemente en ascenso. Las demandas del movimiento reformista: gratuidad de la enseñanza universitaria, cogobierno con participación de los claustros de profesores, egresados y alumnos, autonomía universitaria, libertad de cátedra, etcétera, eran consideradas poco menos que delirios sin la más mínima posibilidad de ser discutidos. El gobierno de las facultades se ejercía con mano dura y olvido de los derechos y libertades aceptadas en otros ámbitos.

Estalla la huelga estudiantil en marzo de 1918 y las autoridades de la Universidad de Córdoba se abroquelan, rechazando toda negociación con profesores y estudiantes reformistas. La alta casa de estudio cesa toda actividad académica y deja de impartir enseñanza. El gobierno central no puede permitir una controversia interminable y de consecuencias impredecibles; por lo tanto, el Presidente Yrigoyen comisiona al Dr. José Nicolás Matienzo, en ese momento Procurador General de la Nación, como interventor en la Universidad de Córdoba. Asume la tarea y modifica los estatutos democratizando el gobierno de la universidad. La elección del rector se hará a través de los decanos y consejeros elegidos, a su vez, por los profesores. Este intento falla, entre otros motivos, debido a la presión e influencia de esos sectores ultramontanos que, a través de la asamblea de consejeros, digitan la elección del Dr. Antonio Nores, candidato de la poderosa asociación Corda Frates, en perjuicio del Dr. Enrique Martínez Paz, apoyado por la mayoría de profesores y estudiantes. Esta situación deriva rápidamente en un enfrentamiento irreconciliable que termina con el establecimiento de la Reforma Universitaria. Deodoro Roca, uno de sus prin-

cipales impulsores y redactor del Manifiesto Liminar, dice respecto de la gestión de Matienzo: “Por eso queremos arrancar de raíz en el organismo universitario el arcaico y bárbaro concepto de autoridad que en estas casas de estudio es un baluarte de absurda tiranía y sólo sirve para proteger criminalmente la falsa dignidad y la falsa competencia. Ahora advertimos que la reciente reforma, sinceramente liberal, aportada a la universidad de Córdoba por el doctor José Nicolás Matienzo, sólo ha venido a probar que el mal era más afligente de lo que imaginábamos y que los antiguos privilegios disimulaban un estado de avanzada descomposición. La reforma Matienzo no ha inaugurado una democracia universitaria; ha sancionado el predominio de una casta de profesores. Los intereses creados en torno de los mediocres han encontrado en ella un inesperado apoyo. Se nos acusa ahora de insurrectos en nombre de un orden que no discutimos, pero que nada tiene que hacer con nosotros. Si ello es así, si en nombre del orden se nos quiere seguir burlando y embruteciendo, proclamamos bien alto el derecho sagrado a la insurrección. Entonces la única puerta que nos queda abierta a la esperanza es el destino heroico de la juventud. El sacrificio es nuestro mejor estímulo; la redención espiritual de las juventudes americanas es nuestra única recompensa, pues sabemos que nuestras verdades son -y dolorosas- de todo el continente” (27). Aun cuando su gestión no haya tenido el éxito deseado, poco después, el 22 de agosto de 1918, en su carácter de Procurador General de la Nación, Matienzo suscribió (28) un dictamen dirigido al Ministro de Instrucción Pública que mostraba su indudable adhesión a los principios de la Reforma (Apéndice 6)

## **X. Las instituciones políticas argentinas**

La política argentina le dará a Matienzo más de una oportunidad para desarrollar sus agudos análisis críticos. En especial fueron motivos de ellos el excesivo personalismo de los gobiernos nacionales y provinciales que eternizaban en el poder a sectores dominantes en desmedro de la verdadera voluntad popular. Escribía en 1910 (29): “La práctica de las

---

(27) CIRIA, Alberto y SANGUINETTI, Horacio, “La Reforma Universitaria (1918-2006)”, Universidad Nacional del Litoral, 2006, Santa Fe, Argentina.

(28) MATIENZO, José Nicolás, “Cuestiones de Derecho Público Argentino”, Valerio Abeledo Editor, 1925, Buenos Aires, t. I.

(29) MATIENZO, José Nicolás, “El gobierno representativo federal en la República Argentina”, ps. 203, 209, 212, 215, 225.

instituciones argentinas es incomprensible para quien ignora el papel político que desempeñan los gobernadores de provincia (...) El gobernador se considera director de la política provincial y único autorizado para decidir la actitud de la provincia respecto del presidente de la República. Del gobernador depende exclusivamente decidir si la provincia ha de seguir la política del presidente, o la ha de contrariar, o ha de guardar neutralidad. (...) La renovación del personal gobernante en las provincias se hace de un modo muy deficiente: la tendencia a traspasar el poder a los parientes próximos y amigos íntimos, con cargo de devolución, se ha manifestado desde los primeros días de la independencia y persiste todavía. (...) El gobernador saliente que no va al Senado nacional es porque no hay vacante inmediata y el que no vuelve al gobierno es porque no puede. La oligarquía es la regla y ella afecta profundamente a las instituciones argentinas. (...) El poder electoral de la república está de hecho en manos del Presidente de la Nación y de los gobernadores de provincia, correspondiendo a cada uno de estos funcionarios una parte proporcional al influjo político que ha logrado adquirir. El de Buenos Aires es el que ejerce mayor poder electoral; porque, además de tener mayor cantidad de cargos electivos a su disposición, goza casi siempre de mayor independencia respecto del presidente”. Es notable e igualmente decepcionante la actualidad de estas palabras que, *mutatis mutandi* podrían ser utilizadas para referencias, en muchas provincias, la realidad presente del país. Impresiona pensar que un siglo no ha sido suficiente para preparar a nuestros conciudadanos para la elección responsable de sus gobernantes y que quienes resultan ungidos por los actos electorales hayan sido, en forma preponderante, hábiles demagogos antes que ciudadanos preocupados en la calidad institucional del país, camino seguro al progreso. En otro texto Matienzo refuerza su análisis: “Parece ser que el pueblo no estuviera aún preparado para otro régimen que el de las jefaturas personales, dentro y fuera del gobierno. (...) Los gobernantes se reclutan en una clase de ciudadanos que, si no constituyen propiamente una casta, forman por lo menos una clase dirigente, en cuyo seno se ingresa con relativa facilidad. A esa clase pertenecen los jefes de partido y demás directores políticos.

“Esa clase corresponde aproximadamente a la primera capa social, formada por los miembros de las familias tradicionales, por los ricos y por los hombres ilustrados.”

“Los miembros de esta clase mantienen entre sí relaciones sociales y económicas más o menos estrechas y comparten, como es natural, opi-

niones y sentimientos comunes acerca de los móviles y propósitos de la conducta individual y colectiva. Sin esta posesión de una moral común de la clase dirigente es la que llevan al gobierno y a la administración pública los ciudadanos designados para ocupar los distintos puestos en que se atiende o se manejan los intereses del país, y con sujeción a esta misma moral serán juzgados por sus conciudadanos influyentes, aunque sean sus adversarios.”

“He ahí por qué se cometen en la República Argentina con tanta frecuencia y, como si fueran pecados veniales, faltas administrativas y políticas que en otros países serían reprobados como graves e imperdonables” (30).

En demás fragmentos (Apéndice 7) puede apreciarse la descripción que hace Matienzo de los males que desde entonces exhibe la política Argentina. Es de lamentar qué poco hemos cambiado y nuestros gobernantes siguen padeciendo las mismas patologías: personalismos, “patoterismo” político, aplicación de los recursos públicos en campañas electorales, hipocresía, lealtades indebidas entre funcionarios públicos y amigos personales o políticos, amiguismos, clientelismos, corrupción, adulteración de la verdad, etcétera.

### **XI. Senador por Tucumán**

El Congreso Nacional lo recibe relativamente grande. A la edad de 71 años, en 1932, ocupa una senaduría en representación de su provincia natal, Tucumán. En la primera intervención que hace en la Cámara expresa su inculdicable adhesión a aquellos principios que habían guiado toda su vida. Dice al respecto: “Llego un poco tarde al Senado, cargado de años; debo suponer que se han tenido en cuenta, para elegirme, las ideas que en mi larga vida pública he enunciado y en las cuales estoy dispuesto a mantenerme siempre firme, cualquiera que sea el resultado que tenga su sostenimiento. Yo no adopto opiniones para casos ocurrentes, sino que aplico ideas expresadas por mí con anterioridad y con la mayor sinceridad en la interpretación de la Constitución y de las leyes (...) Yo profeso un sincero e intenso amor a la Constitución del país, mi larga vida está, la mayor parte de ella, consagrada a defender la libertad constitucional de mi país”. Matienzo haría gala de esa independencia de criterio contra toda

---

(30) MATIENZO, José Nicolás, op. cit., ps. 324-328

circunstancia que lo menoscabara en algún sentido, tal es así, que declinó, durante toda su permanencia en el Senado, pertenecer a ninguno de los bloques políticos existentes en la Cámara (31).

Un año antes de su ingreso al Senado, había participado en las elecciones presidenciales que ungieron a Agustín P. Justo, como candidato a vicepresidente de una de las fórmulas. Las elecciones celebradas en 1931, para cubrir el período presidencial 1932/38, se realizaron con la abstención de la Unión Cívica Radical. El veto decretado por el gobierno de facto en perjuicio de la fórmula Alvear - Güemes convenció al radicalismo de no participar en el acto eleccionario. La “Concordancia” integrada por el Partido Demócrata Nacional, la Unión Cívica Radical Antipersonalista y el Partido Socialista Independiente coincidieron en la candidatura presidencial del Gral. Agustín P. Justo, que concurrió a los comicios con varias fórmulas: la victoriosa, con el Dr. Julio A. Roca (h). como vicepresidente, con 606.000 (32) votos; y la que incluía en el mismo cargo al Dr. José Nicolás Matienzo, rival de la anterior, con 306.000 votos. En el Colegio Electoral le dieron aun mayor ventaja a Julio A. Roca (h) (33). De todos modos, Matienzo fue elegido Senador Nacional por los votos de la legislatura de su provincia natal Tucumán. Una nota de color en este aspecto fue la determinación de período senatorial que le correspondería al recientemente elegido Senador Matienzo. Como se sabe, el mismo podía ser de 3, 6 ó 9 años, seleccionado por sorteo. Al Dr. Matienzo le cupo en suerte un período de 6 años. Refiriéndose al mismo el Dr. Julio A. Roca (h.), en ese momento Presidente del Senado, se dirigió al recientemente elegido senador por Tucumán con humor apenas disimulado en los siguientes términos: “Dr. Matienzo, Usted ha obtenido un período vicepresidencial...”

En 1935, en el famoso debate “de las carnes” que dio lugar a intervenciones memorables, Matienzo tuvo oportunidad de exhibir sus dotes de hombre honesto y de una sola palabra. En su relativamente corta actividad como senador presentó numerosos proyectos: entre muchos otros, los de “Amnistía de delitos políticos y militares”; “Atribuciones del Poder Ejecutivo como jefe inmediato y local de la Capital Federal”; “Designación de

---

(31) LINARES QUINTANA, Segundo V., comunicación privada.

(32) Con relación a los datos correspondientes a las elecciones de 1931, ver VANOSSEI, Jorge Reinaldo, “Historia Electoral Argentina (1853-1989)”, Edición Lumière.

(33) En la provincia de Entre Ríos se consagraron compromisarios o electores a favor de la fórmula Barroetaveña-Matienzo, bajo el rótulo UCRA (antipersonalista) de Entre Ríos.

presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”; “Empleados civiles. Requisitos y derechos”; “Informes verbales de los ministros”; “Reglamentación de las intervenciones federales”; “Censo general cada diez años”; “Censo de la población, agricultura, ganadería, minería, industria, comercio e instrucción pública de la Nación”; “Convocatoria del Honorable Congreso a sesiones ordinarias”; “Representación de los territorios nacionales ante el Congreso Nacional y organización de legislaturas”; “Designación de candidatos a diputados nacionales y a electores de presidente de la Nación”; “Amparo de las garantías constitucionales por la justicia federal”; “Reglamentación del veto presidencial”; “Representación proporcional en la elección de diputados”; “Atribuciones del Poder Ejecutivo”; “Pago de dietas por asistencia”; “Enmiendas a la Constitución”; “Adquisición de bienes raíces o minas en el territorio argentino por personas extranjeras, naturales o jurídicas”; “Sufragio femenino”; “Diploma de senadores y diputados electos”; “Expulsión de extranjeros”; etcétera. Esta fecunda producción de materias legislables amerita a Matienzo como paradigma del congresista arquitectónico, entendiéndolo por tal a aquellos que conciben la alta función normativa como el primer deber a cumplir para llevar a cabo lo que en la actualidad se conocen como “políticas de Estado”, que no son otra cosa que la permanente construcción y vigorización de las instituciones fundamentales de una nación a través del perfeccionamiento de sus reglas básicas y de funcionamiento.

## **XII. Conclusión**

Fue José Nicolás Matienzo un hombre de convicciones firmes, que mantuvo hasta el fin de sus días una fe inalterable en las posibilidades que, el ordenamiento racional, justo y previsible de las instituciones republicanas, le podían brindar calidad de vida espiritual y material a los hombres. Son apropiadas las palabras que Héctor P. Lanfranco le dedicó: “Suponer todo lo puro, bueno y limpio de su conciencia moral al servicio de un alto ideal: el cumplimiento estricto de la constitución, tanto por los gobernantes como por los gobernados; por eso fue llamado ‘guardián de la Constitución’, en la sesión de homenaje que le rindiera el Senado. Con los años, vio desaparecer las ilusiones de la juventud, la confianza en los demás, la fe en sus propias fuerzas y posibilidades; pero nunca perdió la fe viviente y activa, que transmitiera a sus discípulos, sobre las bondades de nuestra Constitución, y sobre los beneficios de poner bajo su amparo los intereses permanentes de la nación.” (34).

---

(34) LANFRANCO, Héctor P., op. cit.



Abundan ejemplos de personalidades notables en nuestro pasado: cada uno de ellos con virtudes humanas que los han hecho necesarios e indispensables en la historia argentina. Pero Matienzo es y será recordado, especialmente, por su integridad e inteligencia así como por su fidelidad a los principios democráticos que él corporizaba en la Constitución Nacional. No como letra fría sino como principio filosófico que admite la evolución, presente en todas las cosas vivas y que, en calidad de tales, debe ser analizada y estudiada con los recursos racionales de la ciencia.

El senador José Nicolás Matienzo falleció en Buenos Aires en la madrugada del 3 de enero de 1936. Los matutinos *La Nación* y *La Prensa* le homenajearon con sendas notas de varias columnas en las que rememoraban su extraordinaria vida de pensador y hombre público. El mundo ya no era tal como él lo había vivido en su juventud y madurez. El nazi-fascismo y el comunismo soviético hacían estragos en Europa y su influencia deletérea ya había infectado profundamente a la política de nuestro país. Su muerte le impidió ver la debacle universal desatada por fuerzas que, tal vez, hayan sepultado mucho tiempo la posibilidad de volver a creer en el progreso de la humanidad. No obstante, su pensamiento, sigue siendo un norte aún vigente. Todos aquellos que tenemos esperanza de que, alguna vez, los hombres volverán a manejar la cosa pública con la rigurosidad y honradez con que Matienzo lo hizo en vida, atesoramos su recuerdo. La personalidad de Matienzo fue tan rica y elevada que, en el ejercicio fantástico de pensar en quien hubiéramos querido encarnarnos si estuviera en nosotros poder hacerlo, nuestra respuesta sería, sin duda, en este prohombre que estamos historiando, ya que encierra en sí mismo todos los valores morales e intelectuales que hacen que la memoria de un hombre sea eterna (35).

---

(35) Por obvias razones de contemporaneidad no tuve el honor de conocer a Matienzo, si embargo fui alumno de derecho, en 1958, de su hijo el Dr. Agustín N. Matienzo. Seguramente buena parte de la personalidad fascinante del padre fue heredada por el hijo, que entre nosotros, sus alumnos, era considerado un profesor ejemplar. Había nacido en 1889 y estudio Leyes en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA graduándose en 1910. Alcanza el doctorado en Jurisprudencia por esa Universidad en 1911. Al igual que su padre fue un maestro insigne, ejerció la cátedra de Derecho Federal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Nombrado Profesor Titular en Derecho Comercial en Facultad de Derecho de la UBA, ocupó su Decanato en 1936 y fue Vicerrector de la misma en 1938. Juez Federal en La Plata en 1923 y Juez de Comercio de Buenos Aires en 1924. Miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial en 1928, posteriormente es designado Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su obra escrita fue numerosa y de gran valor. Fue miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Mora-

## Apéndice 1

## Prefacio de “Cuestiones de Derecho Público Argentino” (36)

Incluimos en este apéndice el Prefacio escrito por Matienzo de ese clásico de la literatura del derecho que fue “Cuestiones de Derecho Público Argentino”. El autor recopila aquí una serie de dictámenes en los que se aprecia la claridad cartesiana de su pensamiento. Resulta interesante reseñar el prefacio de esta obra, que transcribimos a continuación, en el que se distinguen y denuncian males que, desafortunadamente, aún nos aquejan como república

## PREFACIO

“Durante el tiempo en que fui Procurador General de la Nación (noviembre de 1917 a octubre de 1922), mi opinión jurídica fue consultada por la Corte Suprema de Justicia y el Poder Ejecutivo, en gran número de casos.

De los centenares de dictámenes expedidos con tal motivo, he creído útil entresacar algunos que, a mi juicio, pueden interesar a las personas que estudian asuntos relativos a nuestro derecho público. Son los que he coleccionado para esta publicación.

El cargo de procurador general, por la índole de las consultas que a este funcionario hacen los dos poderes públicos encargados de hacer cumplir las leyes, es un puesto desde donde se puede observar con bastante claridad el funcionamiento real de nuestras instituciones. En él he confirmado observaciones anteriores de la tendencia creciente del público a centralizar en el gobierno nacional facultades que, en la teoría del gobierno federativo, corresponden a los gobiernos de provincia, tendencia agravada por otra, no menos intensa, a concentrar todos los poderes en el ejecutivo, al que se mira como responsable del bien y del mal.

---

les y de la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid. Miembro de la Comisión Nacional de Cultura en 1940, fue también Presidente de la Rama Argentina de la International Law Association Participó en la redacción de importantes leyes de comercio. Agustín N. Matienzo fallece el 13 de julio de 1973.

(36) MATIENZO, José Nicolás, “Cuestiones de Derecho Público Argentino”, Valerio Abeledo, Editor - Librería Jurídica, ts. I y II, 1925, Buenos Aires.

En el ministerio del Interior, que he desempeñado desde el 12 de octubre de 1922 hasta el 23 de noviembre de 1923, he tenido frecuentes ocasiones de corroborar la misma experiencia.”

J.N.M.

Buenos Aires, enero de 1925

Este trabajo, por demás interesante, incluye artículos de Derecho Constitucional; Jurisdicción y Procedimientos Judiciales; Derecho Administrativo; Jubilaciones y Pensiones Civiles; Pensiones Militares; Accidentes de Trabajo; Ferrocarriles; Derecho Internacional; Puerto de Rosario; Patentes de Invención; Marcas de Fábrica y Comercio. Matienzo había sido designado para el alto cargo de Procurador General de la Nación por el Presidente don Hipólito Yrigoyen, quien respetaba en Matienzo la imagen de algo así como “la mismísima Constitución viviente”. Era el Presidente que también firmó en vísperas del derrocamiento que interrumpió su segundo mandato (1930), el decreto de designación del ex-Presidente conservador José Figueroa Alcorta en la altísima función de presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *O tempora, o mores.*

## Apéndice 2

### Acerca de los partidos políticos (37)

“ (...) que los hombres se dividan a propósito de las cuestiones de interés general o respecto de los asuntos encomendados ordinariamente a los gobiernos, es una cosa tan natural como que lo hagan en razón del distinto modo de apreciar asuntos de orden económico, social, militar, religioso, artístico o de cualquiera de los órdenes en que las ideas pueden ser clasificadas. La unanimidad, la conformidad total de un pueblo sobre un asunto, no ha existido jamás. Ni aun en asuntos que apasionan tanto como los de guerra exterior, obtienen la conformidad total de las poblaciones. El patriotismo es una cosa y la opinión que uno se forma sobre la posibilidad de haber podido evitar una guerra, o sobre la justicia de ésta, o respecto de la necesidad de darle término, o de la mayor o menor conveniencia de tales y cuales negociaciones, es otra (...) Quiere decir, entonces, que las

---

(37) LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., ps. 228 y 229.

divisiones relativas a la dirección de los negocios públicos y al manejo de los asuntos de interés general, son inevitables. Ahora bien, estas divisiones pueden dar lugar a la formación de grupos permanentes o durables. Cuando estos grupos actúan de un modo constitucional, ya sea por medio de propaganda ante la opinión o por acción electoral, se dice propiamente que esos grupos son partidos. No hay uniformidad de los escritores de la materia acerca de la definición más adecuada que debe adoptarse para el partido político, ni hay tampoco uniformidad sobre la naturaleza del mismo. Predomina ahora en los países más civilizados un género de definición en el cual entra como elemento el de que todo partido político debe tener un programa impersonal con respecto a los intereses públicos. Se distingue de la simple facción o banda en que ésta carece de programa impersonal, preocupándose más que de otra cosa de los intereses individuales de sus miembros o de sus jefes”.

### Apéndice 3

#### Intervenciones Federales (38)

“He ahí cómo suelen proceder las intervenciones del Gobierno nacional en las provincias argentinas: tal son los hechos, y hay que atenerse a ellos más que a las palabras. No basta, por ejemplo, que se diga que la intervención va a reponer las autoridades constituidas; porque ha resultado ya que una vez llegado a su destino el interventor, ha declarado que lo mejor era proceder a nuevas elecciones. No basta tampoco declarar que hay que restablecer la forma republicana de Gobierno, si con esto se da a entender la consulta al pueblo para que libremente decida su suerte. Ya han visto ustedes en los casos de Catamarca y demás que acabo de citar, a qué suele quedar reducida esta libre consulta al pueblo.

Resumiendo la exposición que precede sobre las intervenciones, puedo decir, que el artículo 6° de la Constitución nacional, que las rige, y el artículo 5°, que establece la garantía de las instituciones provinciales, han sido invocados en la práctica de distintas maneras y con diferentes propósitos: entendiéndose en unos casos que la requisición de la autoridad nacional de que habla el artículo 6° no tiene por único objeto restablecer a los

---

(38) MATIENZO, José Nicolás, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Librería La Facultad, 1926, Buenos Aires.

mismos requirentes, sino poner otros en su lugar, y por lo que hace al art. 5º, que la garantía de las instituciones provinciales puede darse o no, según el Poder ejecutivo lo estime mejor. En definitiva, el texto de estos dos artículos no ha sido muy respetado. Las mayorías predominantes en el Congreso, cuando ha estado reunido, o la opinión del Poder ejecutivo, durante el receso de este Cuerpo, han dado a esos dos artículos todos los significados posibles; de suerte que, en la actualidad, la jurisprudencia sobre materia de intervenciones, hablando francamente, es (39), que el Gobierno nacional hace lo que le parece mejor en cada provincia y en cada caso (40).

El artículo 105 de la Constitución, que dice que las provincias eligen sus propias autoridades sin intervención del Gobierno nacional, da la regla; pero, como ésta puede ser en cualquier momento infringida por el mismo Gobierno nacional, que decreta una intervención porque así le parece mejor, resulta también que este artículo dice más de lo que en realidad ha podido decir, dadas las prácticas argentinas.

Las intervenciones están generalmente vinculadas con las elecciones nacionales o provinciales. Se nota cuando se aproxima una campaña presidencial, es decir, cuando se lucha para la elección del futuro presidente, que comienzan a aumentar los pedidos de intervención, como igualmente los decretos y las leyes que las autorizan. Se nota también que en las proximidades de una elección de gobernador, aumentan los pedidos de intervención de las respectivas provincias; lo que significa que en las prácticas nuestras, los partidos políticos utilizan con fines electorales este recurso de la intervención nacional. No lo utilizan únicamente con los fines constitucionales de garantizar la forma republicana de Gobierno, de mantener las instituciones provinciales en un buen régimen de funcionamiento o garantizar el ejercicio de las autoridades legítimas, sino que ante todo buscan -como digo un resorte político, una provisión de influencia y poder que los habilite para triunfar en una determinada elección o para impedir que el adversario triunfe.

---

(39) En la primera edición de mi libro *El Gobierno Representativo Federal de la República Argentina*, examiné 55 intervenciones nacionales en las provincias, enviadas desde 1860 hasta 1910. Posteriormente, hasta 1925, han sido enviadas 31 más. La progresión crece. En la fecha en que escribo esta nota, hay intervenidas tres provincias: La Rioja, Mendoza y San Juan. El año anterior hubo otras tres: Tucumán, Santiago y Jujuy.

(40) Ver MATIENZO, "El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina", capítulo sobre la intervención del Gobierno federal en las provincias.

En estos últimos tiempos, figurando el tema de la libertad electoral en los programas de todos los partidos, se ha creído que se podría agregar un motivo más de intervención a los ya expresados en el texto constitucional: el de garantizar la libertad electoral; pero este motivo cabría dentro de la cláusula relativa a la forma republicana de Gobierno, puesto que sin libertad electoral no hay República verdadera. Estaría incluido también dentro del concepto de garantizar las instituciones provinciales, cuando la libertad electoral para elegir gobernadores, diputados o Senadores de la Legislatura local, fuera perturbada, violándose las leyes provinciales.

Y como sólo por accidente ocurre en nuestra historia constitucional que la libertad electoral existe en alguna provincia, resulta que los Gobiernos nacionales han estado siempre, dentro de esta doctrina, autorizados para intervenir. Si se hubiera admitido como norma de conducta para la intervención motu proprio, sin requisición de las autoridades provinciales, la de que el Gobierno nacional debe velar por el funcionamiento de la forma republicana de Gobierno, comenzando por asegurar el régimen electoral, es posible que hubiéramos vivido en intervención perpetua de las catorce provincias durante los últimos cuarenta o cincuenta años.

El régimen electoral ha motivado consideraciones especiales de los partidos y de los Gobiernos, en sus respectivos programas, durante la mayor parte de nuestra vida constitucional; pero no ha merecido siempre en los hechos las mismas deferencias: Parece que en la evolución de nuestras instituciones va aumentando esa consideración efectiva, que vale más que la consideración puramente verbal de los mensajes y programas, y hay ya algunos casos en los cuales la intervención nacional ha permitido a los partidos políticos votar con alguna libertad en las respectivas provincias.

Digo, hay ya algunos casos, porque mí estudio de los precedentes constitucionales argentinos me autoriza a decir, que, en la mayor parte de los casos, no ha sido ese el resultado. La intervención nacional ha hecho votar en el sentido que ha estimado conveniente a sus propios intereses políticos, no de acuerdo con un patrón imparcial de orden institucional. Pero, en fin, ha habido ya algunas intervenciones en las cuales se ha podido consultar la opinión pública de algunas provincias con relativa sinceridad, y aquí viene bien una observación.

Cuando un Gobierno nacional resuelve sinceramente consultar la opinión pública de una provincia intervenida, lo mejor que tiene que hacer es disolver la Legislatura y hacerla elegir de nuevo. Este es el recurso constitucional, que existe, en Inglaterra y en los países de régimen parlamentario, para someter al pueblo la decisión de todas las cuestiones y conflictos políticos: disolver el Parlamento y convocar a elecciones generales en las que el pueblo sea sincera y ampliamente consultado.

Tenemos, entonces, en la República Argentina, la posibilidad de que ese sistema europeo de la disolución de los Parlamentos, se ejercite con buen fin en las provincias, cuando el Gobierno nacional interviene. Pero depende, repito, primero, de que el Gobierno nacional tenga realmente intención de hacer la consulta al pueblo y que no sea esta una simple apariencia, y, en segundo lugar, de que existan autoridades y funcionarios capaces de servir con fidelidad esos patrióticos propósitos.

Antes de finalizar necesito, por vía de ejemplo de las relaciones que hay entre los Poderes ejecutivos y legislativos en esta materia de intervenciones, recordar un caso ocurrido en la provincia de Tucumán:

Durante la presidencia del doctor Juárez Celman tuvo lugar en esa provincia una revolución o sedición. Se dijo que los sediciosos habían salido de Córdoba en los vagones del ferrocarril -entonces de propiedad nacional- que une a Córdoba con Tucumán, y que iban al mando del gerente de éste y con personal competente, suministrado por la misma empresa, a cuyo número se agregaron, como es natural, algunos ciudadanos de la provincia invadida. La revolución (damos en la República Argentina este nombre a cualquier perturbación del orden), destinada a cambiar el personal gobernante, se efectuó estando allá un comisionado confidencial del Gobierno nacional, que había ido a ver cómo andaban las cosas. Derrocado el Gobierno, el gobernador solicitó la intervención, la que fue discutida en ambas Cámaras, porque tuvo lugar el hecho durante las sesiones del Congreso.

En la Cámara de Diputados se votó un proyecto que decía: “El Poder ejecutivo intervendrá en la provincia de Tucumán a los efectos de los artículos 5° y 6° de la Constitución nacional”. El proyecto fue al Senado y allí se sostuvo la tesis de que lo único que procedía era la reposición o el restablecimiento del Gobierno derrocado, y se modificó entonces la forma de la ley, diciendo: “El Poder ejecutivo intervendrá para restablecer las autoridades legítimamente constituidas de la provincia de Tucumán, de

acuerdo con los artículos 5° y 6° de la Constitución”. Volvió el proyecto a la Cámara de Diputados, ésta aceptó la enmienda y el Poder ejecutivo promulgó la ley.

Mucha gente cándida creyó que con esto el gobernador destituido, don Juan Posse, iba a ser repuesto en su cargo, y la Legislatura disuelta por la revolución, a ser reintegrada en sus funciones. Pero nombrado por el Poder ejecutivo el comisionado que debía dar cumplimiento a la ley, y expedidas las correspondientes instrucciones a que debía ajustarse, éste declaró, de acuerdo con sus instrucciones, que restablecer autoridades no quería decir reponer las mismas que existían antes, sin examinar si estaban legalmente constituidas, y que la mejor manera de constituir las legalmente, era convocar a elecciones. De acuerdo con esta opinión, se hizo la convocatoria, que dió por resultado la instalación de una Legislatura simpática a la revolución triunfante y del jefe de ésta como gobernador.”

#### Apéndice 4

##### La reforma constitucional (41).

Con el gran cambio político producido en 1916, nada se modificó en el texto constitucional. El presidente Hipólito Yrigoyen había comprometido antes de su elección que “el programa” a cumplir era la Constitución misma; y se mantuvo fiel a esa promesa; tanto en su primera Presidencia como en el segundo mandato (1928-1930).

El presidente Marcelo T. De Alvear, por estímulo de su primer Ministro de Interior Dr. José Nicolás Matienzo —eminente constitucionalista— anunció en su “mensaje” de apertura del período de sesiones de 1923, ante el Congreso de la Nación, su opinión al respecto, algo distinta a la de su antecesor. Dijo en la ocasión:

“No soy partidario de la frecuente revisión de las constituciones; pero pienso que éstas deben perfeccionarse gradualmente mediante las enmiendas parciales que la experiencia aconseje. Oportunamente someteré a V.H. un proyecto de ley sobre el punto que dejo indicado” (véase: Presidencia Alvear, Torno I, Mensajes, p. 32).

---

(41) Conf. VANOSI, Jorge Reinaldo, “La Constitución Nacional de 1949”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005, Buenos Aires.



El proyecto en sí no tuvo sanción legislativa (como tantos otros —más de sesenta— en los seis años del período 1922-1928); y consta en el Tomo II de la misma colección, Ministerio del Interior, ps. 471/475, que textualmente dice: Reformas a la Constitución Nacional -Sin sanción legislativa. Buenos Aires, 16 de Agosto de 1923. Al Honorable Congreso de la Nación.

“El Poder Ejecutivo somete a la consideración de V. H. el adjunto proyecto de ley declarando necesaria la reforma de algunas disposiciones de la Constitución Nacional.

Como lo dijo al inaugurar las presentes Sesiones Legislativas el Poder Ejecutivo piensa que nuestra ley fundamental debe perfeccionarse gradualmente mediante las enmiendas parciales que la experiencia aconseja. El Poder Ejecutivo cree que tienen este carácter las indicadas en el proyecto adjunto.

Desde luego, la elección de los senadores por las Legislaturas de Provincia ha dado margen a gran número de perturbaciones políticas, que han motivado con frecuencia la Intervención Nacional para devolver a las Provincias perturbadas el goce y el ejercicio de las instituciones republicanas. Los Estados Unidos, de donde imitarnos esta forma de elección, la han suprimido ya, entregando al pueblo el derecho de designar directamente los miembros del Senado, como designa los de la otra Cámara. No hay motivo para que nosotros mantengamos un sistema que nos ha dado peores resultados que en el país de origen.

La forma de renovación de la Cámara de Diputados requiere también un cambio. El sistema actual, de renovación por mitad cada dos años, no responde a la necesidad de consultar periódica y simultáneamente la opinión de toda la Nación como lo hacen las grandes democracias del mundo. La Cámara Popular se renueva totalmente cada cierto tiempo en la Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia, Alemania, Suiza, Italia, España, Canadá, Australia, Brasil, Chile, muchos otros países, Es el único modo de dar acceso periódico en el Parlamento a la opinión predominante en la totalidad de la Nación.

En nuestro régimen constitucional, la Cámara de Diputados está destinada a representar colectivamente al pueblo de la Nación considerada como un solo Estado (artículos 36 y 37), a diferencia del Senado que re-

presenta a las Provincias y a la Capital como entidades separadas (artículos 36 y 46), Sí, pues, en el Senado se explica que la forma de renovación no tome en cuenta la necesidad de consultar simultáneamente la opinión de la Nación en conjunto. Esta necesidad no puede ser olvidada cuando se trata de la Cámara en que el pueblo argentino debe estar representado como una unidad.

Esto sentado, parece conveniente que las elecciones generales para la renovación de ambas Cámaras tengan lugar al mismo tiempo y coincidan periódicamente con la de Presidente de la República. Para ello, basta que el mandato de los diputados sea fijado en tres años, de suerte que a su terminación, concluya también la tercera parte del Senado y cada dos trienios éste hecho corresponda a la renovación de la Presidencia de la Nación. Esta reforma permitiría dar al Gobierno Nacional una base democrática más amplia, asegurando en lo posible la armonía entre los poderes políticos.

En cuanto a la organización del Poder Ejecutivo, la experiencia ha demostrado que es oportuno introducir dos enmiendas en la Constitución. Una de ellas, la más importante, se refiere a los impedimentos que motivan la delegación del Poder Ejecutivo en el reemplazo legal.

La primera cláusula del artículo 75 coloca la enfermedad y la ausencia de la Capital entre las causas que incapacitan al Presidente para ejercer el Poder Ejecutivo. La segunda cláusula del mismo artículo, al prever que también el Vicepresidente puede estar impedido, reemplaza aquellas dos causales por el término general de inhabilidad, lo que importa establecer implícitamente que la enfermedad y la ausencia de la Capital sólo deben tenerse en cuenta cuando de hecho alcanzan a inhabilitar al Presidente para el ejercicio del Poder Ejecutivo. Así lo han entendido en la práctica los presidentes. Pero no puede desconocerse que el artículo está redactado con una ambigüedad que da margen a dudas y puede originar conflictos más o menos serios. Por otra parte, cuando el Presidente se ausenta de la Capital para ir a desempeñar en cualquier punto del territorio nacional funciones oficiales no hay razón alguna para que justifique la delegación del Poder Ejecutivo. Dentro de la Nación, no debe haber dos presidentes: uno inaugurando una obra pública o revistando el ejército fuera de la Capital, y otro, en la Casa de Gobierno, firmando decretos entre los cuales bien podría figurar una orden de suspensión de aquellos actos. Es, pues, necesario modificar el artículo, suprimiendo de la primera parte la expre-

sión de enfermedad y ausencia de la Capital, para adoptar el concepto de inhabilidad contenido en la segunda.

La otra enmienda, propuesta en lo referente a la organización del Poder Ejecutivo es al de autorizar al Congreso a aumentar el número de ministros fijados en ocho por el artículo 87. El continuo incremento de los servicios públicos, a medida que el país se desarrolla hará pronto indispensable aliviar la tarea creciente de algunos ministerios, subdividiéndolos o formando nuevos departamentos para atender asuntos especiales y conexos, actualmente dispersos o confundidos con otros de índole diferente.

Finalmente, la experiencia ha demostrado que la cláusula del artículo 67 que prescribe la fijación anual del presupuesto no ha previsto un caso frecuente, el de que el año fiscal termina, sin haber sido votado por el Congreso el presupuesto para el año siguiente. Son notorias las malas consecuencias de esta imprevisión que coloca al Poder Ejecutivo en la alternativa de ordenar gastos sin previa autorización legal o paralizar la administración.

Varias constituciones de provincia han sido más previsoras y el Poder Ejecutivo cree que conviene imitarlas, disponiendo en la Constitución Nacional que, vencido el año fiscal sin haberse fijado el nuevo presupuesto de gastos, el último vigente se reputa prorrogado hasta al sanción de otros.

El Poder Ejecutivo estima que, si las reformas que deja fundadas fueron sancionadas, se habría contribuido eficazmente al perfeccionamiento de nuestras instituciones políticas y administrativas.

Dios guarde a Vuestro Honorabilidad.

M. T. DEALVEAR.  
José Nicolás Matienzo.

Proyecto de Ley

Artículo 1°- Declárase necesaria la reforma de la Constitución en lo relativo a la duración y renovación de la Cámara de Diputados (artículo 42), a la forma de elección de los Senadores (artículo 46), a la anualidad de presupuestos de gastos (artículo 67 inciso 79), a la delegación del Poder

Ejecutivo en caso de ausentarse de la Capital el Presidente (artículo 75), y al número de Ministros (artículo 87).

Art. 2° - Sométase a la Convención reformadora la consideración de las siguientes enmiendas a los artículos de la Constitución que se expresan:

a) Art. 42: Los Diputados durarán tres años en el ejercicio de su mandato, al cabo de los cuales la Cámara se renovará.

b) Art. 46- El Senado se compondrá de dos senadores de cada Provincia y dos de la Capital, todos ellos elegidos en la forma prescripta para la elección de Diputados de la Nación. Cada Senador tendrá un voto.

c) c) Art. 67, inciso 79 - Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión. Si venciere el año fiscal sin haberse fijado nuevo presupuesto, quedará prorrogado el vigente hasta la sanción de otro.

d) d) Art. 75.. - En caso de muerte, renuncia, destitución o inhabilidad del Presidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicepresidente, y, en caso de falta o inhabilidad de ambos por el funcionario público que designe la ley; hasta que haya cesado el impedimento o un nuevo presidente sea electo.

e) e) Art. 87.- Agregar: El Congreso puede aumentar, pero no disminuir el número de Ministros.

Art. 3° - A los fines de esta Ley convócase una Convención que se reunirá en la Capital de la Nación y se compondrá del mismo número de miembros que la Cámara de Diputados, elegidos en la misma forma y proporción por las Provincias y la Capital.

Art. 4°.- La Convención será elegida el último domingo del mes siguiente al de la promulgación de esta Ley y se instalará treinta días después.

Art. 5°.- Para ser convencional se requiere las cualidades exigidas para ser diputado.

Art. 6° - Los Convencionales recibirán al final de su trabajo una compensación de mil pesos y gozarán de inmunidades iguales a las de los miembros del Congreso.

Art.. 7° - La Convención deberá terminar su cometido a los dos meses de su instalación.

Art. 8° - Se autoriza al Poder Ejecutivo para hacer de rentas generales los gastos necesarios para el cumplimiento de esta Ley, imputándolos a la misma.

Art.. 9° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.”

José Nicolás Matienzo.

Como podrá advertirse de su simple lectura, la reforma impulsada por Alvear y Matienzo no alteraba el espíritu ni el sentido de la Constitución Nacional y de nuestro régimen de gobierno. Tan sólo apuntaba a aspectos funcionales de los poderes políticos

#### Apéndice 5

Renuncia al Cargo de Ministro del Interior  
del gobierno de Marcelo T. de Alvear (42)

Buenos Aires, 23 de noviembre de 1923

“Excelentísimo señor

Cuando V.E. tuvo a bien ofrecerme el Ministerio del Interior, creí de mi deber manifestarle que, si el nuevo gobierno había de atenerse a los precedentes que su antecesor dejaba en materia constitucional, especialmente en lo relativo a la intervención federal en las provincias, yo no era el candidato indicado para ese Ministerio, dadas mis opiniones profesadas y conocidas ..., V. E. me contestó que no se sentía obligado por dichos antecedentes y que estaba resuelto a gobernar en bien del país y de conformidad con la Constitución. En consecuencia, convinimos ambos en que el nuevo gobierno debía ser un gobierno normal y, en este concepto, acepté el honroso cargo. El conflicto que se me promueve ahora con motivo de la intervención federal en Tucumán, no es más que un episodio, que yo no puedo resolver del modo que estimo más conveniente al país y al gobier-

---

(42) LINARES QUINTANA, Segundo V., “José Nicolás Matienzo: Una lección de fidelidad a los ideales”, op. cit.

no, porque no cuenta para él la conformidad de V.E., cuya opinión respeto pero no puedo seguir en este caso sin contrariar mis más profundas convicciones”.

José Nicolás Matienzo.

### Apéndice 6

#### Adhesión a los principios de la Reforma Universitaria (43)

Buenos Aires, Agosto 29 de 1918.

Sr. Ministro de Instrucción Pública:

“(…) Al examinar esta reforma, creo que no hay que olvidar que, como la función esencial de la Universidad es la enseñanza, su órgano más importante es el profesor; pero para asegurar la elección de buenos profesores y dar a éstos los medios de realizar eficazmente su tarea, es indispensable que los órganos gubernativos (rector, decanos, consejeros, etc.), se hallen constituidos y funcionen adecuadamente. Sobre todo, es menester que se los guarde contra la tendencia a la oligarquía, que estrecha el horizonte y vicia el criterio, convirtiendo el propio poder en fin (…). A este efecto, conviene evitar las reelecciones y los mandatos largos, como conviene dar participación en la designación de las autoridades al mayor número posible de personas capaces de juzgar de las necesidades de la Universidad.

Con este criterio, no puedo menos que aplaudir el espíritu general que ha presidido a la reforma, aunque, en ciertos puntos que he de indicar luego, ella me parezca deficiente. (...) Y estimo que sería también acertado confiar a dicha asamblea la elección de decano, respecto de la cual la ley no dice nada. Por la naturaleza de sus funciones, el decano necesita contar con el apoyo y colaboración de los profesores, que son los que realizan la tarea intelectual y moral encomendada a la Universidad.

En las universidades de Córdoba y La Plata, la elección de decano se hace directamente por los profesores.

---

(43) MATIENZO, José Nicolás, “Cuestiones de Derecho Público Argentino”, op. cit.

El proyecto de reformas crea además una asamblea de estudiantes destinada a proponer dos candidatos de miembros del consejo directivo; pero el Sr. rector manifiesta que él y una parte considerable del consejo superior prefieren que los estudiantes se incorporen a una sola asamblea con los profesores, en número igual a la tercera parte de la asamblea.

Adhiérome a esta opinión, porque creo que tiende a suprimir divisiones y rivalidades, estimulando en cambio la comunidad de aspiraciones y de responsabilidades. (...) A estas reformas en el régimen de las facultades convendría agregar, respecto del decano de las mismas, la que V. E. aprobó en los estatutos de la Universidad de Córdoba y estableció en el proyecto de ley orgánica de instrucción pública recién remitido al Congreso, a saber, que el decano no es reelegible sino con intervalo de un período. Las razones que entonces tuvo V. E. subsisten en este caso. Se trata siempre de evitar la formación de núcleos oligárquicos y de estimular la colaboración de todas las voluntades e inteligencias capaces de dirigir la tarea universitaria. Tres años es un término suficiente de duración para un decano. En muchas universidades europeas no dura más que un año. La elección del decano, como lo dije antes, debería efectuarse por la asamblea de profesores. (...)”

José Nicolás Matienzo.

#### Apéndice 7

#### Los males que aquejan a la República (44)

“Otro caso ilustrativo del estado de la moral pública es el de la injerencia gubernativa en las elecciones. La teoría gubernativa prevalente en la República Argentina, es que el presidente y los gobernadores carecen del derecho de influir en la designación de los diputados, senadores y demás representantes elegibles por el pueblo (...). Sin embargo, todo el mundo sabe en la República Argentina que el camino más corto para llegar al congreso de la nación es ganar la voluntad del gobernador en cuya provincia ha de practicarse la elección y que no es posible elegir un presiden-

---

(44) MATIENZO, José Nicolás, “El gobierno representativo federal en la República Argentina”, ps. 324-328.

te sin contar con la cooperación del saliente y de los gobernadores existentes. (...).

Las protestas en favor del sufragio libre y en contra de las ingerencias indebidas de los funcionarios no tienen alcance moral ni acarrear sanción alguna que perjudique la reputación del gobernante o del empleado censurado. (...)

Otro caso de ética política es el del aprecio en que se tienen las cualidades personales: la audacia y el compañerismo. El político audaz, que se lleva todo por delante, que guarda pocos o ningunos miramientos a los principios y a las formas, que se encamina al éxito por las vías más rápidas, aunque sean las más vituperables, tiene asegurada la admiración y el apoyo de muchos y la tolerancia de muchos otros.

El compañerismo o, mejor dicho, el compadraje entre el funcionario público y sus amigos personales o políticos, es tenido generalmente por virtud, aunque se lleve hasta el extremo de sacrificar el interés público en aras del privado. (...)

La veracidad deja mucho que desear en la vida política y social. (...). En la prensa, cuyos escritos son ordinariamente anónimos, se adulteran a menudo las opiniones y los argumentos del adversario, para rebatirle con más comodidad y se omite hacer referencia a toda rectificación solicitada. (...) Se comprende que estas malas costumbres estorban seriamente la formación de una opinión pública sana y eficaz. (...)

La imperfección de la élite social implica un escaso desarrollo de la aptitud para la acción colectiva, lo que puede observarse donde quiera que un grupo de argentinos se reúne en vista de fines comunes, ya sean los miembros del grupo juristas o comerciantes, capitalistas o trabajadores, políticos o universitarios, ilustrados o ignorantes. La mayoría resulta siempre antojadiza e inconstante y, si en algo demuestra consecuencia, es en su repugnancia a someter su conducta a normas impersonales. Las complacencias individuales, los intereses privados, las antipatías personales, son los males ordinarios de esas mayorías, que para satisfacer sus gustos e inclinaciones prescinden con mayor o menor franqueza de las leyes, estatutos o reglamentos. La virtud de cumplir la ley no es una costumbre social en la República Argentina (...). Esto explica por qué la dictadura o autocracia a que tienden los jefes de corporación o grupo encuentra siempre razones plausibles que la sosten-



gan y puede, en ocasiones, prestar servicios importantes al interés común, poniendo orden en la conducta y en la manera de tratar los casos particulares”.

---

# CONSIDERACIONES SOBRE EL BUEN GOBIERNO SOCIETARIO

POR HORACIO P. FARGOSI (\*)

Lo atinente al *buen gobierno societario* —o *corporate governance*—, tema de nuestro tiempo, justifica intentar un análisis que exceda sus alcances o contenidos por cierto plurales, según las distintas visiones o regulaciones, ni tampoco como en distintos países —Japón, Reino Unido, España, Alemania, Italia, Estados Unidos de América, etc. ...— lo han enfocado. Porque sobre ello existe en nuestro medio una amplia reseña y muy buenos análisis en nuestra doctrina —vgr.: los trabajos de Carlos Vanasco, María Celia Marsili o Rodrigo Luchinsky entre otros— que obvian el así hacerlo. Nos inclinamos, en cambio por procurar una aprehensión del instituto en un contexto más general y de las reservas o críticas que del mismo se han hecho.

No es de ahora que el régimen de las sociedades anónimas está sometido al movimiento pendular del que hablara Couture, exigiéndose la adaptación de su estructura jurídica, sustancialmente rígida, a una realidad en permanente movimiento (G. Gorla en *Rivista delle Società*, año 5 (1960) pág. 536 y sgtes.) o, como lo señalara Garrigues, su ordenamiento debe serlo conforme al derecho vivo y no al inerte y literalizado en los códigos, agregando que hay que “*reconocer que en el derecho de las sociedades mercantiles el subsuelo económico está más cerca de la superficie que en ningún otro sector jurídico*” (“Hacia un nuevo derecho mercantil”, Madrid 1971, pág. 20).

Tengamos presente que en la actualidad se prioriza el aspecto empresa y actividad, asumiendo al sujeto como estructura para lograr el financiamiento de aquella (LA LEY, 2005-D, 1385).

---

(\*)Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de agosto de 2007.

Por cierto, y lo hemos sostenido en otras oportunidades, no se trata de concebir el orden jurídico como tributario de la economía, toda vez que la *juridicidad* está más allá de una descripción de la realidad y preñada de contenidos éticos y morales. Por cierto que corresponderá a la *política* la elección del Sistema Económico (libertad de economía de mercado, libertad de concurrencia, etc.) pero siempre necesitará de *leyes del hombre*, de institutos jurídicos, y como lo señalara Irti, Norma e luoghi (4ª Edición, Cap. VI - N° 10), el recurso de la *juridicidad* es presupuesto y condición, porque se vincula con la tutela de la propiedad y la fuerza vinculante de las relaciones.

Vale decir que es una consecuencia, en definitiva, de la interacción entre proceso económico y ordenamiento jurídico que, en la actualidad, adquiere caracteres peculiares por la irrupción del fenómeno *empresa* como pivote del ordenamiento jurídico en tanto forma organizativa de la actividad económica. Cabe agregar, a este respecto, la irrupción del mercado incidiendo en el campo del derecho general y, particularmente, en todo aquello que hace a su regulación económica. En este particular, vale recordar lo dicho por Guido Rossi en el sentido que el *mercado* nace siempre de lo profundo y el derecho lo sigue, pero sobre una realidad que el derecho no es apto para determinar, pudiendo sólo favorecerlo o condicionarlo (“Diritto e Mercato” en Rivista delle Società, Año 43 (1998), pág. 1443 y sgtes.).

Estas breves consideraciones, que justificarían un análisis muy particularizado por estar plagadas de consecuencias, se relacionan con la cuestión que tratamos habida cuenta que es un lugar común cuyo origen está en la práctica y en la *regulación* del derecho estadounidense y de allí se ha trasladado al derecho continental. Incluso hasta se ha sostenido que la propia referencia a las denominadas *normas de conducta* en los mercados de valores es un pleonasma (Cecilio del Moral Bello, “Ética y conducta en el mercado de valores”, en Ética y Mercado de Valores, Cursos de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, Marcial Pons, pág.182/183 y su cita N° 4).

En este particular se nos permitirá una digresión: *tal es si la consideración de los contenidos y alcances de la corporate governance debe hacerse en base primordialmente a la doctrina estadounidense o si, por el contrario, dado nuestro sistema jurídico, debe priorizarse el tratamiento, alcances y finalidades a la luz del buen gobierno societario en la forma y con los alcances con que ha sido asumido por la legislación y doctrina del derecho continental y, particularmente, teniendo en vista lo acontecido en Alemania y singularmente en Italia; esto último como consecuencia de las similitudes socio-económicas y culturales existentes entre este último país*

*y el nuestro y más allá de la incidencia de su legislación societaria, especialmente en lo que atañe a la faz legislativa.*

En orden a lo precedentemente dicho, debe retenerse que el trasiego de un instituto cuando ello acontece de un sistema jurídico a otro debe ser la consecuencia de un profundo análisis para evitar que, como lo señala la experiencia, la *importación* carezca de éxito (K. Pistor “La Nación” del 4 de enero de 2001) como aconteció, entre otros supuestos, cuando se pretendió implementar el sistema monopólico estadounidense en Japón y en Alemania en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Ello es tanto más cierto cuando, como en el caso, nos encontramos que el origen del instituto de la *corporate governance* (o *corporate opportunity*) nace y se proyecta desde un sistema societario *flexible* respecto del cual se señaló que la existencia de 50 Estados impide que se pueda partir, en teoría, de un solo *derecho americano* disciplinante de la responsabilidad de los administradores y funcionarios, toda vez que existen 50 ordenamientos individuales en razón del lugar de constitución de la sociedad y aun ni siquiera se da un criterio único de evaluación del comportamiento de los directores (Melvil A. Eisenberg, “Obblighi e responsabilità delle amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano”, en *Giurisprudenza Commerciale*, Año 19 (1992), pág. 617, 1ª Parte, y sgtes.).

En tanto el instituto en cuestión —trasladado al sistema continental— lo es a un régimen *rígido*, acaeciendo así que el control de la corrección de los administradores se efectúa en este sistema *ex ante* y no *ex post* como sucede en el americano. En este aspecto es útil recordar lo escrito por Irti en el sentido que la faz normativa se conjuga con la *calculabilidad* del derecho nacional, reduciéndose incógnitas y riesgos del futuro, y posibilitando prever comportamientos futuros de otros sujetos. Agrega el autor que la técnica de las normas, *haciéndolas con arte*, puede agilizar y garantizar la razonabilidad de pronósticos (ob. cit. pág. 53).

Es por ello que se ha podido sostener (G. Rossi “Le c. d. regole di ‘corporate governance’ sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori” en *Rivista delle Società* Año 46 (2001) pág. 6 y sgtes.), y creo que, con toda razón, cualquier sistema de *corporate governance* no puede prescindir de las condiciones sociales, económicas, legales y políticas en el que deberá operar y así se ha dicho que este instituto pertenece, en definitiva, a la nueva mitología societaria y que ha ganado reputación como *desinfectante* para las *infecciones* de las sociedades por acciones.

Por lo demás y como lo señalara Libonati (“Diritto Commerciale”, Milán 2005) existe una diferencia, casi básica, entre la concepción estadounidense y la continental, porque en la primera —como en general en los países anglosajones— la *corporate governance* no se vincula, o por lo menos no sustancialmente, con la estructura jurídica de las competencias para la gestión de la empresa y la consiguiente responsabilidad de los administradores, sino que se refiere a las modalidades vinculadas con una gestión eficaz y rentable, analizándose los modelos de organización y de administración de la actividad, incluso en la búsqueda de las fuentes de financiamiento y manejo de los flujos financieros y también la información a los órganos de control y cómo éstos deben organizarse para llevar a cabo una vigilancia eficaz cuanto también en qué medida y en qué tiempos informar a los socios y el mercado. Por ello se señala que la concepción continental es *reductiva* al asumir el instituto limitándolo a los preceptos jurídicos y a las sanciones que siguen a su violación.

En síntesis, puede concluirse que el concepto de *corporate governance* no es unívoco, aunque haya una fuerte tendencia a analizarlo con una concepción limitativa vinculada al equilibrio entre administración y supervisión y los instrumentos relacionados con el control interno; y entre éstos y el control externo de las sociedades cotizantes.

Destaquemos que, respecto al régimen regulatorio de la *corporate governance* en Alemania, se ha señalado que no es del caso asumirlo como una cuestión vinculada a la estructura de las relaciones del órgano de administración y los accionistas, sino que se prioriza lo atinente a la participación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, la organización del mercado de trabajo, el rol de las bancas en las sociedades, agregándose que ello no es de fácil comprensión para los juristas americanos que “*no conocen nuestra tradicional y neta distinción entre derecho accionario como derecho orgánico y derecho del mercado financiero como derecho del mercado*” (Klaus J. Hopt “Direzione dell'impresa, controllo e modernizzazione del diritto azionario: la relazione della Commissione governativa tedesca sulla *corporate governance*” en Rivista delle Società Año 48 (2003), pág. 182 y sgtes.).

Cabe señalar que, además del factor de adecuación a las condiciones propias del lugar de actuación de las normas de autodisciplina y de la faz generalmente voluntaria de su aplicabilidad, las normas del *corporate governance* también dependen de un aspecto cultural aun respecto de los inversores y, particularmente, de los institucionales; y que se sepa adicio-

nar un valor económico a la estructura societaria cuando se trata de determinar el valor de mercado de las participaciones cuando media cotizabilidad efectuando una comparación entre distintos modelos de organización para fijar el valor de la empresa.

Al respecto se ha dicho —con referencia al sistema español— que no parece que el paradigma de la transparencia se compagine bien en todos los casos con algunos de los objetivos generales de política legislativa social constitucionalmente proclamada. Por ejemplo, la defensa de la productividad de ciertas empresas cotizadas, pues *de acuerdo con las exigencias de la economía general* (art. 38 CE) que han de cumplir los poderes públicos, resulta necesaria la preservación del secreto de empresa; otras veces la falta de difusión podrá justificarse social y éticamente, por la necesidad de promover *condiciones favorables para el progreso social y económico, o condiciones que hagan posible una distribución de la renta regional y personal más equitativa, especialmente si va orientada al pleno empleo* (art. 40 CE).

En otros términos, podría preguntarse al órgano legisferante internacional (FESCO, IOSCO) adónde conduce una política legal de transparencia del mercado de valores fundada exclusivamente en los paradigmas de eficiencia y de la *disclosure*, así como su compatibilidad constitucional comparada. (conf. Javier Ibáñez Jiménez, “Ética y normas de conducta profesional en el mercado de valores”, en *Ética ...*, op. cit. pág. 38).

A esta altura quiero dejar aclarado que no negamos el valor y trascendencia de los códigos de autodisciplina, sino que sólo entendemos que sus contenidos y alcances no pueden ser tributarios de sistemas socio-económicos sustancialmente diversos, en el caso, del nuestro.

Ahora se me permitirá una consideración complementaria que se vincula a si nuestro régimen legal societario, por cierto rígido, deviene, por sus contenidos obstaculizantes de los regímenes de *autodisciplina* o, si por el contrario, contiene adelantos de los que hoy irrumpen como contenidos propios de tal sistema.

Creo que la posición debe ser la última, es decir, que no obstante remontarse en su elaboración a una época en que las condiciones socio-económicas y culturales diferían de las actuales —por lo cual propugnamos una reforma integral de la misma o, cuando menos de la regulación de la sociedad por acciones—, existen normas que en una relectura dinámica y en aplicación actualizada darían fuertes atisbos de provisiones propias de los contenidos de la *corporate governance*.

Sobre ello, en primer lugar, procede tener presente que hay plurales supuestos que serían subsumibles en el concepto de *autonomía estatutaria*. Así por ejemplo: la libertad de creación de clase de acciones, a la cual nos referimos recientemente (La Ley 2007-B:1298); la posibilidad de establecer clases de acciones en los términos del art. 262; la factibilidad de optar por un régimen de administración monista o dualista (arts. 280 a 283); dar aplicación en su contenido profundo a previsiones como las de los incisos 2, 3, 4, 6 del art. 66 (por cierto generalmente postergados); las exigencias para la constitución de reservas libres efectuando una correcta aplicación del art. 70; ó, sin agotar las hipótesis, lo dispuesto por el art. 261 en tanto limitación de la retribución de los directores como vía de *expropiación* de las utilidades distribuibles.

Desde otro punto de vista, la determinación por vía de código de auto-disciplina, por ejemplo, de lograr que el órgano de administración brinde los flujos de información que debe proporcionar y del juego de sus relaciones con los otros órganos, etc. ... pueden ser pautas de significativa trascendencia para determinar si el accionar ha sido ajustado a los deberes de lealtad y diligencia que imponen los arts. 59 y 274.

A ello cabe agregar la interpretación *dinámica* que es posible hacer de ciertos principios, como, por ejemplo, la posibilidad de aumento de capital cuando el fin perseguido, más allá de estar formalmente encuadrado en la norma, se lo utiliza como método de licuación de participaciones generalmente minoritarias, incluso vía capitalización de aportes irrevocables; o la legitimación de estos últimos en su faz original, como medio de evitar la incidencia de la inflación.

Para finalizar creo muy oportuno traer a la consideración ciertos aspectos, o vertientes, de los factores que deben computarse para determinar lo que es el buen *gobierno corporativo* y que no fueron la fuente de inspiración de sus orígenes, y aun de regulaciones recientes. El objetivo básico era sólo el aspecto *rentabilidad* partiendo de la inteligencia de lo que se considera un *inversor razonable*.

En la actualidad se observa que irrumpen en la determinación de los alcances de lo que es motivo de estas líneas aspectos que eran extraños en sus formulaciones generalizadas. Hoy día ya la cuestión comprende no sólo, por ej. los flujos de fondos y su destino, sino que ello alcanza al origen de los mismos, computándose factores éticos y aun la incidencia de los factores sociales de riesgo de esta naturaleza y también cuestiones ambientales con el objetivo de que el valor de la acción contemple la conjugación de la diferente visión de los inversores y en especial de los institucionales.

Incluso, la Confederación Española de la Empresa, por ejemplo, concibe la economía social como “tercer sector” o sector de empresas donde priman las *personas y el objeto social sobre el capital*, debido a la instauración de una *cultura empresarial con vocación de gestión participativa* de todos los *stakeholders*, en provecho de consumidores y usuarios y del bien común (conf. Javier Ibañez Jiménez - Antonio Partal Ureña-Pilar Gómez Fernández Aguado, “Hacia una concepción multidisciplinar de las finanzas: finanzas sociales e innovación financiera” en “El paradigma de la ética económica y financiera”, Madrid, 2006, pág. 79).

Aparece hoy, incluso, un interés particular de algunas administraciones y órganos reguladores de las Bolsas por crear índices de inversión socialmente responsables.

Puede citarse como ejemplo la creación de índice denominado FOOT-SIE FOR GOOD, auspiciado por los creadores del clásico *Financial Times* británico y del *Dow Jones* neoyorkino. El *footsie for good*, cuya denominación contiene una clara alusión ética, se integra a partir de la cotización de las grandes empresas europeas, excluyendo *a priori* ciertos sectores de efectos sociales negativos (tabaco, armas, energía nuclear), para, a continuación, estudiar la posible inclusión en el índice ético, empresa por empresa, según criterios de sostenibilidad ecológica, aspectos sociales y relación con el entorno, así como las actuaciones a favor de los derechos humanos. El índice de sostenibilidad de las empresas listadas puede consultarse en la página web: [www.footsie4good.com](http://www.footsie4good.com).

Esto se vincula con la cuestión que ocupa, actualmente, a la doctrina de la llamada información no financiera, en cuanto no siendo de contenido *patrimonial*, puede ser idónea para, en sustancia, quedar incumplida la pauta de la *transparencia*. Tan así es ello que un sector de la doctrina estadounidense entiende que debe reverse el alcance de la *corporate governance*. (Williams - Conley: “An emerging third way?: the erosion of the anglo-american shareholder value construct”, que puede verse y bajarse de <http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=632347>).



# PESIFICACION DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS EN MONEDA EXTRANJERA

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (\*)

SUMARIO: I. Introito. — II. Los fallos de la Corte Suprema en autos “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita interv. urgente en: Smith, Carlos A. con P.E.N. s/ sumarísimo” y “Provincia de San Luis contra Estado Nacional”. — III. La pesificación de los depósitos bancarios realizados en moneda extranjera. — IV. La pesificación de créditos hipotecarios entre particulares, por montos inferiores a \$ 100.000 y con destino a vivienda única y familiar. — V. La dolarización de los depósitos judiciales. — VI. Los casos aún por resolver.

## I. Introito

En los últimos tiempos, nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varios casos referidos a distintas situaciones provocadas por la pesificación que dispusiera la ley de emergencia económica 25.561 (Adla, LXII-A, 44) y sus normas complementarias, con relación a obligaciones contraídas en moneda extranjera durante la vigencia del sistema de “convertibilidad” de la ley 23.928 (Adla, LI-B, 1752), de un peso igual a un dólar de los Estados Unidos de Norteamérica.

## II. Los fallos de la Corte Suprema en autos “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita interv. urgente en: Smith, Carlos A. con P.E.N. s/ sumarísimo” y “Provincia de San Luis contra Estado Nacional”

La Corte Suprema Nacional ya se había pronunciado con fecha primero de febrero de 2002 en los autos “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita

---

(\*)Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 23 de agosto de 2007.

interv. urgente en: Smith, Carlos A. con P.E.N. s/sumarísimo” (1), respecto de buena parte de las cuestiones sobre las que luego volviera a decidir y ratificar en los autos “Provincia de San Luis c. Estado Nacional” (LA LEY, 2003-B, 537).

Siendo entonces sus principales fundamentos los siguientes: “*Que, a la luz de los criterios jurisprudenciales mencionados se aprecia que en el caso, el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 (Adla, LXI-E, 5443) que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (art. 1° a 4°)... Ante ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/2001 (Adla, LXII-A, 65) y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25.561 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias, lo que apareja un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad” (Considerando 14) [la bastardilla es nuestra].*

Con respecto al fallo dictado por la Corte Suprema Nacional con fecha 5 de Marzo de 2003, en los autos “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, se dijo en su momento: que “*Bajo el prisma estrictamente jurídico, la mayoría (de dicho Tribunal) ha privilegiado la propiedad como correspondía...*” (la bastardilla es nuestra) (2).

A lo cual puede añadirse como dato fáctico corroborante en cierta medida la circunstancia de que la disidencia minoritaria de los tres jueces que

---

(1) LA LEY, 2002-A, 770 y ss., fallo n° 103.246. Véase también: C.S.N., 22/8/2002, “Tobar c. E.N. Ministerio Defensa —Contaduría General del Ejército— ley 25.453 s/ amparo ley 16.986”, LA LEY, 2002-E, 428 y ss.

(2) CARNOTA, Walter F., “Constitución, pesificación y devolución de depósitos (Bases constitucionales del derecho contractual)” en LA LEY, 2003-B, 537, n° 15.

discrepan con dicho pronunciamiento, en definitiva, *no apunta al fondo de la cuestión resuelta, sino a que la misma no podría ser planteada y resuelta en el marco limitado de un amparo.*

Resulta pues, entonces, indudable, que era ante todo un planteamiento de inconstitucionalidad, el que merecían las modificaciones legales introducidas en el ámbito de los contratos entre las entidades financieras y los particulares celebrados hasta fines del año 2001 en moneda extranjera y que luego fueran pesificados por la ley 25.561 y demás disposiciones complementarias y modificatorias.

Sobre el respecto, el primer argumento en que se funda Corte Suprema es la circunstancia de que lo normado en el Decreto 214/2002 sobrepasa y excede el marco de la delegación de facultades concedida por la ley 25.561; lo cual se pone de manifiesto en las siguientes consideraciones:

*“27) Conforme dicho marco legislativo (ley 25.561), el Poder Ejecutivo Nacional quedó sujeto a múltiples limitaciones en el ejercicio de las facultades delegadas, ya que el Congreso de la Nación fijó el ámbito de la emergencia en que serían ejercidas (materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria), su duración temporal (hasta el 10 de diciembre de 2003) y los cometidos a satisfacer mediante su cumplimiento (reordenamiento del sistema financiero, bancario y cambiario; reactivación de la economía, mejoramiento del nivel de empleo y de distribución de ingresos; condiciones para el crecimiento económico sustentable, compatible con la reestructuración de la deuda pública; reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario).*

*“32) ...El art. 6° de la ley 25.561 constituye el centro normativo de esas bases de la delegación y textualmente establece que: “El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras”.*

*“Según se advierte, el Congreso fijó una pauta precisa, que fue desatendida por el Poder Ejecutivo Nacional al dictar el decreto 214/02. El Poder Legislativo, conforme al texto legal, sólo lo había habilitado a actuar para*

*afrontar la crisis, con la limitación de preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001, operaciones entre las que estaban expresamente incluidos los depósitos realizados en moneda extranjera.*

*“33) Que, al apartarse de ese marco, el Poder Ejecutivo excedió los límites establecidos en los arts. 3, 4, 5, 6, 15, 19 y 21 de la ley 25.561, pues esas disposiciones no proporcionan sustento legal para alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real...*

*“35) Que cabe concluir, por lo expuesto, que en exceso de las facultades delegadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional transformó, compulsiva y unilateralmente, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al disponer su conversión a pesos, con apartamiento de lo dispuesto por la ley 25.561 y con una relación entre la moneda nacional y las divisas que no refleja el valor del capital originariamente depositado.*

*“Esa falta de concordancia entre la ley mencionada y los ulteriores decretos del Poder Ejecutivo Nacional se patentiza aun más cuando se advierte que dicha ley no había derogado, sino que sólo había suspendido, la vigencia de la ley 25.466, en cuanto disponía la intangibilidad de los depósitos, y únicamente había autorizado el aplazamiento de los pagos que, según las previsiones de los arts. 617 y 619 del Código Civil y de la ley 25.466, debían hacerse en determinada moneda al 3 de diciembre de 2001”.*

*“39) Que, en el orden de ideas precedentemente descripto, ha de concluirse que el poder administrador, al margen de las directivas establecidas por el Poder Legislativo (artículo 6, ley 25.561), desconoció —contra legem—, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al ordenar su eventual —y postergada— restitución a un valor arbitrariamente fijado por ese mismo poder estatal,... (lo) que se proyecta, en el sub lite, como un grave agravio al derecho constitucional de propiedad”.*

Siendo por todo ello que bien se ha podido señalar que: “El problema es cuando un decreto del Poder Ejecutivo, como el dec. 214/2002, excede incluso las pautas de la norma legal originaria de la emergencia y se alza

en su camino contra la propia ley y contra la misma Constitución” (3); atento a que es obvio que de esa manera se infringe el principio de la prelación jerárquica de las normas jurídicas del art. 31 de la Constitución Nacional, lo que sin duda resulta manifiestamente arbitrario e inconstitucional.

Pero además se desprende asimismo de esos “Considerandos” precedentemente transcritos que el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 214/2002 resultaba igualmente inconstitucional, en cuanto violaba también otras importantísimas garantías constitucionales, cuales son el derecho de propiedad y la consecuentemente la seguridad jurídica, ambos amparados por nuestra Magna Carta. Y ello es así, por cuanto el citado decreto 214/2002 transformó compulsivamente a PESOS, obligaciones contraídas libremente en “DOLARES ESTADOUNIDENSES” con ajuste a lo establecido en los arts. 617 y 619 del Código Civil (reformados por la ley 23.928 y ratificados por el art. 5° de la propia ley 25.561); ya que de esa forma se vino a modificar la “naturaleza” de la primitiva obligación contratada entre las partes, con el grave perjuicio para ambas o al menos para una de ellas, de la pérdida de su real poder adquisitivo intrínseco, atento que la conversión a pesos se la efectuó a la equivalencia de un dólar igual a un peso con cuarenta centavos (y en otros casos de un dólar igual a un peso), a pesar de que al cierre del libre mercado cambiario del día 11 de febrero del año 2002, cada dólar ya se terminó cotizando a pesos DOS con QUINCE centavos (\$ 2,15), oscilando hoy su valor actual en alrededor de los Tres pesos con doce centavos (\$ 3,12). Todo lo cual afecta sin duda al derecho de “propiedad”, garantizado en los arts. 14, 17, 29 y concordantes de la Constitución Nacional, siendo por ello, obviamente, por completo arbitrario e inconstitucional.

En suma, que como consecuencia de tales medidas se vino a provocar una muy grave mutación jurídica y económica en el país, consumándose “el iter de la devaluación convirtiendo todas las deudas concebidas en moneda extranjera a deudas en pesos”; o sea que el Poder Ejecutivo por su sola autoridad, valiéndose de facultades que le fueran delegadas por el Congreso, procedió a convertir todos los negocios jurídicos “con vulneración del principio del pago exacto, el cual entraña la moneda de pago y el cumplimiento del plazo” (4); vale decir, lo que se conoce como *el principio de la exactitud del pago*, que es comprensivo de: la “*identidad*” entre lo

---

(3) CARNOTA, nota a fallo cit. en LA LEY, 2003-B, 536, n° 7.

(4) MALLO RIVAS, “Notas con motivo del decreto 214/02”, en E.D. 196-1065, n° 3.

debido y lo pagado, la “integridad” —todo lo adeudado— y la “puntualidad” del pago, de los arts. 740 a 742, 744, 750, 776, 777 y concordantes del Código Civil (5).

Y sobre el respecto también se ha pronunciado, acertadamente, el fallo de la Corte Suprema que nos ocupa, en estos términos: “40) Que, desde esta perspectiva, el régimen puesto en tela de juicio ha consagrado contra una ley del Congreso, una grave lesión del derecho de propiedad, pues, como ha expresado Rafael Bielsa, “...en nuestro sistema el legislador no es el árbitro del derecho de propiedad: puede limitarlo, pero no desnaturalizarlo..., en todo está subordinado a la Constitución...El interés colectivo nada tiene que ver, y menos imperar, sobre las garantías constitucionales, y no se satisface con injusticias sino con los ingresos fiscales o recursos financieros como la Constitución lo dispone” (El Derecho de Propiedad en la Constitución, La Ley, Tomo 92, págs. 77/93).

“41) Que tanto lo precedentemente expuesto, como lo decidido en la causa “Smith” derivan de la razonada aplicación del art. 17 de la Constitución Nacional, en tanto dispone que “La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia firme fundada en ley”. Soslayar su vigencia, cualesquiera sean las razones para enervar su recto contenido, importaría retirar a la República del concierto de naciones civilizadas, que contemplan el derecho de propiedad como uno de los pilares del respeto a los derechos inherentes a la persona y que configura una formidable base de impulso para el progreso de las naciones.

Si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad (art. 28 Constitución Nacional), el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa (Gunther, G., Constitutional Law, pág. 486, 13a Ed., The Foundation Press, New York, 1997).

“47) Que el sistema jurídico impugnado, fundado en la emergencia, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía constitucional de la propiedad y destruido —como se apuntó— el presupuesto, también constitucionalmente establecido, de la seguridad jurídica con total olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios.

---

(5) CAZEAUX, Pedro N. -TRIGO REPRESAS, Félix A. “Derecho de las obligaciones” 3a ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1991, t. III, ps. 138 y sigte., n° 1417.

*“El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia, ya que en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional. Las normas cuestionadas afectan, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional.*

*“48) Que, reiteradamente, esta Corte ha señalado que el contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona (Fallos: 312:1121). De ahí que también el Tribunal haya sostenido que “cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido, y es inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad” (Fallos: 296:737; 299:379; 303: 1835 y 1877; 307:305). En el sub examine, el depósito había sido efectuado bajo la vigencia de la ley 25.466 (B.O. 25 de septiembre de 2001) que garantizaba categóricamente su inalterabilidad (art. 1°) y cuyas disposiciones, de orden público (art. 3°), tenían por finalidad —como se dijo supra— crear un ambiente de confianza en el sistema financiero que se encontraba debilitado (confr. antecedentes parlamentarios, Tomo 2001, pág. 2394). La situación jurídica por cuyas consecuencias se ha demandado en el caso quedó, pues, consolidada en lo sustancial, en virtud de dicho régimen generando, innegablemente, derechos adquiridos en cabeza de la actora.*

*“Ahora bien, además de la restricción e indisponibilidad de los fondos que se produjo como consecuencia de la aplicación de las normas que esta Corte tuvo ocasión de examinar y declarar inconstitucionales en el precedente “Smith” ya referido, la normativa posterior ha venido a resquebrajar aún más el ya debilitado derecho de la actora a disponer de su propiedad...*

*“49) Que la noción de derecho adquirido se encuentra inescindiblemente ligada a la de seguridad jurídica. Esta no es sino el resultado del acatamiento de las normas que imperan en el Estado de Derecho, las que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no solamente formal. La actuación efectiva de las reglas preestablecidas genera así un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los go-*

*bernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor. La seguridad jurídica, que es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, se resentiría gravemente si fuera admisible dejar sin reparación los efectos de una norma dictada con el objeto de lograr una finalidad precisa —inducir al mantenimiento de los depósitos bancarios—, y luego desconocerla, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales.*

En síntesis, que en el entendimiento de la Corte Suprema, las medidas impugnadas se traducían lisa y llanamente en una *confiscación* de los depósitos en moneda extranjera que hubiesen podido haber efectuado los particulares contratantes con las entidades bancarias; atento que los mismos fueron contratados compulsivamente en otro de distinta naturaleza jurídica: “pesos”, que estaban además muy lejos de tener el real poder adquisitivo intrínseco de los “dólares estadounidenses” convenidos. Todo lo cual comportaba, pues, sin duda alguna, una flagrante violación de la *garantía constitucional de la “propiedad”*, contemplada en la Constitución Nacional en sus artículos: 14 (“*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos... de usar y disponer de su propiedad...*”), 17 (“*La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella...*”) y 29 (“*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional... facultades extraordinarias... por las que... las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable...*”); como asimismo en diversos tratados y convenciones internacionales expresamente mencionados en el inciso 22 del art. 75 de esa misma Constitución, en el que se les asigna, además “jerarquía constitucional”, como son entre otros: la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” en su art. XXIII, la “Declaración Universal de Derecho Humanos” en su art. 17, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)” en su art. 21, y la “Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial” en su art. 5°, apartado d), inciso v.

Y a mayor abundamiento cabe destacar que además de todo lo preexpuesto, la Corte consideró como otro fundamento de la inconstitucionalidad del art. 2° del Decreto 214/02, que éste violaba derechos adquiridos al amparo de la ley 25.466 que dispuso la llamada “intangibilidad de los depósitos”; expresándose de la siguiente manera: “37) *Que, por otra parte,*



*cabe poner de resalto que la llamada “intangibilidad de los depósitos” sancionada por la ley 25.466 no constituye un concepto reiterativo o sobrebundante respecto de la protección constitucional al derecho de propiedad. Ello, porque la enérgica redacción de dichas normas revela innegablemente la existencia de una política económica dirigida a captar depósitos, suscitando para lograr ese objetivo un intenso grado de confianza que, en forma casi inmediata, el poder público defraudó con el dictado de las normas aquí cuestionadas. Aun así, es claramente perceptible en la ley 25.561 la continuidad normativa de esa decisión política, dentro de los severos márgenes de la crisis, y su abandono sólo se registra en las normas cuya constitucionalidad aquí se debate”.*

Por último cabe puntualizar, en similar sentido, que según nuestra Corte Suprema las leyes deben ser razonables, vale decir que deben guardar una adecuada proporción entre los fines que persiguen y los medios instrumentados a tal efecto (6), y que cuando ha decidido la constitucionalidad de leyes que en situaciones de emergencia han suspendido temporalmente los efectos de los contratos, lo ha hecho empero con la expresa aclaración de que ello será así, siempre que no se altere su sustancia: la *“restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido...”*, añadiéndose que *“está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales”*; debiéndose mantener *“incólume y en su integridad la sustancia de los mismos (los contratos), como así la de los derechos y obligaciones que crean o declaren”* (7). Apuntándose en el fallo que ahora nos ocupa de la Corte Suprema con relación a lo antedicho, que: *“23) ...Sin perjuicio de ello, no es ocioso recordar, como lo ha puntualizado desde antaño el Tribunal, que la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato*

---

(6) C.S.N., 28/12/77, “Juan R. Azar”, “Fallos” 299:428, cuya considerando quinto enumera una gran cantidad de precedentes en igual sentido; BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, nota a fallo en LA LEY, 1991-C, 166, n° VII y nota 134; BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de derecho constitucional”, Bs. As., Ediar, 1986, t. I, p. 229; PADILLA, Miguel, “Lecciones de derechos humanos y garantías”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1986, p. 75; etc.

(7) C.S.N., 15/5/59, “Russo c. C. de Delle Donne”, “Fallos” t. 243, p. 472; ídem 27/12/90, “Peralta c. Estado Nacional”, LA LEY, 1991-C, 158 y ss.; etc.

*(Fallos: 243:467; 323: 1566, entre muchos otros). De ahí que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares (confr. causa “Smith”); y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia”; concluyéndose luego en que: “55)... Frente a disposiciones de otros poderes que no reflejen tal proceder, es deber imperioso e indeclinable de la justicia restituir el orden vulnerado, también en cumplimiento estricto de su deber constitucional. En rigor, al Poder Judicial le está vedado juzgar el acierto o error de decisiones que incumben al área de política económica; mas es incontrovertible que aquél debe controlar la razonabilidad y constitucionalidad de tales medidas, máxime cuando, como en el caso, éstas se traducen en normas sujetas a bruscos y veloces cambios, sin que resulte posible encontrar una respuesta apropiada y oportuna sobre la cual basar alguna certeza jurídica. Ante tales circunstancias, cuando la ley y la reglamentación vacilan en sus propósitos y finalidades, es la jurisprudencia la que debe mantener su firmeza pues “la interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes” (confr. Alberdi, Bases, cit.).*

### **III. La pesificación de los depósitos bancarios realizados en moneda extranjera**

Ya con otra integración, la Corte Suprema había rechazado, en el caso “Bustos c. Estado Nacional y otros” (8), un reclamo planteado por ahorristas por vía de amparo, con inusuales razonamientos referidos a la “clase privilegiada” que se generaría de conformarse la devolución de los depósitos a los ahorristas en la misma moneda en que fueron impuestos; o al origen presuntamente extraño al trabajo personal, de esa moneda; o al propósito perseguido por los depositantes cuando confiaron sus ahorros a las entidades financieras. Toda una “ácida e inmerecida crítica que algún voto deparó a los ahorristas que demandaron y a los jueces que ampararon a los damnificados por las medidas de emergencia” (9).

---

(8) C.S.N., 26-10-2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros”, LA LEY, 2004-F, 713, E.D. 210-53 y Fallos 327:4495.

(9) GELLI, María Angélica, “El caso ‘Massa’: fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios”, LA LEY, Sup. Especial, Pesificación de los depósitos bancarios, 29 de diciembre de 2006, p. 25, n° 3-a), in fine.

Empero, con fecha 27 de Diciembre del año 2006, la Corte Suprema volvió a pronunciarse en el caso “Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional” (10), en punto a la cuestionada pesificación de los depósitos bancarios que se habían efectuado en moneda extranjera, de una manera por completo diferente a como lo hiciera dos años antes, en el mencionado caso “Bustos”.

En efecto, el Tribunal dictó ahora sentencia con el voto de cinco de sus jueces y por unanimidad de éstos; aunque deba señalarse que hubo disidencia de fundamentos de dos de ellos: el Dr. Fayt, quien en el caso “Bustos” había votado en minoría por la inconstitucionalidad del decreto 214/2002 (en especial los Considerandos 25 y 32 de ese voto), y ahora entendió que tal normativa de emergencia “no ocasiona *actualmente* lesión al derecho de propiedad de la actora” (su considerando 20); y la Dra. Argibay, quien después de dejar en claro su convicción sobre la inconstitucionalidad del decreto 214/2002 (en particular sus considerandos 6°, 7° y 10), adhiere empero, incongruentemente (11), al voto de la mayoría, invocando que “las razones de gravedad institucional relatadas” en el mismo, “tornan prudente... arribar a una sentencia que, en tanto unánime en el resultado económico, ponga fin a la gran cantidad de reclamos pendientes de solución” (su considerando 11).

El esquema de tal pronunciamientos ha sido, por lo demás, lo más simple y sencillo posible, encarándose la solución con un gran pragmatismo. En el Considerado 14° se fijó el quid de la cuestión a resolver, diciéndose que se limitaría al quantum que los bancos deben abonar a los depositantes; luego se añade que establecido conceptualmente tal monto, se verificaría si su resultado conduce o no, “*en las actuales circunstancias*”, a un menoscabo del derecho constitucional de propiedad; y en fin, después de algunos desarrollos argumentales (Considerandos 15 - 18), se concluye: que el banco debe devolver el depósito “convertido a pesos en la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER (Coeficiente

---

(10) Publicado en el LA LEY, Sup. Especial, “Pesificación de los depósitos bancarios”, del 29 de diciembre de 2006, dirigido por Jorge H. Alterini, ps. 45 y ss.; en LA LEY, Sup. Especial, “La emergencia y el caso Massa”, dirigido por Atilio Aníbal Alterini, de Febrero de 2007, ps. 112 y ss.; en El Derecho 221-139; y en “Jurisprudencia Argentina” Tomo 2007-I, ps. 187 y ss.

(11) WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo, “¿Punto final a los reclamos de los ahorristas o un pragmatismo de dudosa consistencia en la sentencia de la Corte? (El caso ‘Massa’),” nota a fallo en El Derecho 221, p. 153, n° 1.

de Estabilización de Referencia) hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual —no capitalizable—” (Considerando 19 y parte dispositiva); como así que “en virtud del resultado que (así) se obtiene..., cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora” (Considerando 20) (12). Y ello es efectivamente así, como lo señalara Atilio Aníbal Alterini, puesto que: “Conforme a la ecuación económica que resulta de la ingeniería jurídica del fallo, el depositante obtendrá una suma en pesos algo mayor que la cotización actual del dólar... A la fecha de la sentencia el índice del CER era, 1,8887. Multiplicado por 1,40, y con el agregado de 5 años de interés al 4% anual, *el saldo final es del orden de \$ 3,17 por dólar, algo superior al de su cotización en plaza*” (13).

O sea, en suma, que se trataría de una “constitucionalidad *sobreviniente* de la pesificación dispuesta por el decreto 214/2002”, en razón de que “no se lesiona el derecho de propiedad del actor *porque existe equivalencia actual y sobreviniente* entre el valor de un dólar estadounidense con relación a \$ 1,40, ajustados por el CER, más la aplicación de intereses compensatorios por todo concepto a la tasa fijada por la Corte Suprema del 4% anual no capitalizable” (14). A lo cual se ha llegado “con argumentos pragmáticos antes que dogmáticos”, cuya “síntesis sería: ‘como los números cierran, *no hay inconstitucionalidad alguna*’” (15).

Y esto que “luce hoy razonable y parecería haber conformado a quienes dedujeron acciones judiciales en salvaguarda de sus acreencias en el sistema financiero”, no lo sería “si el fallo se hubiese dictado hace uno o dos

---

(12) BIANCHI, Alberto B., “Una calma perfecta”, LA LEY, Sup. Especial, Pesificación de los depósitos bancarios, del 29 de diciembre de 2006, p. 8, núms. III y IV; KAMINKER, Mario E., “Aspectos prácticos de la aplicación del fallo ‘Massa’”, LA LEY, Sup. Especial, “La emergencia y el caso Massa”, Febrero 2007, ps. 85 y sigte., n° III.

(13) ALTERINI, Atilio Aníbal, “¿Hay dos derechos, uno de la normalidad y otro de la emergencia?”, LA LEY, Sup. Especial, La emergencia y el caso Massa”, Febrero 2007, p. 23, n° 28.b); BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “La Corte Suprema y el caso ‘Massa’: enseñanzas y reflexiones”, nota a fallo en Jurisprudencia Argentina J.A. 2007-I, ps. 204 y sigte., n° VII.

(14) GALDÓS, Jorge Mario “El caso ‘Massa’ y la responsabilidad del Estado por daños”, LA LEY, Sup. Especial, “La emergencia y el caso Massa”, Febrero 2007, p. 56, n° 2.

(15) MANILI, Pablo L., “La propiedad privada es inviolable (art. 17 de la Constitución Nacional)”, LA LEY, Sup. Especial, “Pesificación de los depósitos bancarios”, del 29 de diciembre de 2006, p. 41, n° III.

años, cuando la aplicación del CER arrojaba valores lejanos al del dólar del mercado libre”; amén de que “el perjuicio del ahorrista subsiste, y puede ser significativo”, ya que “él perdió la disponibilidad de su dinero por cinco años y, de tal modo, el costo de oportunidad significativo que pudo haber tenido en todos estos años...” (16). No pudiendo silenciarse tampoco, a mayor abundamiento, que “el CER es aplicación del índice de Precios al Consumidor —que informa el INDEC— establecido por la ley 25.713”, y cuyo procedimiento de determinación está reglado por el Anexo de dicha ley (17); siendo suficientemente conocidas las manipulaciones y distorsiones a que en el año 2007 se fue sometiendo a la confección de tales índices por parte del Gobierno Nacional, en procura de evitar su incremento y de achicar los mismos; como así que precisamente el CER, cuyo número índice es diario, y que hasta el día 6 de marzo del año 2007 se había ido incrementando día por día a razón de un 0,0007, a partir del 7 de ese mismo mes lo empezó a hacer solamente por el porcentual de 0,0002, considerablemente menor.

Pero sin perjuicio de lo que antecede, coincidimos no obstante con Pizarro en que, si bien la solución que ha brindado la Corte “no es perfecta (es imposible que lo fuera)... *tiene un enorme valor por su realismo y por el equilibrio que trasunta el resultado final alcanzado, que salvaguarda en una medida razonable, tolerable, el bagaje mínimo del derecho de propiedad del ahorrista*”; “con criterio pragmático y consensuado, ha encontrado una salida realista a la problemática que nos ocupa, dentro del decreto 214/2002 y demás normativa complementaria, *cuya constitucionalidad mantiene, sin desmedro grave de la garantía de propiedad de los ahorristas*” (18).

Posteriormente, con fecha 13 de febrero de 2007, la Corte Suprema ha resuelto en la misma forma gran cantidad de amparos, bajo la carátula “Córdoba, Mónica Laura c. PEN - ley 25.561, dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo ley 16.876 (C, 3517, XKUU)” (19).

---

(16) PIZARRO, Ramón Daniel, “Pesificación y después. La corte da respuesta institucional a la ‘pesificación’ de los depósitos”, LA LEY, Sup. Especial, “La emergencia y el caso Massa”, Febrero 2007, p. 98, n° III; en similar sentido ALTERINI, Atilio Anfbal, ob. cit. en LA LEY, Sup. Especial, “La emergencia y el caso Massa”, Febrero 2007, ps 23 y ss., n°s 28 y 29.

(17) KAMINKER, Mario E., “Aspectos prácticos de la aplicación del fallo ‘Massa’” en LA LEY, Sup. Especial, “La emergencia y el caso Massa”, Febrero 2007, p. 86, n° III.

(18) PIZARRO, ob. cit., LA LEY, Sup. Especial, “La emergencia y el caso Massa”, Febrero 2007, p. 100, núms. V y VII.

(19) Diario El Derecho del 21 de Marzo de 2007, p. 6, fallo n° 307.

#### **IV La pesificación de créditos hipotecarios entre particulares, por montos inferiores a \$ 100.000 y con destino a vivienda única y familiar**

Pero más adelante, 15 de marzo de 2007, en los autos “Rinaldi, Francico A. y otro c. Guzmán de Toledo, Ronal C. y otra” (20), también por unanimidad de cinco de sus miembros, pero con disidencia en algunos de sus fundamentos por parte de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni, y según su voto la Dra. Argibay, la Corte Suprema ha venido a resolver los casos de pesificación de créditos hipotecarios entre particulares, fuera del sistema financiero, por un monto inferior a los \$ 100.000 y en los que el deudor tuviese comprometida su vivienda única y familiar. Y lo ha hecho pronunciándose por la constitucionalidad de las leyes 25.798, 25.908 y 26.167, atento que en su entender resultaba razonable, dada la entidad de la crisis que busca superarse, el límite de un dólar igual a un peso, más el 30% de la brecha cambiaría y un interés no superior al 2,5 por ciento anual por todo concepto, desde la mora y hasta el efectivo pago; según lo establecido por el art. 6 de la ley 26.167, para la determinación de tales deudas provenientes de mutuos hipotecarios.

Ello, ha dicho la Corte, obedeció a un propósito de justicia, teniendo en cuenta que la Constitución Nacional también contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna. Pues, como bien se ha dicho: “Es necesario poner equidad en la solución. Y en este caso, la equidad no parece pasar por una protección absoluta de los deudores y un olvido de los acreedores; la equidad pasa por la convicción de que debe hacerse reinar la justicia” (21).

De todas maneras es indudable el apartamiento por la propia Corte Suprema en este caso, de lo resuelto en el caso “Massa”, y las trascendentes contradicciones existentes entre ambos pronunciamientos (22).

Finalmente, sobre este mismo tema se ha vuelto a pronunciar la Corte Suprema de Justicia, con fecha 3 de julio de 2007, en los autos “Grillo, Vicente

---

(20) Ver LA LEY, 2007-B, 660 y ss., con nota de SEXE, Pedro Marcelo, “La legislación de emergencia y la contratación privada”, y LA LEY, Sup. Especial, “Pesificación de créditos hipotecarios”, del 21 de marzo de 2007, ps. 62 y siguientes.

(21) BORDA, Alejandro, “El triunfo de la pesificación”, LA LEY, Sup. Especial, “Pesificación de créditos hipotecarios”, del 21 de marzo de 2007, p. 10, n° 8; GÓMEZ, Claudio D. “La Corte Suprema brinda protección a la vivienda única familiar”, en el mismo “Suplemento” precitado, p. 29, n° III; HERNÁNDEZ, Carlos A., “Aportes de la CSJN para la construcción de un derecho contractual justo” en el mismo “Suplemento”, p. 35, n° VI.

(22) DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “Los fallos “Massa”, “Rinaldi” y “EMM S.R.L.”. Un análisis de razonabilidad” en 2007-II, ps. 211 y sigte., N° V - Jurisprudencia Argentina.

c. Sparano, Claudio Rafael (23), en donde, si bien ratifica la constitucionalidad de las normas de emergencia en materia hipotecaria, conforme lo estableciera tres meses antes en el caso “Rinaldi”, acota de manera notable el ámbito de aplicación de lo allí sentado, y descalifica a las normas de las leyes 25.798 y 26.167 en cuanto pretenden ser aplicables a situación resueltas por sentencias firmes. En efecto, se ha dejado ahora a salvo: la inaplicabilidad de aquella doctrina, a los casos donde la cuestión relativa a la constitucionalidad de tales normas de emergencia se hubiera tratado con anterioridad, y en su mérito se hubiese establecido la cuantía del crédito por sentencia firme; o sea que, conforme a este fallo, en las ejecuciones hipotecarias, cuyos mutuos fueran subsumibles dentro de las previsiones de tal normativa emergencial hipotecaria, en las que se hubiese resuelto por sentencia firme, pasada en autoridad de cosa juzgada lo relativo a la pesificación del crédito y su cuantificación, estas cuestiones ya no pueden volver a ser replanteadas, *resultando inaplicables entonces las disposiciones respectivas de las referidas normas de emergencia*, ya que de esa forma ha precluido tal posibilidad. Por lo que los derechos reconocidos en la sentencia firme “han quedado incorporados al patrimonio y se encuentran protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional”, dado que “*el carácter de orden público de las leyes de emergencia no alcanza para modificar los efectos de la cosa juzgada*”. No obstante lo cual, en el caso resuelto se recoge por otra parte lo dispuesto en el art. 7 de la ley 26.167, en cuanto allí se menciona la posibilidad de que el deudor recurra en forma “total o parcial” a aportes del fondo fiduciario de la ley 25.798, para terminar disponiendo un procedimiento especial para el caso: que el juez de 1ª instancia fije un plazo no mayor de 30 días, para que el deudor opte por abonar de su peculio la diferencia entre la liquidación resultante de la sentencia firme y la suma que aporte para el pago el Banco Nación como fiduciario de la ley 25.798, y que caso contrario continúe la ejecución con arreglo a derecho.

## V. La dolarización de los depósitos judiciales

El día 21 de Marzo de 2007, la Corte Suprema, en los autos “EMM SRL c. TIA SA” (24), confirmó, con la disidencia de la Dra. Highton, los anteriores

(23) LA LEY, 2007-D, 384, fallo n° 111.634, con anotación de DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La Corte y la emergencia hipotecaria: de ‘Rinaldi’ a ‘Grillo’”, y El Derecho 223-638, fallo n° 54.838.

(24) LA LEY, 2007-B-546, Jurisprudencia Argentina, 2007-II-192; VENTURA, Adrián, “Avaló la Corte la dolarización de los depósitos judiciales”, en diario La Nación del 21 de Marzo 2007, Sección 2, p. 4. Con anterioridad se había pronunciado en el mismo sentido la Suprema Corte de Buenos Aires el 17 de mayo de 2006, en autos: “O.F.A. S.A. s/ quiebra” (El Derecho 220-67).

pronunciamientos de la Cámara Nacional en lo Comercial y de primera instancia, ordenando devolver en dólares los depósitos judiciales efectuados en esa moneda en Bancos oficiales, como el Nación Argentina, el Ciudad de Buenos Aires, u otros similares en jurisdicción provincial.

Es sabido que los depósitos judiciales no fueron efectuados voluntariamente por ahorristas, sino que son cuentas abiertas por orden de un juez y que están a la orden del juzgado donde el magistrado ordenara depositar, en custodia, dinero perteneciente a menores, insanos, a juicios de divorcio, o, en general, siempre que se tratase de dinero que se halle sometido a un litigio en la vía judicial. Y como habitualmente dicho dinero queda inmovilizado por períodos bastante largos, los jueces en su momento, a pedido de parte, ordenaron colocaciones en dólares, para preservar su poder adquisitivo; tal como sucediera en el caso resuelto, en el que se dispuso colocar el depósito en dólares en un plazo fijo a 30 días, en el Banco Ciudad.

Ahora bien, acá la Corte Suprema se apartó de lo resuelto con anterioridad en el caso “Massa”, considerando inaplicable a los depósitos judiciales la pesificación. En esencia se sostuvo que los depósitos judiciales constituyen un supuesto especial, porque están relacionados con el derecho de propiedad, pero también con la división de los poderes del Estado; atento que son los jueces los que pueden resolver el destino de los bienes sujetos a juicio y si ellos ordenaron ponerlos en dólares, no puede el Gobierno inmiscuirse. Amén de no ser razonable que quien ha disputado un bien en un pleito se vea perjudicado por una decisión que no tomó —por cuanto el depósito no fue pactado por él con el banco, sino que fue ordenado por el juez—, por riesgos que no tomó, ni que se lo haga compartir el riesgo con un banco que tampoco eligió. A lo que se puede añadir lo expuesto en el voto concurrente del Dr. Fayt, en el sentido de que los depósitos judiciales no integraban el sistema financiero sobre el que se aplicara el decreto 214/2002, por lo que los mismos quedaron al margen de las normas de la pesificación; habiendo agregado en este sentido que: “No puede válidamente alterarse la sustancia de los bienes cuya custodia se le confió al banco, en este supuesto, en su carácter de depositario judicial... toda vez que cualquier conversión obligatoria, en tanto se traduzca en una quita, resultaría confiscatoria y, por ello, devendría inexorablemente inconstitucional” (considerandos 8° y 12).

Pero sin duda se produce igualmente en este caso, el apartamiento por la propia Corte Suprema, de lo que ella misma decidiera en el caso “Mas-



sa”, lo que se traduce en trascendentes contradicciones entre tales pronunciamientos (25).

## VI. Los casos aún por resolver

De todas formas es evidente que lo hasta ahora resuelto por la Corte Suprema sobre las distintas situaciones resultantes de la emergencia económica dispuesta por la ley 25.561 y demás normas complementarias, no ha puesto punto final a las cuestiones que aun quedan por resolver (26).

Pudiendo recordarse a título de ejemplo y sin pretender ser exhaustivos, las siguientes: a) la pesificación de los seguros de retiro; b) el ajuste por inflación de los impuestos, y c) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los ahorristas, a los cuales el voto del Dr. Fayt en el caso “Massa” les ha dado cabida, siempre que se demuestren en la vía procesal adecuada (27).

En este sentido, tenemos con relación al primero de esos puntos, un fallo del 29 de septiembre de 2006 de la Sala “B” de la Cámara Nacional en lo Comercial, que ha resuelto, por mayoría de las Dras. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero y Ana I. Piaggi y con la disidencia del Dr. Miguel F. Bargalló, que cabe condenar a la aseguradora de retiro accionada, a cumplir en la moneda de origen, el seguro de retiro en dólares contratado por el actor; pues por tratarse aquélla de un profesional con alto grado de especialización y un colector de fondos públicos, el interés general le exige actuar con responsabilidad, por lo que al haber contratado en esa moneda extranjera, debió prever la posibilidad de una devaluación de la moneda nacional y asumir ese riesgo. Agregándose que el riesgo de la devaluación puede no ser propio del contrato de seguro, pero obviamente si lo es del contrato pactado en dólares, como el de seguro de retiro motivo de los autos (28).

---

(25) DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “Los fallos “Massa”, “Rinaldi” y “EMM S.R.L.”. Un análisis de razonabilidad” en *Jurisprudencia Argentina*, 2007-II, ps. 211 y sigte., N° V.

(26) WETZLER MALBRÁN, nota a fallo cit. en el diario *El Derecho* 221-158, n° 6.

(27) MANILI, Pablo L., ob. cit. en *LA LEY*, Sup. Especial, “Pesificación de los depósitos bancarios”, del 29 de diciembre de 2006, p. 41, n° III.

(28) Cám. Nac. Comercial, Sala B, 16-8-07, “Torreson c/ Siembra Seguros de Retiro S.A.”, L.L. 2007-F-373; id. 3-10-2006, *Silveyra c/ Orígenes Seguros de Retiro S.A.*, *El Derecho* 224-224, fallo n° 54.896; id. 29-09-2006, “Tsai Cheng Kuan y otro c/ Siembra Seguros de Retiro S.A. s/ amparo”, *El Derecho* 223-616, fallo n° 54.833; id. 27-9-06, “González c/ Poder Ejecutivo Nacional”, E.D. 222-97; idem Sala C, 27-9-06, “Aries c/ Siembra Cía. Seguros de Retiro S.A.”, E.D. 221-468. En contra: Cám. Nac. Comercial, Sala E, 8-8-07, “Azcoita c/ Poder Ejecutivo Nacional”, *La Ley* 2007-F-376.

Existiendo asimismo otra sentencia con similar solución, esta vez de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial, del 11 de diciembre de 2006, en autos “Aurrecoecha, Alejandro Enrique c. Siembra Seguros de Retiro S.A.” (29), que hace aplicación al caso del último párrafo del art. 9 del decreto 905/2002, que contiene una solución especial, que excepciona del esquema general de pesificación y de las soluciones de emergencia previstas, a aquellas relaciones de seguro de vida y/o retiro, de las cuales la matriz de una empresa multinacional o grupo societario multinacional haya garantizado la solvencia y los términos contractuales de la emisora local, que pertenece al grupo o se halla inserta en él de manera reconocida; toda vez que la póliza y demás papelería vinculada con el aseguramiento, se desprende que la propia aseguradora es parte de un grupo multinacional y que cuenta con el respaldo y la solvencia de dos importantes instituciones financieras de prestigio internacional, lo que permite su encuadramiento dentro de la aludida excepción del art. 9 del decreto 905/2002.

Y en lo que respecta al último de los temas, si bien existe un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial de fecha 8 de Mayo de 2007 (30), rechazando tal pretensión. Empero ello lo ha sido en razón de que la demanda se había fundado en ese caso, en que la entidad financiera demandada no debió cumplir con las normas de emergencia, sino en todo caso promover una acción de amparo en defensa de los depositantes, deviniendo en consecuencia responsable de su actitud omisiva. Pero sin que se hubiese individualizado la fuente normativa de la que resultaría dicho deber, y además: por cuanto no existe una representación legal o mandato a favor de los bancos depositarios, para accionar en defensa y a nombre o en el interés de los depositantes, cuando el Estado dicta normas de orden público y de emergencia económica, que alteran las condiciones originalmente pactadas en que debía ser cumplida la obligación de restituir los depósitos bancarios.

Pero no obstante, en tal sentencia se ha dejado a salvo en cambio que la percepción de fondos por parte de la actora, sea que se hubiera hecho o no con reserva de mayor cantidad al recibir los respectivos bonos, *no consti-*

---

(29) RCyS, Año IX, N° VII, Julio de 2007, ps. 28 y ss., con nota aprobatoria de RUBIO, Gabriel Alejandro y RICHARD, Efraín Hugo, “La pesificación y responsabilidad de la casa matriz en los seguros de retiro”.

(30) Cám. Nac. Com., Sala D, 8-5-2007, “Reichenbaum c. Banco Bansud SA”, LA LEY, 2007-C, 629; 293, fallo 111.616.

*tuye un obstáculo para el reclamo de daños y perjuicios*, interpuesto como consecuencia de la aplicación, por parte de la entidad bancaria demandada, de la normativa pesificadora. Lo cual de alguna manera sigue dejando la puerta abierta a la posibilidad del reclamo indemnizatorio contra las entidades bancarias, por los detrimentos que pudiesen haber sufrido los ahorristas, que fueran alcanzados por la pesificación de sus depósitos en moneda extranjera en aquellas instituciones y por la reprogramación de los plazos para su restitución.

En suma, que subsisten aún diversos problemas pendientes y no se sabe como habrá de resolverlos nuestra Corte Suprema —quizá ni ella misma lo sepa todavía— cuando lleguen a su conocimiento; atento a que su manifiesto objetivo es el de ir acotando, con soluciones particularizadas y diferentes para cada caso, aunque lo más justas posibles, los distintos conflictos a que siguen dando lugar las medidas de emergencia económica adoptadas en el año 2002, por la ley 25.561, el decreto 214 del Poder Ejecutivo Nacional y demás normas complementarias.

---

EL DERECHO HUMANO A LA VIDA  
INTIMA DE LA MUJER EMBARAZADA,  
EL RIESGO GRAVE PARA SU SALUD  
Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD  
FRENTE A LOS CASOS DE NO  
PUNIBILIDAD, EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE  
DERECHOS HUMANOS  
SU IMPACTO EN EL DERECHO  
ARGENTINO (\*)

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

SUMARIO: 1. Importancia de la temática. — 2. Sentencia del 20/3/2007, recaída en el caso Tysiac v/ Poland. — 3. Sentencia del 27/6/2006, caso D. v/ Ireland (n° 26.499/02). — 4. Conclusiones provisionarias.

*Una libertad sin una opción real para ejercerla es un regalo del diablo*  
(Noam Chomsky).

*"It's not the repression of the bad people that hurts; it's the silence of the good"* (Martin Luther King).

*Rara felicidad de nuestros tiempos el poder pensar como uno desee y el poder hablar como uno piense* (Tácito).

---

(\*)Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 27 de setiembre de 2007.

## **1. Importancia de la temática**

La salud de la mujer embarazada no es una cuestión menor. Según los datos de Unicef del año 2007, relativos al Estado Mundial de la Infancia, una de cada tres mujeres en América Latina queda embarazada antes de cumplir los veinte años, y una de cada 160 mujeres en la región muere como resultado del embarazo y el parto en hogares.

Estos datos ilustran la importancia de un tema que no ha pasado desapercibido para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia reciente abordará analizando casos que involucran a Polonia e Irlanda.

## **2. Sentencia del 20/3/2007, recaída en el caso Tysiac v/ Poland**

### *2.1. Los hechos*

La denunciante nació en Varsovia, en 1971; sufre miopía grave desde los seis años y es madre de dos niños nacidos por cesárea. En febrero del año 2000 quedó nuevamente embarazada; a las pocas semanas los médicos le recomendaron: (a) chequeos y controles permanentes; (b) considerar la posible esterilización después del parto; c) tomar precauciones severas, desde que nuevas patologías en su retina advertían del peligro de agravamiento de su dolencia por el embarazo y el parto. Frente a semejante panorama la paciente les solicitó un certificado para interrumpir el embarazo, requisito exigido por la ley polaca para justificar el aborto.

No obstante este diagnóstico, los médicos se negaron a expedirlo, fundados en que la retina podía desprenderse como resultado del embarazo y parto, pero no era seguro que ello ocurriese.

Frente a esa situación, la Sra. Tysiac consultó el 20/4/2000 a un médico clínico, quien le certificó que el tercer embarazo constituía un peligro para su salud porque: (a) había riesgo de ruptura del útero, dado que los partos anteriores fueron por cesárea; (b) el problema visual requería evitar esfuerzos físicos, aspecto difícil de cumplir por la existencia de sus otros hijos.

Ella consideró que con este certificado el hospital público interrumpiría el embarazo.

Contactó para ello a una clínica de ginecología y obstetricia de Varsovia, donde le dieron turno para ser revisada. Terminada la consulta, se le expi-

dió un certificado según el cual ni las cesáreas anteriores, ni el problema visual ponían en riesgo su salud durante el embarazo ni el parto. El certificado estaba firmado por un ginecólogo, un obstetra y un endocrinólogo, quien en realidad no la había revisado. Al final de la entrevista, el obstetra le manifestó que no debía preocuparse y que podía seguir teniendo hijos, siempre que fuese por cesárea.

El parto se produjo en noviembre del año 2000. Seis semanas más tarde, su vista desmejoró sensiblemente; un examen acreditó que su campo visual se limitaba a tres metros (antes del parto, con un ojo veía a cinco, y con el otro a seis). El 14/3/2001 visitó a otro médico quien le advirtió el riesgo de quedar ciega, sin posibilidades quirúrgicas, y le sugirió estudiar el alfabeto Braille.

Ante esta situación, el 29/3/2001, interpuso una denuncia penal contra los médicos del hospital público que le negaron el certificado para interrumpir el embarazo.

Las actuaciones procesales del juicio llevado adelante por el Ministerio Público muestran los pasos siguientes: (a) Se designa un panel de expertos integrado por un oftalmólogo, un ginecólogo y un especialista en medicina forense; (b) Dictaminan en conjunto que ni el embarazo ni el parto han sido la causa del empeoramiento de la salud visual de la madre; (c) el riesgo del desprendimiento de la retina siempre estuvo implícito desde su infancia.

Con base en este dictamen coincidente, el Ministerio Público rechazó la denuncia sin citar a ninguno de los médicos denunciados que se habían negado a extender el certificado.

La mujer apeló ante el Procurador general de la región. Sostuvo que el rechazo de la denuncia no tuvo en consideración que: (a) los expertos del panel no son independientes, pues dependen del mismo organismo que los médicos denunciados; (b) el primer certificado fue firmado por los tres médicos, pero a ella sólo la vio el oftalmólogo, durante una entrevista brevísima; (c) el embarazo aceleró el proceso de pérdida de visión; (d) el deterioro pudo evitarse siguiendo lo informado en el certificado del médico clínico que aconsejó el aborto; (e) ella no pudo controlar el expediente penal; el lenguaje y la forma de escribir le resultaron ininteligibles, especialmente, por su propia discapacidad.

El 21/3/2002, el procurador general confirmó el dictamen del Ministerio Público, quien sostuvo escuetamente que el hecho de que el certificado

originario fuera firmado por los tres médicos cuando sólo uno la había revisado no invalidaba el dictamen, desde que es frecuente que los médicos actúen de esta manera fundados en la confianza y conocimiento de las habilidades de sus compañeros de trabajo.

La mujer apeló la decisión del Procurador General ante el tribunal, quien rechazó el recurso en pocas líneas.

Frente al fracaso de la vía penal, formalizó una denuncia administrativa contra los médicos que concluyó en Junio de 2002 declarando que no hubo negligencia médica.

Intertanto, un año después del parto, con un certificado de la seguridad social se acreditó que ya no ve a más de un metro y medio, declarándose que padece de una incapacidad severa.

No obstante, no puede peticionar una verdadera pensión porque le faltan años de servicio, desde que durante muchos años estuvo con los niños en su casa. En definitiva, se trata de una mujer desempleada, que recibe una pensión por invalidez bajísima, y cría sola a sus hijos.

## *2.2. La queja ante el TEDH*

La Sra. Tysiac acusa a Polonia de haber violado los siguientes artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos: art. 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes); art. 8 (ataque a la vida íntima); art. 6 (inexistencia de vías eficaces para defenderse de los ataques) y art. 14 (garantía de igualdad).

## *2.3. La normativa polaca*

Como es frecuente en sus decisiones, el Tribunal, después de relatar los hechos, reseña la normativa interna.

En el caso, la estructura legal básica la proporciona la *Ley de planificación familiar. Protección del feto humano y condiciones que permiten la interrupción del embarazo* de 1993.

Según este ordenamiento, el aborto sólo puede ser practicado por un médico cuando: (a) El embarazo pone en peligro la vida o la salud de la madre; (b) Los test prenatales u otros exámenes médicos indican que hay

alto riesgo de que el feto esté severa e irreversiblemente dañado o sufra una enfermedad incurable que afecte su vida; (c) Hay indicios graves para creer que el embarazo es el resultado de un acto criminal.

Aun así, estos supuestos lícitos requieren considerar pautas significativas: en el caso de riesgo para el feto (inc. b) el aborto no puede ser realizado si el feto puede sobrevivir fuera de su madre; en el caso de embarazo como resultado de un acto criminal (inc. c) sólo antes de las 12 semanas de embarazo. Además, en los casos (a) y (b) el aborto sólo puede ser realizado por el médico de un hospital y las causas deben estar certificadas por un médico diferente al que practicará la interrupción del embarazo.

Aparte de esta ley, en Polonia existen disposiciones en el código penal que sancionan el aborto, y algunos artículos en el código procesal penal que regulan el procedimiento. También se han dictado algunas sentencias significativas en materia de responsabilidad civil por parte de tribunales polacos, pero son posteriores a los hechos de esta causa; así, el 21/11/2003, la Suprema Corte polaca condenó a reparar los daños y perjuicios causados por el rechazo ilegítimo de la interrupción del embarazo de una mujer violada; y el 13/10/2005, ordenó reparar los daños y perjuicios a un matrimonio a quien se les negó la realización de los test prenatales y el niño nació con una grave discapacidad (1).

#### 2.4. Material relevante incorporado a la causa

En este tipo de causas, el Tribunal Europeo suele requerir la opinión de asociaciones y otros sujetos que actúan a la manera de *amicus curiae*. En el caso, se escuchó a la *Center for Reproductive Rights (New York)*; la *Polish Federation for Women and Family Planning*; la *Polish Helsinki Foundation for Human Rights* y el *Forum of Polish Women*.

Además, fueron incorporadas las observaciones del Comité de control del cumplimiento de la Convención de los derechos económicos, sociales y culturales. Como es sabido, los Estados partes de ese Pacto se comprometen a presentar al Secretario General de las Naciones Unidas un “infor-

---

(1) Para casos similares en otros países europeos ver, de mi autoría, “Derecho de la salud. Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina”, en XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, Bs As., ed. Academia Nacional de Derecho de Bs. As., 2007, pág. 157.



me sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados con el fin de asegurar el resto a los derechos reconocidos” (art. 16) y sobre la base de estos informes, el organismo internacional puede hacer recomendaciones a los Estados; para ello, se ha creado un Comité de Control.

Pues bien, en el informe del año 1999, ese Comité señaló a Polonia los siguientes puntos preocupantes: (a) La existencia de leyes muy estrictas sobre interrupción del embarazo que lleva a un alto número de abortos clandestinos con riesgo para la vida y la salud de las mujeres; (b) Acceso limitado a los anticonceptivos, debido a la escasa prescripción médica y su alto precio; (c) La eliminación de la educación sexual en la currícula escolar y (d) la insuficiencia de políticas públicas sobre planificación familiar.

Ante esas observaciones, en el año 2004/2005, el gobierno polaco reconoció que: (a) Los abortos legales realizados en hospitales públicos habían disminuido, y este dato debía vincularse a los informes proporcionados por las ONG según los cuales los abortos ilegales rondaban entre 80.000 y 200.000 al año; (b) Los médicos de los hospitales públicos oponían frecuente objeción de conciencia, cláusula no reglamentada.

Frente a estos reconocimientos, el Comité aconsejó al gobierno polaco: (a) Liberalizar el régimen, para no empujar a las mujeres al aborto ilegal, que pone en peligro su vida y su salud, especialmente por los altos costos del aborto ilegal, equivalente, aproximadamente, a un salario medio; (b) Proveer mayor información.

También se incorporó al expediente un informe de la Red europea de expertos independientes en Derechos Fundamentales que hace hincapié en dos cuestiones básicas: (a) Todo Estado que ha decidido prohibir el aborto debe, al menos, monitorear el impacto que esta opción tiene en la práctica de la interrupción del embarazo, y proveer esta información de modo de fomentar un debate público con suficiente información; (b) En los supuestos de excepción en los que el aborto es legal, la mujer debe tener acceso a estos servicios médicos sin discriminación. Por eso, si necesita interrumpir un embarazo, no debería ser obligada a viajar a otro lugar para cubrir la carencia existente donde vive.

### *2.5. Defensa preliminar del gobierno polaco. Respuesta de la denunciante*

Ante la denuncia elevada al Tribunal, el gobierno polaco planteó como defensa preliminar que las obligaciones positivas de los Estados para la pro-

tección de la vida y la salud no siempre pasan por el derecho penal; basta un sistema judicial efectivo que pueda determinar la causa de la muerte y de las lesiones, hacer responsable a los autores, y proporcionar indemnizaciones a las víctimas. En el caso, los precedentes judiciales de la Corte sobre responsabilidad civil pudieron ser utilizados por la denunciante.

La denunciante respondió que la instancia civil no era segura pues los precedentes judiciales citados son posteriores a los hechos por ella vividos; de cualquier modo, ella ejerció una opción razonable dentro de las posibilidades existentes en la normativa.

### *2.6. Tratamiento de las causales invocadas*

*Primera causal: violación del art. 3 que prohíbe tratos inhumanos y degradantes.*

La Sra. Tysiac afirmó que el hecho de haber debido llevar adelante un embarazo que sabía ponía en riesgo su salud configura un trato inhumano o degradante. El tribunal rechazó el planteo; entendió que esa normativa no es aplicable al caso planteado.

*Segunda causal: violación del art. 8 que reconoce el derecho a la vida íntima y familiar.*

La denunciante sostuvo que continuar con un embarazo que perjudicó su salud violó su derecho a la vida íntima, en el que está comprendido su derecho a la salud.

El gobierno polaco se defendió diciendo que el embarazo y su interrupción no es sólo una cuestión de vida íntima; cuando una mujer está embarazada su vida privada está vinculada al desarrollo del feto.

Esta posición fue apoyada por el Foro de mujeres polacas, el que sostuvo: El artículo 8 protege de las injerencias ilegítimas, pero no obliga a tomar medidas positivas; es decir, el Estado no tiene por qué proporcionar medios a la mujer para que ésta interrumpa su embarazo; esto es así porque cuando la Constitución polaca garantiza la vida, ampara al niño por nacer, desde que hay vida desde la concepción; por último, los médicos pueden oponer objeción de conciencia.

A estos planteos, la denunciante respondió que el feto no tiene posibilidad de sobrevivir sin su madre; el problema es que el aborto es delito, y

por eso, los médicos tienen temor a extender certificados; a diferencia de lo que acontece en otros países, en Polonia los remedios contra la negativa de los médicos a extender el certificado son totalmente ineficientes; en definitiva, interrumpir o no el embarazo no debería quedar en manos sólo de los médicos porque la salud de la mujer se extiende a aspectos que no son exclusivamente médicos.

Estos argumentos recibieron el apoyo de la Federación polaca de mujeres y de la Fundación Helsinki a favor de los Derechos humanos, quienes informaron al tribunal sobre diversos inconvenientes sufridos por las mujeres polacas, a saber: (a) no existen protocolos para determinar cuándo hay peligro para la vida y la salud, ni para la objeción de conciencia; (b) esta omisión aumenta la dificultad en obtener el certificado; (c) cuando finalmente se lo consigue, los médicos de los hospitales públicos impugnan su validez, (d) cuando ésta se resuelve por la justicia, el plazo legal se encuentra vencido.

El tribunal acogió esta queja, para lo cual razonó del siguiente modo:

(a) Las legislaciones que regulan la interrupción del embarazo ingresan en un campo referido a la esfera de la vida íntima. La expresión “vida íntima” es muy amplia, e incluye el derecho a la identidad física y social y a la integridad físico-psíquica; en consecuencia, el Estado debe garantizar este derecho en razón de la existencia de obligaciones positivas.

(b) Como ha sostenido el Tribunal en diversos precedentes, el principal objetivo del art. 8 es proteger al individuo de las interferencias de la autoridad pública. Para que la injerencia sea válida, tiene que estar fundada en ley, ser necesaria en una sociedad democrática, y responder a un fin legítimo.

(c) En el caso, se ha verificado que la ley polaca que penaliza al médico con prisión de hasta tres años, impide un proceso transparente y libre en la expedición de los certificados; no existe información que clarifique a la mujer cuál es su posición; el marco legal y reglamentario no es conocido en un ámbito en el que el tiempo es elemento fundamental; el reglamento parece claro, pero no especifica cómo se recurre el certificado negativo. Todo esto impide a la parte implicada (la mujer) tener mayor participación en las decisiones que se toman sobre su propia intimidad.

(d) La reparación ulterior es insuficiente; en el caso, tampoco lo fue el proceso penal, ni el administrativo.

En suma, Polonia debe proporcionar remedios legales que hagan posible el cumplimiento de la obligación positiva por parte de los médicos de salvaguardar los derechos de la denunciante respecto de su vida privada cuando exista controversia sobre lo que se denomina aborto terapéutico. Esa obligación positiva ha sido violada por Polonia en el caso concreto.

*Otras causales invocadas: Violación del art. 13 (Remedios efectivos ante la autoridad nacional cuando se ha violado un derecho acordado por la Convención) y violación del art. 14 (igualdad).*

El tribunal entendió que sin perjuicio de lo que se había expuesto al analizar el art. 8, autónomamente consideradas, estas causales debían ser rechazadas.

### *2.7. Reparación acordada*

Por mayoría, el tribunal, acordó a la denunciante la suma de (euros) 25.000 en concepto de daño moral; ella había petitionado (euros) 76.000 (36.000 daño material, 40.000 daño moral)

### *2.8. Una disidencia*

El juez Borrego fundó su disidencia en un precedente que, en su opinión, contradice la solución dada. Se refiere al caso D. v/Ireland (causa n° 26.499/02, resuelta el 27/6/2006) que analizaré posteriormente.

### *2.9. Consideraciones del voto mayoritario relevantes para el derecho argentino*

#### *(a) Similitudes y diferencias entre ambos sistemas normativos*

Tanto el sistema argentino como el polaco penalizan la interrupción del embarazo.

Ambos establecen algunas causales de no punibilidad, aunque con diferencias:

Así,

El grave daño para la salud del feto está previsto en Polonia, pero no en la Argentina;

Polonia dispone un plazo límite dentro del cual la interrupción del embarazo proveniente de acto criminal no es punible, mientras que en Argentina no se regula;

Polonia ha creado un sistema según el cual la interrupción puede hacerse en hospitales públicos; la Argentina no. Como contrapartida, ese sistema exige la presentación de un certificado, que debe ser expedido por un médico distinto al que practicará el servicio médico, sin cuya existencia el hospital público no lo presta.

*(b) Similitudes fácticas*

En ambos países las mujeres embarazadas desconocen sus derechos; aun en los casos legalmente autorizados, no saben cómo actuar, a quién acudir, cómo ser ayudadas.

En ninguno de los dos se monitorea el impacto que la punibilidad tiene sobre la población; si existe información, no se la proporciona, y consecuentemente, si hay debate público se carece de datos ciertos y se maneja exclusivamente desde las ideologías fundamentalistas.

Las mujeres no tienen acceso a la interrupción del embarazo en forma igualitaria. Las personas carenciadas no tienen auxilio del servicio público y las que cuentan con medios económicos interrumpen embarazos que no responden a ninguno de los casos legalmente previstos, sin consecuencias negativas desde el punto de vista jurídico o social, enriqueciendo a los prestadores del servicio en función de su capacidad técnica y el grado de confort que garantizan.

Los hechos verificados por el tribunal europeo muestran iguales vicios del sistema hospitalario, administrativo y judicial.

En ambos países, el administrado y el justiciable no tienen real acceso al expediente; no se les informa; se utiliza un lenguaje incomprensible para la persona media.

Los profesionales confían excesivamente unos en otros, firmando certificados que constatan circunstancias que no han verificado.

*2.10. "Traslado" de las observaciones del Comité de Control del Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales y de las conclusiones de la sentencia reseñada a la situación argentina.*

Adviértase que Polonia no fue condenada porque los médicos que negaron el certificado no fueron sancionados ni penal ni administrativamente. La cuestión no pasa por la protección penal, como tampoco recorre ese camino cuando se trata de proteger al niño por nacer querido por su madre (2).

En mi opinión, el tema también trasborda la debatida cuestión de si el derecho a la intimidad de la mujer prevalece o no sobre la vida dependiente del feto.

Por el contrario, la cuestión básica es si el Estado asume las obligaciones positivas para proteger la salud de la mujer cuando decide punir la interrupción del embarazo y, al mismo tiempo, no monitorea la realidad, no informa de modo suficiente, no crea ni incentiva la educación sexual, y para peor, no protege realmente al niño nacido (3).

Las cuestiones antes referidas me convencen que todo lo que el Comité de Control observó en Polonia en 1999 es trasladable a la Argentina del año 2007: (a) La existencia de leyes muy estrictas sobre interrupción del embarazo lleva a un alto número de abortos clandestinos con riesgo para la vida y la salud de las mujeres; (b) Hay acceso limitado a los anticonceptivos; (c) La educación sexual es prácticamente inexistente en el currículo escolar; (d) Las políticas públicas sobre planificación familiar son absolutamente insuficientes; (e) No existen protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del embarazo.

A lo expuesto se suma que, mal o bien, Polonia ha pretendido cumplir la obligación positiva organizando un sistema público que permite a la mu-

---

(2) Para esta cuestión ver, de mi autoría, "El derecho humano a la vida del nasciturus, el Derecho Penal y la interrupción culposa del embarazo en una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (Vo c/Francia, caso 5394/00, sentencia del 08/07/2004)", JA 2006-IV-1259.

(3) Los datos de la realidad argentina son escalofriantes; en el país que fue el granero del mundo, mueren niños por desnutrición; los que no mueren, adolecen de enfermedades graves. Basta recordar la noticia aparecida en La Nación del 16/08/2007: "Un equipo de investigadores del Hospital de Niños de La Plata halló niveles tóxicos de plomo en la sangre de niños de hogares pobres. Los científicos comprobaron que este incremento del plomo está asociado con la deficiencia de hierro. Una exposición crónica al plomo en los primeros años de vida daña los glóbulos rojos, lo que causa anemia, lesión renal y de los sistemas nerviosos central y periférico, como también retraso de estatura y disminución del coeficiente intelectual".

jer interrumpir lícitamente su embarazo en los casos legalmente autorizados. Argentina, ni siquiera eso.

No tengo dudas, pues, del incumplimiento a las obligaciones positivas de garantizar el derecho a la salud y a la vida de la mujer y, por eso, ante un caso similar, Argentina podría ser condenada por el sistema interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, el sistema de los derechos fundamentales en Latinoamérica, igual que en Europa, no se contenta con compeler al Estado a que no interfiera en la vida íntima y familiar; a este compromiso, más bien negativo, deben agregarse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo a tales derechos.

### **3. Sentencia del 27/6/2006, caso D. v/Ireland (n° 26.499/02)**

#### *3.1. Los hechos*

La denunciante nació en Irlanda en 1961, tiene dos hijos y a fines del 2001 quedó embarazada de mellizos. En febrero del 2002 se realizó una amniocentesis en un hospital público que mostró que uno de los fetos tuvo su desarrollo en la 8ª semana de gestación y el otro tenía una anomalía cromosómica severa (Trisomía 18, síndrome de Edward, cuyas posibilidades de sobrevivida se reducen a 6 días después del nacimiento).

Según sus dichos, sin hacer ninguna gestión en Irlanda, viajó a Inglaterra para interrumpir el embarazo; tomó esta decisión porque los costos de este servicio no están cubiertos por el seguro y los médicos irlandeses son reticentes a proveer la información pertinente; debió regresar rápidamente a su país sin haber podido recibir mayor información de los médicos ingleses para prevenir ulteriores embarazos. De retorno en Irlanda concurre al hospital para que se realizaran las últimas curaciones; allí dijo que había tenido una "pérdida".

#### *3.2. La queja ante el tribunal Europeo*

La denunciante afirma que Irlanda violó su derecho a la vida íntima previsto en el art. 8 puesto que tuvo que viajar a Inglaterra para interrumpir un embarazo en un caso de imposibilidad de sobrevivida del feto. Ello aconteció porque Irlanda incumplió con la obligación positiva de asegurar su vida y su salud.

### 3.3. Evolución de la normativa irlandesa

La decisión del T.E.D.H. contiene un pormenorizado relato de la evolución normativa irlandesa en la materia, la que resumiré en sus principales etapas.

El código penal de 1861 prevé el aborto entre los delitos contra las personas y sanciona a quien lo practica, y a la mujer que lo consiente.

En 1939 se dictó sentencia en el caso *R v/ Bourne*. Una niña de 14 años había resultado embarazada como efecto de una violación múltiple. El Dr. Bourne, con el consentimiento de la niña y de sus padres le practicó un aborto y fue procesado por este hecho. El juez Macnagten absolvió al médico sobre la base de la siguiente línea argumental: El aborto practicado para preservar la vida de la mujer embarazada no es antijurídico; más aun, cuando un médico opina que la consecuencia probable del embarazo es la lesión mental o física, opera con el propósito de preservar la vida de la madre.

Como consecuencia del caso *Bourne*, muchos años después, se sancionó la *Abortion Act 1967*, que incorpora casos de despenalización (entre otros, el grave peligro para la madre y las anomalías serias del feto).

En 1983 se realizó el primer referéndum constitucional, cuyo resultado (53.67% a favor) permitió la incorporación a la Constitución irlandesa de su art. 40.3.3 que dice: “*El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con el debido igual derecho a la vida de la madre, garantiza su respeto y, tanto como sea posible, se obliga a defender y reivindicar este derecho a través de sus leyes*”.

Con posterioridad a este referéndum se sucedieron una serie de decisiones judiciales. Así, en 1986, en el caso *The Society for the protection of the unborn Child (Open Door Counselling)*, la justicia irlandesa afirmó que era *ilegítimo* difundir información sobre los servicios médicos de interrupción del embarazo (4).

El segundo hito se produce en 1992, en el caso *Attorney General v/ X*.

---

(4) El TEDH decidió, en cambio, que las prohibiciones a la información violan el derecho a la libre expresión. Para esta cuestión ver, mi ponencia La publicidad y los consumidores en el fin del siglo, presentada en el Congreso Internacional La Persona y el Derecho en el fin de siglo, Santa Fe, 1996, Libro de Ponencias, Universidad Nacional del Litoral, pág. 475.



X es una adolescente irlandesa de 14 años, embarazada por una violación. Los padres la llevaron a Inglaterra para practicar un aborto; preguntaron a la policía cómo hacer para conservar la prueba para iniciar el juicio penal posterior.

Ante la pregunta, la policía puso la situación en conocimiento de la autoridad judicial; el resultado fue una orden judicial cautelar impidiéndole salir de Irlanda; los padres apelaron la cautelar, que resultó confirmada; entonces, recurrieron a la Corte Suprema, que revocó la interdicción de salir del país con la siguiente línea argumental: Una interpretación armoniosa de la Constitución, en concordancia con las nociones de prudencia, justicia y caridad, lleva a la conclusión que hay que defender el derecho del no nacido, pero al mismo tiempo hay que atender al derecho de la vida de la madre.

En el caso, hay un riesgo sustancial a la vida de ella, quien puede terminar no sólo con el embarazo sino también con su vida, considerando el riesgo de suicidio acreditado en el expediente.

El derecho a vivir de la adolescente es un derecho a vivir de un ser viviente; el derecho del no nacido es una vida contingente, en el sentido que depende un parto exitoso a la salida del vientre materno.

Finalmente, y como un *obiter dicta*, el tribunal señala, sin embargo, que el derecho a transitar libremente y a salir fuera del país puede ser restringido *si no hay peligro para la vida de la madre*.

En noviembre de 1992 se llamó a un segundo referéndum sobre tres cuestiones, dos de las cuales se votaron afirmativamente:

Por lo tanto, se decidió que: (a) la prohibición de interrumpir el embarazo no limita la libertad de viajar en o a otro Estado, y (b) Las disposiciones prohibitivas no restringen la libertad de obtener o de proveer información relativa a servicios lícitos en otros Estados.

Se advierte de modo manifiesto que las respuestas del referéndum reaccionan contra la sentencia de 1986 (que había prohibido la información) y contra el *obiter dictum* de la decisión de 1992 en cuanto consideró lícita la restricción de salir del país si no estaba en juego la salud de la madre.

En el año 2002 se llama a un tercer referéndum que proponía incluir como riesgo el caso de peligro de suicidio. La propuesta fue rechazada; no

se alcanzaron las mayorías necesarias porque hubo muy escasos votantes.

### *3.4. Decisión del tribunal*

El tribunal rechazó la queja de la Sra. D por no haber agotado los recursos internos. En efecto, la Sra. D. viajó a Inglaterra sin intentar ninguna actividad médica en Irlanda; además, de retorno a su país tampoco instó procedimiento alguno.

### *3.5. Cuestiones relevantes de esta decisión*

Adviértase que el tribunal ingresó en la normativa irlandesa aún cuando finalmente rechazó la queja de la denunciante por razones procedimentales (no había agotado las vías internas). El trabajo del tribunal, aunque parece inútil frente al resultado, reviste gran trascendencia, desde que abre el camino, como efectivamente ocurrió, a pronunciamientos sucesivos.

Por eso, en mi opinión, opuesta al voto disidente del caso *Tysiac*, la condena a Polonia no contradice, de ningún modo, el rechazo de la denuncia contra Irlanda.

La situación argentina difiere de la irlandesa; como es sabido, la jurisprudencia local ha dado ayuda a la terrible situación de las mujeres portadoras de fetos anencefálicos a partir del *leading case* de la Corte Federal del 11/1/2001 (5).

No desconozco doctrina contraria a esa jurisprudencia, pero en mi opinión, estas líneas muestran que, al menos en esta materia, estamos en el buen camino (6).

## **4. Conclusiones provisorias**

Dice el rabino Sergio Bergman: “Siendo sagrada la vida, debe cuidarse su dignidad, y al mismo tiempo, como garantía del Estado, debe estable-

---

(5) JA 2001-II-356 y Doc. Jud. 2001-1-523.

(6) Me remito a lo expuesto por Pedro Hooft, entre otros trabajos, en el titulado “La bioética y el derecho aunados en mitigar el dolor humano de la anencefalia a la luz de los derechos humanos y de la bioética”, publicado en JA 2001-II-120.

cerse un debate republicano que haga la diferencia, pues *despenalizar* no es necesariamente habilitar indiscriminadamente. Todos y cada uno de los temas que hacen a un debate ciudadano, se acuerde o no con estas posiciones, debe orientarse a una cultura de respeto por el disenso, la libertad de conciencia y la aceptación de los mecanismos que la democracia republicana establece para que las nuevas generaciones vean en nuestra Constitución un espacio de debate” (7).

Los dos casos analizados nos imponen un debate serio para verificar si el sistema penalizador argentino respeta el derecho humano a la salud de la mujer o si, por el contrario, exige una modificación, al menos, para que las causales de no penalización se apliquen igualitariamente.

Ese debate no debe convertirse en un diálogo de sordos; para que “las nuevas generaciones vean en nuestra Constitución un espacio de libertad” es necesario que cada parte en la controversia se sienta moralmente obligada a responder los argumentos que se vierten desde la posición contraria.

Desde la mía, no discuto que conforme la reserva hecha por la República Argentina a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), para el ordenamiento argentino, la vida potencial empieza desde la concepción; pero la cuestión a debatir es qué sucede con esa vida potencial cuando entra en conflicto con derechos fundamentales de personas que viven ya, ahora.

Encarcelarse en un solo argumento y negar el conflicto impide avanzar en cualquier sentido. La afirmación lineal según la cual el feto es un niño, y la Convención Internacional de los derechos del niño protege su interés superior por lo que su vida potencial no puede ser nunca afectada, provoca los siguientes vacíos, cualquiera sea la lógica que se aplique al razonamiento:

(a) Lleva a sostener que todas las causales de no punibilidad previstas en el código penal están tácitamente derogadas. Tal postura no sólo es contraria a la que muestra el derecho comparado en forma prácticamente unánime, sino que justifica que, sin el consentimiento de la madre, un

---

(7) BERGMAN, Sergio, “Manifiesto cívico argentino. Virtudes ciudadanas”, Bs. As., ed. B, 2007, pág. 132.

médico esté obligado a salvar al niño por nacer, aunque la madre muera, porque el interés del feto es superior al de ella.

Por lo demás, piénsese en el absurdo que implica una condena penal a una mujer que se ha sometido a una intervención médica de interrupción del embarazo para evitar un daño grave a su salud.

No obstante, advierto con cierta tristeza y gran preocupación, que reconocidos penalistas evitan pronunciarse sobre este aspecto y se mantienen en expresivo silencio no obstante la gravedad del tema que los involucra.

Si como parece razonable, estas causales no están derogadas, está claro que la no punibilidad debe tener algún remedio; bien ha dicho la Corte Federal, en coincidencia con Noam Chomsky en las palabras que inician este comentario, *“Reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo”* (8).

Este es, en concreto, el núcleo fundamental de la decisión del Tribunal Europeo que condena a Polonia.

(b) Ignora la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas, y con posibilidades económicas. Cierra, pues, los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que, en definitiva, el sistema penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo.

En suma, el debate sobre este tema conflictivo con abordaje frontal y sin eufemismos constituye un imperativo de conciencia; se impone la reflexión madura y de buena fe, ésa que logra evitar las descalificaciones personales preñadas de virulencia sectaria, que en demasiados casos, sólo proviene de la imaginaria protección que le brinda el espeso manto de hipocresía con que se cubre gran parte de la sociedad argentina. ♦

---

(8) CSN, 9/4/2002, ED 198-187.

---

# LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INCERTIDUMBRES EN LA USUCAPION DE INMUEBLES

POR JORGE HORACIO ALTERINI (\*)

Es sabido que en la interpretación muy dominante el vocablo seguridad jurídica proviene de la voz latina “securus”, que describe la idea de que lo seguro es lo que está exento de riesgos, sin peligros, que no despierta inquietud o preocupación (1), en definitiva, no tener incertidumbres, pues en una versión simplificada la seguridad jurídica se expresa a través del saber a qué atenerse.

La renovada importancia de la seguridad jurídica en los procesos de globalización de las relaciones económicas, como el que se presenta en estos tiempos, fue analizada con su particular maestría por el Dr. Julio H. G. Olivera, quien luego de un detenido análisis de la cuestión, concluyó: “... que la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de globalización, a igualdad de las demás variables que regula la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los países de alta juridicidad...” (2).

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de noviembre de 2007.

(1) Ver GOMEZ DE SILVA, Guido, “Breve diccionario etimológico de la lengua española”, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1995, pág. 201, voz cura y pág. 632, voz seguro.

(2) OLIVERA, Julio H. G, “Globalización, crecimiento económico y bienes públicos”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XLIX, Número 42, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 309 y sigs.; la cita consta en la pág. 313.

La mentada seguridad jurídica ha menester de la confluencia de diversos presupuestos que la sustentan.

No es dudoso que debe partirse de la *certeza* de cuáles son las normas vigentes y de sus verdaderos alcances, pues mal podemos saber a qué atenernos si no media certidumbre sobre los mandatos legislativos a los que debemos sujetarnos.

Una adecuada técnica legislativa impone *que las leyes sean claras, concisas, con lenguaje simple y directo*, que se procure armonizar el lenguaje técnico con el habla natural u ordinario de la comunidad. Sobre la importancia de estas pautas de la expresión legislativa se pronuncia Montesquieu cuando dice con relación a las leyes: “Su estilo debe ser conciso. Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión: los niños se las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas que fue preciso abreviarlas. El estilo de las leyes debe ser sencillo; la expresión directa se entiende mejor que la expresión redundante. No hay majestad en las leyes del bajo imperio, pues los príncipes hablan en ellas como retóricos. Cuando el estilo de las leyes es ampuloso, se consideran como obras de ostentación. Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres (...) Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio. No son un arte de lógica sino el argumento sencillo de un padre de familia ...” (3).

La llamada *inflación legislativa* conspira abiertamente contra la certeza del ordenamiento, dado que la desordenada y descontrolada multiplicación de las normas jurídicas, en la que cayó el ordenamiento jurídico argentino, es por hipótesis y por experiencia claramente antitética con un nivel razonable de seguridad jurídica.

En cuanto a la disyuntiva entre la *codificación* y la descodificación, me he pronunciado con convicción por la importancia de los códigos en el camino hacia la transparencia y simplificación del régimen jurídico.

En un trabajo anterior describí el tan repetido escepticismo de Natalino Irti acerca de la aptitud de los códigos tradicionales para regir las comunidades en el mundo contemporáneo, por haber sido desgajados por las legislaciones especiales y de allí su apuesta para reconstruir la centralidad

---

(3) MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, traducción del original en francés de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Ed. Altaya S.A., Barcelona, 1993, págs. 407/408.

del sistema con una mayor jerarquización de las constituciones para ordenar el sistema jurídico (4).

Ese nihilismo inicial fue luego abandonado por Irti, según lo recordé. El profesor español García Cantero resaltó que Irti “no fue profeta en su tierra”, pero lo que es más impactante es su variación de criterio, que refiere con estas palabras: “Menos conocido y divulgado es que Irti ha vuelto claramente sobre sus pasos: afirma que ahora está en crisis la propia Constitución; se cuestiona la República, se revisa o se reescribe la historia de la guerra, se tambalea el mito de la Resistencia y de la lucha por la liberación, se rechaza la tradición unitaria y se proyecta un Estado federal; frente al *cansancio constitucional* se contraponen la estabilidad del Código Civil, de modo que las circunstancias históricas atribuyen a éste una especie de *plusvalor político*, es decir, un significado unificador y una capacidad mediadora que trascienden las posiciones de las leyes ordinarias; de este modo el C. C. *retorna al centro del sistema*, cumpliendo la función de garantía y asumiendo la responsabilidad unitaria hasta ahora pertenecientes a la Carta constitucional. Ésta —que puede calificarse de *conversión irtiana*— (...) obliga, en todo caso, a hablar en pretérito de las posiciones de Irti” (5).

Alcanzada una codificación, cuyo perfil axiológico, construcción normativa y suficiente actualización despierte el respeto de la comunidad, es menester conferirle cierta *estabilidad*, pues las reiteradas mutaciones legislativas, no siempre justificadas, agrietan la apetecida certidumbre del ordenamiento jurídico.

No sólo es deseable que el ordenamiento jurídico permanezca estable, sino también que los ciudadanos estén persuadidos de su perdurabilidad, pues la desconfianza sobre la permanencia de una legislación conspira contra la seguridad jurídica.

El fenómeno de la falta de confianza en la estabilidad de las normas jurídicas, es capturado por Ortega y Gasset con luminoso gracejo precep-

---

(4) ALTERINI, Jorge Horacio, “Hacia la recodificación civil en la Argentina”, en la Codificación, Raíces y Prospectiva, T. III: ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?, El Derecho, Colección Prudentia Iuris, Buenos Aires, 2005, págs. 191 y sigs.

(5) GARCIA CANTERO, Gabriel, “Significado del Código Civil Cubano de 1987 en el proceso de codificación”, Revista Jurídica del Notariado N° 26, abril-junio de 1998, Madrid, págs. 61 y sigs.; la cita es de pág. 64, en la nota 3.

tivo, a través de la conocida referencia al “runrún” de la posibilidad de la modificación de las leyes. Alude a que quien llegara al confesionario, fue preguntado por el sacerdote sobre si conocía los mandamientos y le contestó: “Mire usted, padre, yo los iba a aprender, pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar” (6).

Probablemente por ello Montesquieu también recomendó que: “No hay que introducir cambios en una ley sin que exista una razón suficiente” (7).

La clásica visión de la seguridad jurídica destacó que distintos importantes institutos del derecho son *corolarios* de su existencia: el rechazo de la eficacia excusante de la ignorancia de la ley, el principio de su no retroactividad, el respeto de los derechos adquiridos, la virtualidad de la cosa juzgada y la prescripción, tanto la liberatoria como la adquisitiva o usucapción.

En ese sentido el art. 20 del Cód. Civ. reza que: “*La ignorancia de la ley* no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley” y según el art. 923: “La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos”. De todos modos, en el derecho argentino, desde diversos perfiles interpretativos, se ha procurado captar el sentido de tales afirmaciones legales dentro de los que se estiman como sus verdaderos límites (8).

El estandarte de *la no retroactividad de las leyes* fue levantado por el art. 3 del Cód. Civ., tanto en su redacción originaria, como en la versión de la ley 17.711 de 1968 (Adla, XXVIII-B, 1810), pues ambas proclaman que las leyes “no tienen efecto retroactivo”.

---

(6) ORTEGA Y GASSET, José, “Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee”, Revista de Occidente, Madrid, 1960, pág. 341; este libro fue incluido en el Tomo IX de “Obras completas”, Revista de Occidente, 1ª edición, Madrid, 1962 y la cita consta en pág. 227.

(7) Op. cit., pág. 408.

(8) El estado actual de la cuestión es expuesto en el valioso aporte de VAZQUEZ, Gabriela Alejandra, “El error de derecho en el Código Civil Argentino y en el Convenio N° 169 (O.I.T) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, en “Vicios de la voluntad”, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV, Instituto de Derecho Civil N° 10, Buenos Aires, 2005, págs. 25 y sigs.



La estricta correlación de la ausencia de retroactividad con los *derechos adquiridos*, era patente en el viejo texto del art. 3 del Cód. Civ., al preceptuar: “Las leyes disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”. Sin embargo, desde antaño he participado de la idea de que incluso los mentados derechos adquiridos lucen en el nuevo art. 3 del Cód. Civ. Se refugian en la reserva final contenida en esa norma, que predica ante eventuales leyes que dispongan que serán retroactivas, que: “La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Es innegable la significación de la *cosa juzgada* para recrear la seguridad jurídica. Como expresa Couture: “... cuando una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior, se está en presencia de una situación de *cosa juzgada formal*. Y cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe cosa juzgada sustancial ya que entonces nada ni nadie podrá modificar, definitivamente, lo resuelto” (9). Coherentemente, el mismo autor había dicho con anterioridad que: “... la sentencia pasada en cosa juzgada plena, esto es, en *cosa juzgada sustancial* adquiere dos atributos esenciales, el de su coercibilidad y el de su inmutabilidad; la sentencia es coercible en cuanto tiene la virtud de ser ejecutada compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado; y es inmutable porque en el futuro ningún juez podrá alterar los efectos de ese fallo ni modificar sus términos” (10).

La eficacia de la cosa juzgada material se conmueve en el supuesto de que ella se haya obtenido de manera fraudulenta o írrita (11), pues en ese caso la presunción de verdad que acompaña a la sentencia firme no puede sostenerse con seriedad, porque lo impiden irrenunciables principios éticos.

*El instituto de la prescripción, tanto en su modalidad liberatoria como en la adquisitiva o usucapión*, está directamente unido a la seguridad jurí-

---

(9) COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil”, Editor Aniceto López, Buenos Aires, 1942, pág. 261, en núm. 215.

(10) Op. cit., pág. 244, en núm. 203.

(11) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, CORNA, Pablo María, ANGELANI, Elsa Beatriz y VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, “Teoría general de las ineficacias”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, págs. 96/97.

dica, pues las situaciones jurídicas adquieren firmeza luego del transcurso del tiempo y con los demás requisitos previstos por la ley.

El ejercicio extemporáneo de las acciones respectivas deriva en la prescripción liberatoria o extintiva, mientras que la permanencia en el ejercicio posesorio por quien no es titular del derecho respectivo, sustenta en su favor la prescripción adquisitiva o usucapión del derecho hasta entonces ejercido de hecho. La usucapión, en cualquiera de sus manifestaciones, se convierte en una causa originaria de adquisición de derechos reales, que ante las dudas que despierta una realidad fáctica extendida en el tiempo que no se corresponde con la realidad del derecho, concluye alumbrando una nueva situación jurídica en cabeza del usucapiante, para reestablecer la deseable coincidencia entre los hechos y el derecho (12).

Es tan decisiva la conexión de la usucapión con la seguridad jurídica, que Radbruch la presenta como uno de sus basamentos en un breviario iusfilosófico. Apunta que: "... la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos (...) Hay estados de hecho, como (...) la *posesión* en Derecho civil, que gozan de protección jurídica sin necesidad de que asienten sobre una base de Derecho. La *prescripción* adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo" (13).

Con la seguridad jurídica clásica coexiste la protección de la apariencia en beneficio de quien confíe en ella de buena fe, resguardo reafirmado en el mundo contemporáneo, con fundamento en las necesidades del tráfico. Se trata de la llamada seguridad dinámica o de tráfico, por contraposición a la clásica seguridad jurídica, a la que se califica como estática (14).

---

(12) Ver op. cit. en nota anterior, págs. 94/95.

(13) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 41.

(14) Sobre la importancia de la buena fe del adquirente en múltiples supuestos para sustentar la incorporación a su patrimonio de un derecho, pese a la inestabilidad que le comunicaba la inexistencia o imperfección del derecho del enajenante, me detuve especialmente en mi trabajo: "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVI, Segunda Época, Número 39, págs. 47 y sigs.

El énfasis que pongo en resaltar la significación de la seguridad jurídica, no olvida que la justicia es un valor de mayor jerarquía, tanto que Platón expresa que compendia y resume a todas las demás virtudes y Aristóteles la considera una virtud absoluta (15). Sin embargo, un orden mínimo y la seguridad son valores previos, o condicionantes, pues sin ellos es difícil alcanzar el espectáculo imponente de la justicia.

En consonancia con lo expuesto, Recasens Siches proclamó que: “Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase”, pero advirtió que: “La seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho; pero no es su fin supremo. Éste consiste en la realización de valores de rango superior. Claro que la seguridad es también un valor; pero en relación con la justicia es un valor inferior. Ahora bien, recuérdese que el cumplimiento de los valores inferiores condiciona la posibilidad de realización de los superiores” (16).

Presenté a la *usucapión* como *uno de los pilares para realizar la seguridad jurídica*, me particularizaré ahora en analizar cuál es su verdadera relevancia para procurar certezas en materia de derecho inmobiliario.

Son conocidas las implicancias directas de la usucapión para clarificar la situación de los poseedores que han ejercitado esa relación real por el tiempo y con los requisitos que prevé la ley, para así ungirlos como nuevos titulares del derecho real respectivo. En cambio, en ocasiones se omite tener presente que *detrás del mecanismo purificador de los estudios de títulos subyace la figura de la prescripción adquisitiva*. La más correcta técnica notarial propicia, por regla general, extender tales estudios por un plazo mínimo de veinte años, porque se parte de la suposición de que transcurrido ese lapso desde que se presenta la última imperfección en la cadena de títulos, tal falencia en el emplazamiento jurídico del transmitente se habría expurgado por vía de la usucapión larga o veintenaria en favor de quien o quienes se beneficiaron con la ostentación de la posesión en ese período (17).

---

(15) Ver PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La seguridad jurídica”, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 141.

(16) RECASENS SICHES, “Tratado general de Filosofía del Derecho”, Ed. Porrúa, tercera edición, México, 1965, págs. 224/225.

(17) Ver mi trabajo “Importancia del estudio de títulos”, Gaceta del Notariado -Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe- (N° 88 de 1982).

Como la prescripción adquisitiva está tan unida a la cristalización de la seguridad jurídica, es indudable que las dudas que existen sobre distintos aspectos de la usucapión, muchas veces soslayadas, *conspiran seriamente contra su eficacia como mecanismo superador de las incertidumbres*.

Es lugar común destacar en nuestro derecho que las informaciones sumarias del pasado a través de las cuales se tramitaba la usucapión, no eran idóneas para producir sentencias con *efectos de cosa juzgada*, pero que esa debilidad estructural desapareció con la ley 14.159. Esa ley dictada en 1958 en materia de prescripción de inmuebles, dispuso en su art. 24 inciso a), que: “El juicio será contencioso y deberá entenderse con quien resulte titular del dominio de acuerdo con las constancias del Catastro, Registro de la propiedad o cualquier otro registro oficial del lugar del inmueble, cuya certificación sobre el particular deberá acompañarse con la demanda. Si no se pudiera establecer con precisión quién figura como titular al tiempo de promoverse la demanda, se procederá en la forma que los Códigos de Procedimientos señalan para la citación de personas desconocidas”.

Si el demandado es efectivamente el verdadero dueño del inmueble, la sentencia dictada en el juicio de usucapión tendrá los efectos propios de la cosa juzgada, *pero no los tendrá si aquél no lo fuera*.

La alternativa de que el demandado no sea el verdadero dueño del inmueble, puede presentarse incluso cuando la acción se entable contra quien aparece como titular en el Registro de la Propiedad respectivo, si los asientos que constan allí no se corresponden con la realidad extrarregistral y publicitan como dueño a quien no lo es.

Ante la posible falta de correspondencia de la información registral con la verdadera titularidad del inmueble, carece de fuerza de convicción predicar los efectos de cosa juzgada de la sentencia, dado que la litis no se integró con quien estaba legitimado substancialmente para responder a la pretensión de la usucapión.

Con relación a las *pruebas* a aportar en el juicio de usucapión, es creencia común captar en las previsiones legales consecuencias muy estrictas, que no se corresponden con una recta interpretación.

Por un lado, se le adjudican implicancias extremas a la norma del art. 24 inciso c) “in principium” en cuanto a que: “Se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial”.

Contrariamente al sentir muy difundido, *la prueba testimonial* es la más importante en el juicio de usucapión. Se infiere incorrectamente la limitada significación de los testimonios, cuando la ley sólo predica que no es suficiente si se aporta aislada de otras pruebas corroborantes.

Es cierto que la sola prueba testimonial no es consistente, pero no tiene complejidades mayores rodearla de otras aportaciones complementarias, que permitirán que los testimonios tengan plena eficacia probatoria. Así, a los testigos pueden sumárseles pruebas de peritos, instrumentales y hasta las constancias de inspecciones oculares que puedan realizar los tribunales. Entiendo que hasta la simple suma de testimonios y de las conclusiones corroborantes de una inspección ocular, podría llegar a sustentar el éxito de una acción por usucapión.

Por contraposición a la supuesta debilidad de los testimonios, existe otra extendida falsa opinión sobre el presunto máximo valor probatorio del *pago de impuestos, tasas y contribuciones* que graven el inmueble.

La desmedida trascendencia de la satisfacción de los tributos, está unida a la aserción del art. 24 inciso c), en su segundo párrafo, del texto vigente de la ley 14.159, en cuanto a que: “Será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que gravan el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión”. El texto transcrito es el incorporado a la ley por el decreto-ley 5756/58, pues en su redacción originaria la ley 14.159 imponía en el mentado inciso c) que: “La demanda deberá acompañarse (...) de certificados emitidos por las oficinas recaudadoras, de los que resulte que el actor o quienes le han transmitido el derecho, abonaron a su respectivo nombre el impuesto por todo el lapso de la posesión”. O sea, que a tenor del contenido de la norma substituida las constancias del pago de los tributos debían constar a nombre de la parte actora y extenderse durante todo el plazo de la prescripción.

Si bien la ley con su redacción en vigor postula la especial consideración del pago de los tributos, aunque no figuren a nombre del poseedor, de ningún modo podría derivarse que esa prueba es bastante para acreditar la usucapión.

Pese al énfasis del lenguaje normativo, no es menester abundar en la argumentación para convencer de que esa prueba, desprendida de otras concordantes, no alcanza para justificar la prescripción adquisitiva. Tén-

gase en cuenta que el pago de los tributos puede ser adecuado para comprobar el “animus” de la posesión del usucapiente, es decir, su no reconocimiento de la propiedad en otro, su comportamiento como dueño (18), pero poco o nada avanza sobre la realidad del “corpus”, o sea sobre el ejercicio del poder sobre ella, en cualquiera de sus modalidades: el contacto material con la cosa, la posibilidad física de establecerlo o el ingreso de ella en la esfera de su custodia (19).

Como las constancias instrumentales del pago de los tributos que gravan el inmueble, atañen al “animus” de la posesión, pero no al “corpus”, mal pueden ser una prueba concluyente a los fines de la prescripción.

No se crea que los principales obstáculos para una clarificación probatoria están agotados, pues aparecen *otras múltiples vacilaciones* (20). Ante todo, las reglas en materia de prueba no rigen cuando la usucapión larga: “... no se plantea en juicio como acción, sino como *defensa* ...”, salvedad que realiza el apartado final del art. 24 de la ley 14159, según el texto ordenado por el decreto-ley 5756/58.

La invocación de la usucapión como defensa o excepción, plantea la *disyuntiva* de si en esa hipótesis la sentencia que rechaza la demanda por entender que debe progresar la excepción, tiene igual fuerza de cosa juzgada que la obtenida por vía de acción, pues negarlo podría conducir al escándalo jurídico, pero aceptarlo habilitaría la comprobación de la adquisición del dominio con amplia libertad probatoria, lo que podría conspirar contra la racionalidad de la autoridad de la sentencia.

Se ha sostenido que la misma amplitud probatoria que se consagra en la usucapión articulada como excepción debe jugar también si ella es actuada por reconvencción, pues en ambos casos los estrechos plazos para preparar la justificación de los derechos del demandado impedirían la severidad probatoria. Este extremo es difícil de admitir, porque el deman-

---

(18) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, en LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge Horacio, “Código Civil Anotado”, T. IV-A, Buenos Aires, 1981, págs. 71/72, en glosa a arts. 2351/2352.

(19) Ver op. cit. en nota anterior, págs. 70/71.

(20) Ver el estado de estas cuestiones en Areán, Beatriz, anotación al art. 4016 del Tomo 6-B del “Código Civil” dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 761/763, en núm. 5.

dado puede optar por excepcionar o reconvenir y si se inclina por la segunda alternativa, no debería favorecerse con el tratamiento especial para la excepción.

Otra de las incertidumbres en el marco de la usucapación de inmuebles se vincula con la *extensión del plazo de la prescripción*, cuestión que se imagina como simple porque el Cód. Civ. exige diez años en la prescripción corta (art. 3999) y veinte en la larga (arts. 4015 y 4016). Sin embargo, si se correlacionan los lapsos indicados con el tema de la *purga de los vicios de la posesión*, la extensión de los plazos pierde certitud.

Por de pronto, debe recordarse que no es posible prescribir si la posesión es viciosa, puesto que el art. 3959 norma que “La prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión”.

Con apoyo en la diafanidad del criterio de la fuente del art. 3959, el art. 1949 del Proyecto de Código Civil español de 1851 debido a Florencio García Goyena, me he inclinado por postular que la purga de los vicios se produce con el cese del vicio respectivo (21), lo que exhibe la fugacidad de la posesión viciosa.

Sin embargo, alguna destacada doctrina conecta la purga de los vicios con la prescripción de las acciones posesorias nacidas en virtud de los hechos que los originaran, lo que resta toda certidumbre a los plazos de la usucapación, al diferir el inicio de su cómputo.

Reitero la presentación de la tesis combatida, adoptada por Dassen-Vera Villalobos, Molinario y Laquis, en estos términos: “Si la posesión es viciosa por violencia, la purga sobrevendría al extinguirse las acciones de recobrar y de despojo; la primera prescribe al año (art. 4038 del Cód. Civ.) y para la segunda se discute si su duración de un año importa que caduca o que prescribe vencido ese plazo (ver glosa al art. 2493). Según Molinario, la purga de los vicios de clandestinidad y de abuso de confianza opera a los dos años, pues hasta que venza el primer año no se produce la pérdida de la posesión (art. 2456 del Cód. Civ.) y existirá sólo una turbación, trans-

---

(21) ALTERINI, Jorge Horacio, “Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVIII, Segunda Época- Número 41, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 328 y sigs.; la cita consta en pág. 340.

currido el año y perdida la posesión se inicia el curso de la extinción anual de las defensas contra la desposesión (acción de recobrar y acción de despojo)” (22).

La falta de certeza de la duración del plazo de la prescripción ante la polémica expuesta sobre la purga de los vicios, cuyo resultado incide en la fecha en que se inicia su cómputo, gravita negativamente sobre la certeza apetecida, con mayor razón si se aprecia que toda prescripción une su suerte a la eventualidad de la existencia de causales de suspensión (arts. 3966 y sigs. del Cód. Civ.) o interrupción (arts. 3984 y sigs.), alternativas que incrementan las imprecisiones.

Satisfechos los requisitos necesarios para la usucapión, el usucapiente se convierte en dueño inmediatamente, sin tener que esperar a que se dicte sentencia que admita su configuración, pues tal pronunciamiento judicial es simplemente declarativo de una situación jurídica preexistente y no tiene efectos constitutivos de la usucapión (23).

Otra errada captación que contribuye a las dudas, se relaciona con la *publicidad necesaria* para la oponibilidad de la usucapión.

Contrariamente a lo que se suele creer, tampoco es menester que dicha sentencia se inscriba en el Registro inmobiliario para que la usucapión pueda invocarse contra terceros, concretamente los terceros interesados de buena fe, que son los únicos frente a los cuales se requiere alguna manifestación publicitaria (24).

---

(22) ALTERINI, Jorge Horacio, en “Codigo Civil Anotado” cit., págs. 84/85, en glosa al art. 2354.

(23) Ver, no obstante, las matizaciones que efectúa Morello, Augusto M., “El proceso de usucapión”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, págs. 79 y sigs.

(24) Sobre esta cuestión me ocupé en particular en mis trabajos: “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros”, El Derecho T. 43, págs. 1181 y sgts. y en “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, aporte de la Delegación Argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974), editado por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974; también publicado en “Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral”, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, T. II, Madrid, págs. 75 y sgts. y en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral N° 120, 3ª Serie, Santa Fe, 1978.



La inscripción en el Registro en el caso de la usucapión no responde a exigencias publicitarias, sino que obedece a *requerimientos del tracto registral*. Quien pretende enajenar un inmueble debe tenerlo inscrito a su nombre, porque el art. 15 de la ley 17.801 establece la regla general de que: “No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente” (25).

Desde el punto de vista estrictamente publicitario, el inmueble es adquirido por el usucapiente y con plena oponibilidad, incluso a los terceros interesados de buena fe, desde que se opera la usucapión, pues es suficiente a esos efectos que la posesión sea *ostensible*. No digo que la posesión debe ser pública, para que no se crea que se exige tan sólo que ella sea conocida o pueda ser conocida por el propietario contra quien se usucape (ver art. 2479 del Cód. Civil y la nota del Codificador). No se trata únicamente de eludir el vicio de la clandestinidad posesoria, sino que el carácter de ostensible impone que la posesión sea conocida o pueda ser conocida por todos los terceros, o sea también por los terceros interesados de buena fe.

En concordancia con la postura desarrollada, como lo señalé en un aporte anterior (26), defendí la inclusión del requisito de que la posesión sea ostensible como Miembro de la denominada “Comisión Federal” honoraria, designada por la Cámara de Diputados de la Nación, que tuvo a su cargo la redacción del “Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial”, aprobado por unanimidad por dicha Cámara en 1993. Se incluyó el concepto de posesión ostensible en los arts. 3999, 4016 y 4016 bis, en virtud de los siguientes fundamentos: “De manera coherente con las implicancias otorgadas a la publicidad posesoria en los artículos 1189 y 3160, se prevé para los distintos supuestos de prescripción adquisitiva que la

---

(25) Ilustran sobre las afirmaciones realizadas, las siguientes menciones sobre el sistema alemán donde, como en el argentino, se prevé únicamente la inscripción de las mutaciones unidas a los negocios jurídicos, en el derecho germano con efectos constitutivos y en nuestro país simplemente declarativos: “Los cambios reales no negociales o los mortis causa se producen sin necesidad de inscripción; por ejemplo, la sucesión hereditaria, la usucapión (...) o la accesión. En tales casos la inscripción manifiesta una titularidad configurada con independencia del Registro. Pero siempre es indispensable, para disponer de la finca o derecho, que estos se hallen inscritos a favor del disponente (tracto sucesivo), lo cual obliga a llevar al Registro todas las adquisiciones” (ver LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Derecho inmobiliario registral”, Editorial Bosch, Barcelona, 1968, pág. 35).

(26) “Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa” cit., pág. 338 y nota 16.

posesión del usucapiente tiene que ser ostensible, o sea, que la conozcan o puedan conocerla tanto el dueño de la cosa como los terceros interesados de buena fe; noción que no adolece de la limitación conceptual de la posesión pública, como contrapuesta a la viciosa por clandestinidad, que se infiere de los arts. 2369 a 2371 y del art. 2479” (27).

La usucapión breve presenta también controversias, como, entre otras, la vinculada con el sentido *de la buena fe*, acaso por sustentarse en puntos de partida que en mi criterio no son exactos, ya sea la suposición de que la usucapión corta consolida contra el verdadero dueño una adquisición operada frente a terceros, ya la creencia de que la posesión es de buena fe porque coexiste con el justo título (28).

Se ha buscado apoyo en la nota al art. 3999 del Cód. Civ., cuando equívocamente expresa hacia el final que: “La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir: la cosa está ya adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace más que consolidar la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación” (29).

A esta concepción que se asienta en las mencionadas expresiones de la nota de Vélez, ya le he contrapuesto la indiscutible primacía de la norma del artículo 4013 del Cód. Civ., pues: “Con cualquier criterio interpretativo del artículo 4013, sobre el sentido de la hipótesis de que ‘la nulidad del título sea meramente relativa al que adquiere la cosa’, lo cierto es que deja bien en claro que quien exhibe un justo título para usucapir debe ‘prescribir contra terceros’, o sea que contra ellos no es todavía propietario; por tanto, la prescripción no se proyecta únicamente contra el verdadero propietario. Cualquiera fuese la óptica sobre el significado de que ante esa

---

(27) Ver Orden del Día N° 1322 de la Cámara de Diputados de la Nación, pags. 7743 y 7779.

(28) Así, PELOSI, Horacio L., exposición en la Mesa Redonda: “Fe pública y buena fe”, incluida en “Anales de la Academia Nacional del Notariado”, 2005/2006, págs. 159/162; también concluyó que no es necesario el estudio de títulos, ETCHEGARAY, Natalio Pedro, en su disertación: “Aspectos de interés notarial relativos a la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo”, en el 52° Seminario “Laureano Arturo Moreira” organizado por la Academia Nacional del Notariado, Buenos Aires, noviembre de 2006.

(29) Ver dicha postura en mi obra “Acciones reales”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 110/111.

'nulidad del título', quien cuenta con justo título en esas condiciones 'no puede prescribir contra terceros', se demuestra que la adquisición de la propiedad, incluso frente a los terceros, se produce recién cuando se cumple el curso total de la prescripción decenal" (30).

También se propicia prescindir del estudio de títulos en la usucapación corta, mediante la alegación de los dichos de Vélez al inicio de su anotación al art. 3999. Allí se lee: "Si el justo título y la buena fe son dos condiciones distintas, no son, sin embargo, dos condiciones independientes. El que quiera prescribir, debe probar su justo título, pero el mismo justo título hará presumir su buena fe".

No me convence el razonamiento, pues en definitiva lo único que se extrae de la nota aludida, es que ante el justo título se presume la buena fe del poseedor. Y tal presunción de buena fe carece de toda significación particular, pues esa presunción tiene el carácter de principio general del derecho, que encuentra aquí otra resonancia.

La regla de la presunción de que la posesión es de buena fe es sentada categóricamente, tanto por el art. 2362 cuando expresa: "Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión...", como por el art. 4008: "Se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición". Pero aunque esa presunción no surgiera de la propia letra de la ley, debería reconocérsela por ser un corolario de la presunción más general de probidad (31).

Con justo título o sin él, es innegable que la buena fe del poseedor se presume, pero como toda presunción "iuris tantum" subsiste, como dice el art. 2362, "hasta que se pruebe lo contrario". Y la prueba en contrario de la buena fe presumida surge de la desaprensión unida a la falta de estudios de títulos, diligencia que integra la buena fe de los adquirentes de inmuebles, pues si bien se vincula con la actividad del notario autorizante, a esos efectos este profesional hace las veces de un mandatario cuya conducta compromete a los otorgantes del acto, sus mandantes (32).

---

(30) Ver "Acciones reales" cit., pág. 111.

(31) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "Presunciones unidas a la acreditación del "corpus" de la relación real", El Derecho T. 154, págs. 610 y sgts.

(32) Ver ALTERINI, Jorge Horacio, "La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral", LA LEY, 2006-B, págs. 1126 y sigs.

Tampoco es gravitante que al igual que la usucapión larga, la corta sea un modo de adquisición originario, pese a que se ha sostenido su carácter derivado (33). Insisto en que a este respecto el distingo entre la prescripción larga y la corta: "... no es convincente, pues se necesita de la posesión decenal de buena fe precisamente cuando el disponente no es titular de la cosa o es incapaz. Por una u otra falencia el título otorgado es simplemente un justo título para usucapir (art. 4010), y por ello cuando se cumple el plazo de la prescripción corta el adquirente del dominio no deriva su titularidad de aquel disponente, dado que necesita de la usucapión porque el título no era idóneo para transmitir el dominio" (34).

Aunque no dudo que la adquisición por usucapión corta es originaria, es necesario el estudio de títulos para que "haya existido buena fe en el momento de la adquisición" de la posesión (art. 4008 del Cód. Civ.), pues esa diligencia conforma la buena fe exigida.

No me convence que en la usucapión breve se pretenda un debilitamiento del estudio de títulos para integrar la buena fe del adquirente, cuando éste ya es beneficiario del acortamiento del plazo de la prescripción, lo que hasta podría dar pie a un rigor superior, con mayor razón porque muy probablemente ese estudio hubiera permitido detectar las falencias en la titularidad de quien transmitió el inmueble al otorgante del justo título para usucapir (35).

En la usucapión corta se presenta otra duda con respecto a los alcances de la *registración con relación al justo título para usucapir*. Para zanjar las vacilaciones en ese aspecto, en el Proyecto de Código Civil de 1998 incluimos como segundo apartado del art. 1832 la siguiente norma: "Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título", por entender que la posesión es idónea para usucapir recién desde que se publicita registralmente el justo título para usucapir, al que se lo considera alcanzado, *mutatis mutandi*, por directivas como las del art. 2505 del Cód. Civ. y del art. 1° inciso a) de la ley nacional registral N° 17.801 (Adla, XXVIII-B, 1929).

---

(33) LAQUIS, Manuel A., "Derechos reales", Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, págs. 435 a 437.

(34) Ver "Código Civil Anotado" cit., pág. 320, en glosa al art. 2524.

(35) Ver argumentaciones generales acerca de la buena fe en la usucapión corta y sobre la necesidad del estudio de títulos, en CORNA, Pablo María, "Prescripción adquisitiva", Ediciones Carrá, Buenos Aires, 1984, págs. 118 y sigs, en núms.137 y sigs.

Una nueva destacable incertidumbre en cuanto a la usucapión de inmuebles, se relaciona con la determinación de la *fecha en que se tuvo por cumplido el plazo de la prescripción adquisitiva*, pues habitualmente los tribunales no la precisan y se limitan a declarar que ha transcurrido el plazo pertinente. Para superar esa generalizada imprecisión, en el Proyecto de Código Civil de 1998, defendí la previsión del art. 1840 de ese Ordenamiento, que establece que la sentencia: "...fijará la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produjo la adquisición del derecho real respectivo".

Las incertidumbres son superlativas en determinados *efectos de la usucapión*, pues está viva la disputa en cuanto a si la usucapión produce sus efectos propios a partir del cumplimiento del plazo de la prescripción o si transcurrido ese lapso los efectos se retrotraen hasta el inicio de la posesión.

En la doctrina argentina la mayoría de los autores se decide por la retroactividad, pero la postura minoritaria la contradice y afirma que los efectos se producen recién desde que se opera la adquisición (36).

La controversia no es simplemente teórica, sino que reviste relevantes efectos en la práctica. Piénsese, con una u otra concepción, en la suerte de los actos de disposición realizados por el usucapiante o por el dueño virtual antes de consumarse la usucapión, o en la actitud a adoptar con relación a los frutos percibidos por el poseedor, que en la usucapión larga es un poseedor de mala fe.

Para sostener la retroactividad ya Salvat adujo lo que se infiere del art. 1268 del Cód. Civ. (37). Según ese precepto no pertenecen a la sociedad conyugal: "... los bienes que antes de la sociedad poseía alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se hubiese purgado durante la sociedad, por cualquier remedio legal". Es propio del cónyuge respectivo el inmueble que hubiese poseído sin título suficiente desde antes del matrimonio que dio nacimiento a la sociedad conyugal y que viera purgada la imperfección durante esa sociedad, "por cualquier remedio

---

(36) Ver HIGHTON, Elena L. "Dominio y usucapión", segunda parte, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. 197, núm. 541, en nota 604.

(37) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales", Tomo II, quinta edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1962, pág. 293, en núm. 1014.

legal”, lo que comprende inequívocamente al saneamiento por vía de la usucapión. La solución equivale a recibir en nuestro Derecho los efectos retroactivos de la prescripción adquisitiva, porque para fijar la titularidad se atiende a la fecha del inicio de la posesión y no a la del cumplimiento del plazo de la prescripción.

Sin embargo, el rumbo que perfila el art. 1268 del Cód. Civ. para dilucidar la cuestión, es oscurecido y desvirtuado por otra norma del mismo Código, la del art. 2095, cuyas proyecciones son silenciadas por la doctrina cuando se tratan específicamente los efectos de la usucapión.

El art. 2095 del Cód. Civ. preceptúa que: “Cuando el derecho que ha causado la evicción es adquirido posteriormente a la transmisión de la cosa, pero cuyo origen era anterior, los jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias, y resolver la cuestión”.

La norma reproducida es una muestra elocuente de las variadas y amplias facultades que Vélez Sarsfield le confirió a los tribunales, temática en la que me detuve en una investigación anterior, a la que remito (38).

Y que el mandato legislativo no fue improvisado, lo revela la meditada anotación del Codificador a ese texto. Allí apunta que: “... Pothier enseña que es responsable de la evicción el que transmitió el derecho cuando la prescripción ha comenzado estando la cosa en su dominio...” y contrapone a su opinión la de Troplong, Duvergier “y otros jurisprudencias”, que: “... sostienen que el derecho creado por una prescripción, no existiendo sino desde el día en que la prescripción se ha cumplido, la evicción resultaría de un derecho posterior a la enajenación, y no habría por la tanto acción por ella”. Finalmente, precisa que Marcadé: “... combate como exageradas ambas opiniones, y aconseja la resolución de nuestro artículo”.

La lectura del comentario de Marcadé al art. 1629 del Código Civil francés, persuade de que Vélez se nutrió de la exposición doctrinaria-jurisprudencial de ese autor y también comprueba que efectivamente adoptó su opinión e incluso la matriz de su decir, pues éste predica que no es posible resolver la “la cuestión de una manera absoluta, sea en un sentido, sea en

---

(38) “La ley y el juez ante las cláusulas abusivas en la contratación predispuesta”, *El Derecho* T. 153, págs. 911 y sigs.; en la pág. 914 se cita concretamente al art. 2095 del Cód. Civ.

el otro”, pues debe decidirse “según los casos (...) siempre en una apreciación de las circunstancias” (39).

Ante la colisión entre el art. 1268 que acoge los efectos retroactivos de la usucapión hasta el comienzo de la posesión y el amplio abanico de soluciones que podrían cobijarse con la sujeción a “todas las circunstancias” que menta el art. 2095, propicio como coordinación normativa el catalogar a la primera de las normas como plasmando el principio general y a la segunda, como una posibilidad de rectificación ante las circunstancias fácticas. Esta fórmula interpretativa armoniza con la necesaria consideración de las “circunstancias del caso” que preconiza el art. 16 “in fine” del Cód. Civ. para la resolución de las cuestiones civiles.

De aplicarse la noción de la retroactividad como directriz general, no cabrían dudas acerca de que frente a la prescripción adquisitiva por el poseedor, el dueño usucapido no podría reclamar los frutos generados durante el lapso de la usucapión, ni siquiera contra el poseedor de mala fe, pues éste será considerado como el nuevo dueño desde el inicio de la posesión.

El acudir a las circunstancias daría lugar a que los efectos retroactivos no afectaran los derechos que pudiera haber constituido válidamente el dueño usucapido a favor de terceros interesados de buena fe, a la manera de lo que se postula en el ámbito especial de la usucapión por el art. 1840 “in fine” del Proyecto de Código Civil de 1998: “La sentencia tiene efecto retroactivo al tiempo en que comenzó la posesión, sin perjuicio de terceros interesados de buena fe”.

*La sucesión de supuestos que exhiben incertidumbres en la usucapión de inmuebles, agrieta su fortaleza para responder acabadamente a la emblemática función de ser uno de los pilares que resguardan la seguridad jurídica.*

---

(39) MARCADÉ, V., «Explication théorique et pratique du code civil», septième édition, Tome sixième. Paris, 1875, págs. 261 a 265, en comentario al art. 1629 ; los párrafos citados constan en las págs. 263 y 264.

---

# REPLANTEO DE LA NULIDAD POR ATIPICIDAD SOCIETARIA

POR HÉCTOR ALEGRIA (\*)

I. Presentación. — II. Régimen de la tipicidad societaria. Interpretación de la ley vigente. — III. “Nulidad” por atipicidad. — IV. Bases para una reforma.

## I. Presentación

A los fines de brindar un panorama general que nos permita entrar en el tema específico, reseñaremos los aspectos salientes basilares de la legislación argentina y algunos antecedentes legislativos extranjeros que pueden brindar una idea del marco en el cual se inserta nuestra legislación y las tendencias modernas.

### *1. La legislación argentina*

Para introducirnos en esta materia debemos recordar los preceptos legales más importantes de nuestra legislación que tienen referencia a ella.

La Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 (t.o. en 1984 por Decreto 841/84, en adelante LSC) (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319) mantuvo invariada la Sección III, titulada “*Del régimen de nulidad*”, del Capítulo I, en sus disposiciones originales de la 19.550 (1).

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 22 de noviembre de 2007.

(1) La reforma de la Ley 22.903 no alteró esta Sección, que se mantiene, en consecuencia, hasta el presente.



La Sección comprende distintos supuestos, que califica de manera diversa, y de los que pueden extraerse conclusiones que más abajo veremos.

El art. 16, bajo el rótulo “Principio General”, en realidad trata situaciones específicas relacionadas con la nulidad o anulación que afecte el vínculo de uno o más de los socios. Considera cuatro hipótesis diversas. La lectura del precepto nos permitirá advertir las diferencias: “Art. 16. *Principio general. La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias*”.

“Cuando se trate de una sociedad de dos socios, el *vicio de la voluntad* hará *anulable* el contrato. Si tuviere *más de dos socios*, será *anulable* cuando los *vicios afecten la voluntad de socios* a los que pertenezca la *mayoría del capital*.” (Los énfasis son nuestros).

Si bien este precepto no es el objeto principal de nuestro trabajo, enseguida advertimos que son todos casos que se refieren a la *nulidad o anulación del vínculo* de alguno o algunos de los socios, señalando que esos vicios pueden afectar o no afectar, según el caso, el *contrato* (2).

Distinta fraseología usa el art. 17, LSC, que dice: “Art. 17. *Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial*”. (El énfasis nos pertenece).

Como advertimos enseguida, la terminología cambia radicalmente. La primera parte dice que es *nula la constitución* de la sociedad cuando está afectada por atipicidad; la segunda, habla de *anulabilidad del contrato*, cuando el requisito *omitido sea esencial pero no tipificante*, agregando que la causal de anulabilidad puede *subsanarse*.

---

(2) Si bien en el segundo párrafo se habla exclusivamente de vicio de la voluntad, es claro que también se aplica a problemas como la capacidad de los contrayentes que afecten la validez de su vínculo: por todos léase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; “Derecho Societario. Sociedades nulas, irregulares y de hecho”, Tomo 6, Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 123 y ss.; HALPERIN, Isaac; “El régimen de la nulidad de las sociedades. Un ensayo de sistematización de las normas del Proyecto de Ley de Sociedades”, RDCO, 1970, Año 3, p. 549 y ss.; OTAEGUI, Julio C.; “Invalidez de actos societarios”, Ábaco, Buenos Aires, 1978, Capítulo V, “Invalidez vincular”, p. 137 y ss.

El art. 18 se ocupa de las sociedades de objeto ilícito y dice: “Art. 18. *Objeto ilícito. Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aun para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas*”.

“*Liquidación. Declarada la nulidad, se procederá a la liquidación por quien designe el juez*”.

“Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el *remanente* ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva”.

“*Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados*”. (El énfasis nos pertenece).

Como vemos, la fraseología también es diferente a las anteriores. Se menciona que la *sociedad es nula de nulidad absoluta*. Sin embargo, se admite que los terceros hagan valer la *existencia de la sociedad* (3) mientras que los socios no pueden gozar de ese derecho. A su vez, declarada la *nulidad*, se procede a la *liquidación*, finalizada la cual el remanente ingresa al patrimonio estatal; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores y socios, ilimitada y solidaria por el *pasivo social*.

Destacamos, en primer lugar, que la ley claramente habla de *nulidad absoluta* y se refiere a la nulidad de la *sociedad*, lo que marca una diferencia notable con los supuestos anteriores. Sin embargo, esa nulidad “absoluta” no se sigue de las consecuencias ordinarias que el Código Civil reserva para tales calificaciones (4) sino que admite que los terceros puedan

---

(3) Por esa razón se ha afirmado que habría una posible superposición de nulidad e ineficacia (relativa, agregamos nosotros). ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; “Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales”, LL., 150, Abril – Junio 1973, p. 1114; OTAEGUI, Julio C.; “Invalidez de actos societarios”, cit., p. 342, punto 2.

(4) Art. 1047 del CC: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo

alegar la existencia de la sociedad y que ésta perdure en su personalidad hasta finalizar la liquidación (5) y reconoce la existencia de un *pasivo social*.

Una situación parecida la reserva para las sociedades con objeto lícito pero actividad ilícita, en el art. 19. “Art. 19. *Sociedad de objeto lícito*, con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su *disolución y liquidación* a pedido de *parte o de oficio*, aplicándose las *normas dispuestas en el art. 18*. Los socios que acrediten su *buena fe* quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo anterior”. (El énfasis nos pertenece).

De esta norma puede resaltarse que la nulidad no afecta a los socios de buena fe, a los que se permite participar del remanente y se los exime de la responsabilidad emergente de la “nulidad” (6). Como vemos, la *nulidad absoluta* (7), también en este caso se aparta de las reglas ordinarias del Código Civil e, incluso, admite la *existencia de la sociedad*, respecto de los socios de buena fe, tal como el art. 18 LSC lo hacía en relación a los terceros.

Finalmente, el art. 20 de la LSC trata el caso de las sociedades con objeto prohibido y dice: “Art. 20. *Objeto prohibido. Liquidación*. Las *sociedades que tengan un objeto prohibido en razón del tipo, son nulas de nulidad absoluta*. Se les aplicará el art. 18, excepto en cuanto a la distribución del *remanente* de la liquidación, que se ajustará a lo dispuesto en la sección XIII”. (El énfasis nos pertenece).

Como vemos, este último precepto reitera el concepto de *nulidad absoluta* de la *sociedad*. Sin embargo, se aplican las mismas consecuencias y

---

saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”. Art. 1050 del CC: “La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado”.

(5) La conclusión surge del art. 101 de la LSC y es afirmación corriente en doctrina que las sociedades en liquidación mantienen su personalidad, siquiera residual y limitada. Véase, por todos, ZUNINO, Jorge O. “Sociedades comerciales. Disolución y liquidación. 2. Causales y procedimientos”. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 3 y ss. CAMARA, Héctor, “Disolución y liquidación de sociedades mercantiles”, TEA, Buenos Aires, 1959, p. 405.

(6) Salvo, claro está, que su responsabilidad solidaria e ilimitada provenga del tipo social elegido, como fue propuesto en el art. 24 del “Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio” del año 1998 (ver infra nota 159).

comentarios que hemos efectuado respecto al art. 18 LSC, agregándose en este caso que *ninguno de los socios* se verá afectado en la distribución del *remanente*, para lo cual se remite a la sección referida a la *liquidación* de las sociedades.

La lectura de los artículos que hemos reseñado, con sus distintas modalidades, giros terminológicos, tipificación de soluciones y sanciones, muestra la complejidad del régimen en su conjunto y la necesidad de articular una interpretación sistemática que permita rescatar las conclusiones más aptas, para que la ley rinda los frutos que de ella espera la sociedad en un determinado contexto temporal.

Dentro de este marco analizaremos más adelante, en particular, lo relativo a la atipicidad societaria, su identificación y marco teórico y sus eventuales consecuencias.

## 2. Legislación comparada

Indicaremos en lo que sigue algunas legislaciones relevantes para identificar el estado del derecho comparado en países europeos y en repúblicas del continente americano. Por razones de espacio no abundaremos en el tratamiento de la doctrina y jurisprudencia respectivas, que es muy frondosa y cuya exposición exhaustiva hoy sería prácticamente imposible en un trabajo de esta envergadura.

A modo introductivo queremos señalar que aun antes de la Directiva Europea 68/151/CEE, con remisión al derecho vigente en 1963, DE SOLÁ CAÑIZARES, afirmaba la tendencia a restringir los casos de nulidad de un contrato social y procurar su subsanación (8).

### 2.1. Legislación europea

Ya en el año 1968 países de la hoy Unión Europea se congregaron para resolver diversas cuestiones de importancia en materia societaria y de

---

(7) Calificación que deviene para el caso de la aplicación del art. 18 LSC.

(8) DE SOLA CAÑIZARES, Felipe: "Tratado de derecho comercial comparado", Montaner y Simón S.A., Barcelona, 1963, p. 76, donde dice "Por lo tanto, puede decirse que el derecho comparado nos muestra una evolución de las legislaciones que no tiene naturalmente el mismo grado en todos los países, que comprende los aspectos siguientes: 1. No considerar la nulidad de la sociedad como la nulidad de un contrato cualquiera; 2. Restrin-

ello resultó el texto de la *Directiva 68/151/CEE*, del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendiente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado de Roma, para proteger los intereses de socios y terceros.

Entre los temas discutidos se consideró de importancia especial el de la nulidad de las sociedades (Sección III) (9), en particular con miras a ase-

---

gir lo más posible los casos de nulidad de las sociedades, especialmente de las sociedades por acciones; 3. Procurar que en la mayoría de los casos los vicios de nulidad puedan ser subsanados, evitando así la nulidad de la sociedad...”; opinión que ya era anticipada por CÁMARA, Héctor, “Disolución y liquidación de sociedades mercantiles”, TEA, Buenos Aires, 1959, p. 269; CALAIS AULOY, en el prólogo al libro de TEMPLE, Henri, “Les sociétés de fait”, LGDJ, Paris, 1975, ya hablaba de la rarificación de los casos de nulidad, lo que es tomado por LE CANNU, Paul, “Droit des sociétés”, 2da. edición, Montchrestien, París, 2003, p. 229, quien al hablar del control curativo de las nulidades, señala que hay una retirada del régimen de las nulidades societarias, con medidas de desincentivo que llevan a la rarefacción de las causas de nulidad, al endurecimiento de las condiciones de ejercicio de la acción de nulidad (p. 235 y ss.), a la reducción de los efectos de la nulidad y, finalmente, estudia los sustitutos de la nulidad societaria, entre los cuales menciona la acción de regularización e ineficacia relativa de las cláusulas ilícitas, las acciones de responsabilidad y otros sustitutos; y luego criticando al sistema dice: “in-justicia: restringida y anestesiada la nulidad de las sociedades no cumple bien su oficio de justicia”, p. 240.

(9) “Directiva 68/151/CEE, Sección III: Nulidad de la sociedad: Artículo 10: En todos los Estados Miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución, los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos, deberán constar en escritura pública. Artículo 11: La legislación de los Estados Miembros sólo podrá organizar el régimen de las nulidades de las sociedades en las condiciones siguientes: 1. La nulidad deberá ser declarada por resolución judicial; 2. Los únicos casos en que podrá declararse la nulidad son: a) la falta de escritura de constitución o la inobservancia de las formalidades de control preventivo, o bien de la forma pública; b) el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad; c) la ausencia, en la escritura de constitución o en los estatutos, de indicaciones relativas a la denominación de la sociedad, o a las aportaciones, o al importe del capital suscrito, o al objeto social; d) la inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al capital social mínimo desembolsado; e) la incapacidad de todos los socios fundadores; f) el hecho de que contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos. Aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad. Artículo 12: 1. La oponibilidad a terceros de una resolución judicial que declare la nulidad estará regulada por las disposiciones del artículo 3°. La oposición a terceros cuando esté prevista por el Derecho nacional, sólo será admisible durante un plazo de seis meses a partir de la publicación de la resolución judicial. 2. La nulidad provocará la liquidación de la sociedad, en la misma forma que la disolución. 3. La nulidad no afectará por sí misma a la validez de los compromisos de la sociedad o de los contraídos hacia ella, sin perjuicio de los efectos del estado de liquidación. 4. La legislación de cada Estado Miembro podrá regular los efectos de la nulidad entre los socios. 5. Los portadores de participaciones o de acciones seguirán estando obligados al desembolso del capital suscrito y no desembolsado, en la medida en que lo exijan los compromisos contraídos ante los acreedores”.

gurar la protección de los derechos de terceros, y se consideró necesario limitar los casos de nulidad, así como el efecto retroactivo de su declaración, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, como entre los socios. La Directiva, al ser receptada en las legislaciones nacionales, hizo que cada país fuera modificando su derecho interno para adaptarlo a estos lineamientos (10) según veremos a continuación:

a) En el derecho francés, la Ley 66-537 de 1966, que originariamente reguló a las sociedades comerciales, en el año 2000 pasó a integrar el “Nouveau Code de Commerce”. Sus artículos L. 235-1 y siguientes establecen que:

- La nulidad de una sociedad o de un acta que modifique los estatutos sólo podrá provenir de una disposición expresa del presente libro o de las leyes que regulen la nulidad de los contratos. Si se trata de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones, la nulidad de la sociedad no podrá ser por causa ni de un vicio de consentimiento ni de la incapacidad, a menos que ésta afecte a todos los socios fundadores. La

---

(10) Lo doctrina destaca que en la interpretación de los textos internos no debe ignorarse el sentido general de la Directiva que, al ser de armonización, puede tener distinta recepción concreta en los distintos Estados: Véase PALMIERI, Gianmaria, “La nuova disciplina della nullità della società per azioni”, en *Rivista delle Società*, año 48, Julio-Agosto 2003, fascículo 4, Giuffrè, Milán, 2003, p. 846 y ss., y notas 2 a 4. En cada país la doctrina duda sobre si la legislación interna ha seguido o no fielmente la Directiva o se inserta adecuadamente en el contexto de la legislación vernácula, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.; DÍAZ MORENO, Alberto; “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, tomo III, “Fundación de la sociedad anónima”, vol. 2º, “Nulidad de la sociedad” (Artículos 34 y 35 LSA), Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 15; FERNANDEZ RUIZ, José Luis, “La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español”, Civitas, Madrid, 1991; D’ALESSANDRO, Floriano, ““La provincia del diritto societario inderogabile (ri) determinata”. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?”, *Rivista delle società*, 2003, 1, p. 34 y ss., señala que “los ordenamientos jurídicos tienen gran inercia para asumir las reformas y nota la rebelión abierta de los legisladores internos. O sea, casos en los cuales, después de haber negociado fatigosamente un compromiso en Bruselas, los países individuales lo ignoran totalmente al momento de recibir la Directiva en el derecho interno, conservando las reglas tradicionales en vez de introducir las nuevas matrices comunitarias...”, y sigue diciendo “y bien, quien creyera haber asistido al menos en tal caso a la feliz culminación del proceso de armonización se equivocará groseramente. Si estudiamos los ordenamientos interpretativos formados en los varios países, se descubre que los mismos textos son leídos de modo muy diferentes en la Cámara de los Lores, supongamos, respecto a cuanto hace el BGH o la Corte Suprema Italiana”, p. 35. En este sentido y con amplio tratamiento, véase: CONVERT, Laurent, “L’impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Étude de droit comparé Angleterre - Espagne - France”, con prefacio de SAINTOURENS, Bernard, L.G.D.J., París, 2003, en especial en el Título 2 “La dynamique de l’évolution”, pág. 79 y sigs. Con relación a la nulidad societaria, véase págs. 481 y sigs. sobre la distinta percepción en los derechos analizados.

nulidad de la sociedad tampoco podrá tener su causa en las cláusulas prohibidas por el artículo 1844-1 del Código Civil (11).

- La nulidad de actas o acuerdos que no sean los previstos en el párrafo anterior sólo podrá ser motivada por infracción de una norma imperativa del presente libro o de las leyes que regulen los contratos.

- Las sociedades colectivas o comanditarias simples deberán cumplir bajo pena de nulidad con los requisitos de publicidad, sin que se pueda alegar esta causa frente a terceros. Sin embargo, si no hubo fraude, el tribunal podrá optar por no declarar la nulidad de la sociedad (12).

- La acción de nulidad se extinguirá cuando la causa haya dejado de existir antes de la sentencia, salvo si se trata de objeto ilícito (13).

- El artículo L. 235-4 regula la posibilidad de subsanar las causas de nulidad y el plazo para poder hacerlo, pudiendo el Tribunal fijar un plazo para la subsanación y la realización de asambleas o reuniones de socios tendientes a ese fin (14). También se prevé el caso de regularización de la sociedad ante una nulidad por vicio del consentimiento o

---

(11) Esta fórmula usada por el legislador no indicando de manera positiva las causas de nulidad sino limitándose a excluir las que no podrían hacerse valer en lo sucesivo como determinantes de la nulidad, ha recibido críticas por parte de la doctrina, ya que el intérprete debe abocarse a la tarea de individualizar aquellas causas que se han mantenido en pie. En función de los artículos de remisión ellas serían: ausencia de pluralidad de personas, defecto de las aportaciones o de participación en resultados, carencia de affectio societatis, defecto de objeto lícito, ausencia de interés de los socios y causas de nulidad de los contratos en general (ausencia o vicio del consentimiento, incapacidad, causa u objeto contrario al orden público o a las buenas costumbres, fraude). LAZARO SANCHEZ, Emilio J: "La nulidad de la sociedad anónima", prólogo de José Miguel Embid Irujo, Bosch, Barcelona, 1994, p. 78, 79 y 80.

(12) Artículos L. 235-1 y L. 235-2 del Nouveau Code de Commerce.

(13) Artículo L. 235-3, Nouveau Code de Commerce.

(14) "Artículo L. 235-4: El Tribunal de comercio, requerido para una acción de nulidad, podrá, incluso de oficio, determinar un plazo para permitir subsanar las causas de nulidad. No podrá declarar la nulidad antes de que transcurran dos meses desde la fecha de interposición de la demanda. Si para subsanar una causa de nulidad se debiera convocar una junta o efectuarse una consulta a los socios, y si estuviera justificada una convocatoria regular de una junta o un envío a los socios del texto de los proyectos de decisión acompañado de los documentos que deben serles presentados, el Tribunal decidirá por resolución el plazo necesario para que los socios puedan tomar un acuerdo".

incapacidad de un socio (15), incluso con posibilidad de rescatar la parte del socio impugnante.

b) En Italia, el actual régimen societario está regulado en el Título V (Delle Società) del Libro V (Del Lavoro) del Código Civil, de acuerdo a la reforma del año 2003 (Decreto Legislativo del 17 de enero de 2003, n. 6). El Código establece que las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad comercial deberán constituirse de acuerdo a uno de los tipos regulados en el Capítulo III del referido Título V. La sociedad que tenga por objeto el ejercicio de una actividad diversa, será regulada por las disposiciones que refieren a la sociedad simple (16). Esta sociedad no requiere de formalidad específica y está regulada a partir del artículo 2251 del Código Civil.

En cuanto a la sociedad por acciones, el artículo 2331 dispone que la inscripción en el registro otorga personalidad jurídica a la sociedad y la responsabilidad por las deudas asumidas frente a terceros antes de la inscripción, en nombre de la sociedad, es ilimitada y solidaria.

En lo que respecta a la nulidad, las causas están taxativamente enumeradas, en el artículo 2332, siguiendo el lineamiento de la I Directiva Comunitaria (68/151/CEE) (17).

---

(15) “Artículo L. 235-6: En caso de nulidad de una sociedad o de actas y acuerdos posteriores a su constitución, motivada por un vicio del consentimiento o por la incapacidad de un socio, y cuando sea posible su regularización, cualquier persona que tenga interés en ello podrá requerir a aquél que pueda efectuarla, que proceda a regularizarla o que inicie un procedimiento de nulidad en un plazo de seis meses so pena de preclusión. Este requerimiento será comunicado a la sociedad. La sociedad o un socio podrá presentar, al Tribunal ante el que se interpuso la demanda, en el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquier medida susceptible de suprimir el interés del demandante, sobre todo por rescate de sus derechos sociales. En este caso, el Tribunal podrá, o bien declarar la nulidad, o bien declarar obligatorias las medidas propuestas, siempre y cuando éstas hayan sido previamente adoptadas por la sociedad en las condiciones previstas para las modificaciones estatutarias. El voto del socio que solicite el rescate de sus derechos no influirá en el acuerdo que adopte la sociedad”.

(16) Artículo 2249 del Código Civil italiano.

(17) Artículo 2332 del Código Civil: “Estando la sociedad inscrita en el Registro, la nulidad sólo puede pronunciarse en los siguientes casos: 1. Carencia en el acto constitutivo de las formalidades del acto público; 2. Objeto social ilícito; 3. Inexistencia de cualquier indicación en el acto constitutivo que se refiera a la denominación de la sociedad, las reglas sobre responsabilidad, el monto del capital social o el objeto social. La declaración de nulidad no perjudica la eficacia de los actos realizados en nombre de la sociedad después de la inscripción en el registro. El socio no se libera de la obligación de responder sino hasta cuando es satisfecho es el acreedor social. La sentencia que declara la nulidad nombra al liquidador. La nulidad no puede ser declarada cuando se ha eliminado su causa y de esto se ha dado publicidad con la inscripción en el registro de la empresa...”



La reforma de 2003, redujo las causales de nulidad y perfeccionó el léxico respecto de sus efectos, manteniendo la posibilidad de subsanación y la eficacia de los actos celebrados con terceros.

c) En el derecho español, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, del 22 de diciembre, aprobó el “Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas” (TRLSA) que regula las causas de nulidad en los artículos 34 y 35. En el 34, las causas de nulidad de la sociedad anónima están establecidas de manera taxativa (18) y en el siguiente se determinan los efectos de su declaración, como ser que se abre el procedimiento de liquidación, que se mantiene la validez de las obligaciones o los créditos de la sociedad frente a terceros o aquellos contraídos por los terceros frente a la sociedad, y sometiéndose a la sociedad al régimen propio de la liquidación.

En los artículos 7 y siguientes, por su parte, se establece que la sociedad deberá constituirse por escritura pública y esta ser inscrita en el Registro Mercantil. Con esta inscripción la sociedad adquiere su personalidad jurídica. Luego la inscripción será publicada en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

Mientras no se haya inscripto la sociedad en el registro, si ésta continua en actividad, es reputada irregular y puede dar lugar a la disolución y posterior liquidación. Se aplican a este supuesto las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil.

La doctrina admite la subsanación de los efectos que podrían producir la nulidad (19).

---

(18) “Artículo 34 TRLSA: Causas de nulidad. 1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas: a) Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público; b) Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales, la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social, o finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto; c) Por la incapacidad de todos los socios fundadores; d) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal. 2. Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco acordarse su anulación”.

(19) BOQUERA MATARREDONA, Josefina, “La nulidad de las sociedades anónimas”, La Ley, Madrid, 1992, capítulo IX, p. 97 y ss.; VICENT CHULIÁ. F., “Compendio crítico de Derecho Mercantil”, 2da. edición, tomo I, Bosch, Barcelona, 1986, p. 266/7, entre otros. Un completo tratamiento en el derecho español actual puede verse en SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel, “Las causas de nulidad de las sociedades de capital”, prólogo de Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, Thomson-Aranzadi, Madrid, 1977.

d) En Alemania, el artículo 275 (1), de la *Aktiengesetz (Aktg)*, del 6 de setiembre de 1965, modificada por la ley de 15 de agosto de 1969, que adaptó el régimen vigente a la Directiva de la CEE comentada, establece que la acción de nulidad no se podrá fundar en otros motivos que la ausencia, en los Estatutos, de indicación alguna relativa al monto del capital social o al objeto social, o si las disposiciones del Estatuto sobre este último son nulas (20). Una vez inscrita la declaración de nulidad en el Registro Mercantil, sus efectos no varían en comparación con la anterior legislación, es decir, se procede a su liquidación según el régimen previsto para el caso de disolución; se mantienen inalterables las obligaciones asumidas en nombre de la sociedad y subsiste el deber de aportar por parte de los socios en caso de insuficiencia de los activos sociales.

Es importante destacar que la inscripción de la sociedad en el Registro tiene efectos constitutivos. Una vez hecha la inscripción, el plazo para solicitar la nulidad es de tres años de acuerdo al art. 275 (3) de la *Aktg*. La acción no puede deducirse sino después de haber requerido de la compañía que subsanase el defecto. Si no lo ha reparado dentro de los tres meses del pedido, la subsanación (*Heilleng von Mängeln*) puede efectuarse por medio de las provisiones legales para la reforma del estatuto (art. 276).

e) En el Derecho Inglés, el tema de la nulidad o invalidez de la sociedad tiene menor relevancia, ya que después de la inscripción registral y la emisión del *certificate of incorporation* la sociedad existe aunque su objeto sea ilegal. Debido al carácter concluyente del certificado, la nulidad de la sociedad por defectos de constitución no puede plantearse una vez que éste fue emitido, salvo el caso de las Trade Unions que no deben registrarse bajo el régimen de la Ley de Sociedades porque en ese caso la registración se considerará inválida (21); o el supuesto

---

(20) "Art. 275 (1): Si los estatutos no contienen ninguna mención sobre el monto del capital registrado o sobre el objeto de la sociedad, o si lo estipulado en los estatutos respecto del objeto es nulo, cada accionista o miembros del directorio o del órgano de supervisión, pueden iniciar una acción de nulidad de la sociedad. Tal acción no podrá basarse en otras causales. (2). Si el defecto puede ser subsanado de acuerdo al art. 276, la acción sólo podrá ser intentada una vez que una de las partes habilitadas para hacerlo haya requerido a la sociedad tal subsanación y esta no lo haya cumplimentado en un plazo de tres meses".

(21) Sección 2(2) de la "Trade Union and Labour Relations Act" de 1974.

de fraude. El certificado actúa como verdadero filtro de vigilancia del cumplimiento de las condiciones legales de constitución de la sociedad (22).

f) En el derecho belga, se regula el tema en el Código de Comercio, Título IX, Sociedades Comerciales, según legislación coordinada sobre sociedades comerciales en vigencia desde el 1 de Julio de 1996. El artículo 11 establece que aquella sociedad cuyo instrumento de constitución no ha sido inscripto en el registro respectivo de la jurisdicción a la que pertenece, no tendrá aptitud para comparecer ante los tribunales en los procesos legales.

Las causas de nulidad de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada son sólo las que regula el artículo 13ter (23). La nulidad deberá ser declarada por un tribunal judicial. Sólo podrá ser invocada frente a terceros si se encuentran cumplidos los requisitos de publicidad. Si se trata de nulidad de una sociedad con personalidad jurídica basada en defectos formales de constitución, esta no podrá ser invocada frente a terceros por la sociedad o sus miembros como una defensa, salvo que lo contrario haya sido dispuesto por la decisión judicial y que haya sido publicado. Como consecuencia de la nulidad la sociedad se liqui-

---

(22) Según la sección 13.(7) de la Companies Act: "el certificado de registro dado bajo aquella sección respecto de una sociedad será prueba concluyente: a) de que los requisitos de la ley han sido cumplidos y de que la sociedad es una compañía autorizada y que ha sido debidamente registrada según esta ley, y b) si el certificado contiene una declaración acerca de que la sociedad es cotizante, sirve como prueba suficiente de tal declaración". Respecto del carácter concluyente del "certificate of incorporation" véase también "Palmer's Company Law", vol. 1, 25ª edición, principal editor Geoffrey MORSE, Sweet & Maxwell - W Green, Londres - Edimburgo, 1992, p. 2194 y ss., donde se señala que bajo las leyes del Reino Unido, la cuestión de si una sociedad es o no nula o inválida en virtud de defectos de constitución, no puede plantearse una vez que el certificado de registración fue emitido, en razón de su naturaleza concluyente.

(23) "Artículo 13ter: La nulidad de las sociedades por acciones y privada de responsabilidad limitada y de una sociedad en comandita sólo podrá declararse en las siguientes instancias: 1. por no haberse constituido mediante escritura pública, 2. si no hay indicación en el instrumento de constitución, del nombre de la sociedad, del objeto social, monto del capital emitido o las aportaciones para formarlo, 3. si el objeto social es ilícito o contrario al orden público y 4. si el número de los fundadores legítimamente asignados es menor a dos, o en los casos en que la ley permite formar sociedades unipersonales, no hay ningún fundador con capacidad legal designado. Las previsiones que contenga el instrumento de constitución en relación a la distribución de beneficios y soportación de las pérdidas que estén en violación del Artículo 1855 del Código Civil, no se considerarán válidas".

da sin que se vean afectadas las obligaciones asumidas (art. 13 *quater* y 13 *quinquies*).

Existen también otros países que se incorporaron a la CEE y en los cuales se aplica la Ia. Directiva (24).

Fuera de lo que es la CEE, en el derecho Suizo, no se establecen causas de nulidad por atipicidad; sin embargo, el art. 643 del Código de las Obligaciones (25) se refiere al carácter constitutivo de la inscripción en el Registro, así como la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad y el breve plazo para hacerlo (tres meses).

## 2.2. Legislación latinoamericana

También reseñaremos muy brevemente alguna legislación latinoamericana que tiene relación con nuestro tema.

a) Uruguay: la ley uruguaya de Sociedades Comerciales 16.060 de 4 de setiembre de 1989 (26), tiene en diversos institutos soluciones similares a la ley argentina. Sin embargo, si bien consagra el principio de la tipicidad en el art. 3 (27), en ese mismo artículo se nota una diferencia sustantiva con la ley argentina puesto que, tal como lo hemos sugerido reiterada-

---

(24) Dinamarca (Lou om Aktieselskaber de 1973), Irlanda (Company Act de 1963, reformada en 1973), Grecia (R. Dc. 409 del año 1986 y Dc. Presidencial de 31/12/1987 que adaptaron la ley 2190 de 1920, codificada por R. Dc. 174/1963), Portugal (Decreto-Ley 262/86 de 2 de setiembre), Luxemburgo (Ley del 23 de noviembre de 1972), Países Bajos (Ley del 29 de abril de 1971); y también Austria, Finlandia, Suecia, República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia, República Eslovaca, Bulgaria y Rumania, éstos en general de incorporación más reciente.

(25) Art. 643 Código de las Obligaciones: "La sociedad no adquiere la personalidad sino por la inscripción en el Registro Público de Comercio. La personalidad es adquirida por la inscripción aun si las condiciones de ella no estaban cumplidas. De todas maneras, desde que los intereses de los acreedores o los accionistas fueran gravemente amenazados o comprometidos por el hecho de que disposiciones legales o estatutarias hayan sido violadas en la fundación, el juez puede, a pedido de un acreedor o de un accionista, pronunciar la disolución de la sociedad. Después que la acción fue iniciada el juez puede también, a pedido de una parte, ordenar medidas provisionales. La acción se extingue si no se inicia a más tardar tres meses después de la publicación en la *Feuille officielle suisse du commerce*".

(26) Ley N° 16.060 de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios, vigente a partir del 5 de enero de 1990 (D.O. 1/11/1989 - N° 22977).

(27) Art. 3: "(Tipicidad). Las sociedades comerciales deberán adoptar alguno de los tipos previstos por esta ley. Las sociedades comerciales que no se ajusten a lo dispuesto precedentemente estarán sujetas al régimen establecido en la Sección V del Capítulo I.

mente para una reforma legal en nuestro país, allí se dice que las sociedades atípicas quedan sometidas al régimen de la Sección V del capítulo I que se refiere a las sociedades irregulares y de hecho. Esta diferencia fundamental es de mucho interés para la consideración en nuestro derecho.

Este régimen especial prevé la regularización de tales sociedades y para ello en el artículo 42 distingue a las sociedades de hecho o atípicas, que deberán cumplir con los requisitos formales exigidos para regular su constitución; y las irregulares instrumentadas pero que no han sido inscritas o publicadas, en las que cualquier socio puede pedir la inscripción o la publicación.

En cuanto a las nulidades, el art. 22 prescribe que se aplicará el régimen de los contratos en todo lo que no se encuentre expresamente previsto o modificado por la ley.

Todas las nulidades serán subsanables a excepción de las producidas por objeto o causa ilícitos. Esto es posible hasta que quede ejecutoriada la sentencia definitiva de nulidad (art. 30).

b) México: rige allí la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, reformada en el año 2006 (28).

El sistema de este país tiene interés pues guarda similitud con el principio de inscripción constitutiva y sanatoria propio de los sistemas germano y del derecho Suizo.

No se establece la sanción de nulidad para casos de atipicidad. Una vez que la sociedad se inscribe en el Registro Público de Comercio no podrá ser declarada nula (29), salvo que se trate de sociedad de objeto ilícito o

---

OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Estudios de Derecho Societario", Rubinzal Culzoni, 1° edición, Santa Fé, 2005, p. 30 y ss.; RIPPE, Siegbert, "Sociedades comerciales. Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989", Fundación de Cultura Universitaria, 1ª edición, Montevideo, 1989, p. 31 y 37. "La nueva ley de sociedades comerciales", Cursillo realizado en la facultad de derecho en setiembre-octubre de 1989, Instituto de Derecho Comercial, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990, p. 29 y ss.; FERRO ASTRAY, José A. (dir.), "Introducción a la nueva ley de sociedades comerciales. Ciclo de conferencias", UPAE, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª edición, Montevideo, 1990, p. 10 y ss.

(28) Diario Oficial de la Federación del 4 de agosto de 1934. Última reforma publicada DOF 28-07-2006.

(29) Art. 2: "Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. Salvo el caso del artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio...".

que ejecute habitualmente actos ilícitos, caso en que se procederá a su inmediata liquidación. Las sociedades no inscriptas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consen o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica (arts. 2 y 3). Si el contrato no se hubiere otorgado ante notario pero contiene parte de los requisitos que exige el art. 6, cualquier persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura correspondiente. Lo mismo en el caso de demora en la inscripción de la escritura (art. 7).

c) En Brasil rige la Ley de Sociedades por Acciones N° 6.404, de 15 de diciembre de 1976, la cual no prevé expresamente la tipicidad como requisito del carácter mercantil de la sociedad, o incluso para su carácter de sociedad anónima, por lo que su falta no está regulada como causal de nulidad. Según el art. 94, la registración y publicación de los actos es requisito de funcionamiento del ente societario. El Registro Público de Comercio determinará si los requisitos de constitución se han cumplido y si los estatutos contienen cláusulas contrarias a la ley, el orden público y las buenas costumbres. Ante alguna irregularidad los administradores convocarán de inmediato una asamblea general para subsanar el error. Si se trata de una irregular en los estatutos, serán corregidos en el mismo acto (art. 97). La demora en los trámites de constitución hace a los primeros administradores responsables solidarios por los perjuicios ocasionados (art. 99), y también se establece en el art. 92 el mismo tipo de responsabilidad de los fundadores para el caso de fraude o negligencia en los actos previos a la constitución de una sociedad anónima por suscripción pública. Cuando es anulado el procedimiento de constitución, puede ser pedida la disolución de la sociedad por cualquier accionista de acuerdo al art. 206, II.a., que regula la disolución de la sociedad por orden judicial. No se regulan causas de nulidad por atipicidad u otras razones.

d) Chile: El Título VII del Código de Comercio, “De la sociedad”, regula tres especies de sociedad reconocidas por la ley: sociedad colectiva, anónima (artículos derogados por ley 18.046) y en comandita.

Las Sociedades Anónimas tienen un régimen en particular que es el de la Ley sobre Sociedades Anónimas N° 18.046 (30) según la cual la sociedad

---

(30) Promulgada el 21 de octubre de 1981, publicada el 22 de octubre de 1981, modificada por ley 20.190 D.O. del 5 de junio de 2007.

se constituye por escritura pública que se inscribe en el Registro Público de Comercio y se publica por una vez en el Diario Oficial (31).

Los artículos 6 y 6A regulan la nulidad de la sociedad por vicios de forma en su constitución, que en algunos casos se reputa absoluta y no admite saneamiento (32).

e) Perú: la Ley General de Sociedades Mercantiles N° 26.887 (33) en su art. 2, establece el requisito de la tipicidad para la constitución de una sociedad. Ante la falta de escrituración, cualquier socio puede demandar el otorgamiento por proceso sumarísimo (art. 5). La mora en el otorgamiento de la escritura o en los trámites necesarios para su inscripción determina la responsabilidad solidaria de los otorgantes por los daños (art. 18). Una vez inscrita la escritura de constitución, la nulidad sólo

---

(31) Los artículos 4 y 5 enumeran los requisitos de contenido de la escritura y del extracto que debe publicarse.

(32) "Artículo 6°. Sin perjuicio de lo que dispone el artículo 6° A, la sociedad anónima que no sea constituida por escritura pública o en cuya escritura de constitución se omita cualquiera de las menciones exigidas en los números 1, 2, 3 ó 5 del artículo 4°, o cuyo extracto haya sido inscrito o publicado tardíamente o en el cual se haya omitido cualquiera de las menciones que para él se exigen en el artículo 5°, es nula absolutamente, sin perjuicio del saneamiento en conformidad a la ley. Declarada la nulidad de la sociedad, ésta entrará en liquidación. La sociedad nula, sin embargo, gozará de personalidad jurídica y será liquidada como una sociedad anónima si consta de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado... Se equipara a la omisión cualquiera disconformidad esencial que exista entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos. Se entiende por disconformidad esencial aquella que induce a una errónea comprensión de la escritura extractada. Los otorgantes del pacto declarado nulo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad. En todo caso, no podrá pedirse la nulidad de una sociedad o de una modificación del estatuto social, luego de transcurridos cuatro años desde la ocurrencia del vicio que la origina". "Artículo 6° A. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la sociedad anónima que no conste de escritura pública, ni de instrumento reducido a escritura pública, ni de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada. No obstante lo anterior, si existiere de hecho dará lugar a una comunidad entre sus miembros. Las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre ellos con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para las sociedades anónimas. Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero. Los terceros podrán acreditar la existencia de hecho por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el Código de Comercio, y la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica...".

(33) Ley N° 26.887 promulgada el 5 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1997.

puede ser declarada por: vicio de consentimiento de una cantidad de socios que haga que la sociedad no cuente con pluralidad suficiente para funcionar; por objeto contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; por contener estipulaciones contrarias a las normas imperativas o por omitir consignar las que la ley exige; por omisión de la forma obligatoria prescripta (art. 33). Una especie de subsanación se establece en el art. 34 que prevé que si se realiza una modificación del estatuto para corregir el defecto con las formalidades legales exigidas, o las estipulaciones pueden ser suplidas por normas vigentes y aquéllas no han sido condición esencial para la celebración del contrato, la nulidad no podrá ser declarada.

f) Bolivia: Las sociedades comerciales están reguladas en el Título III del Código de Comercio (34).

El contrato constitutivo se debe inscribir en el Registro y publicar, y en el caso que se formulen observaciones, éstas podrán ser subsanadas (art. 129). A partir del momento de la inscripción en el Registro la sociedad adquiere personalidad jurídica. La anulación del acto constitutivo declarada judicialmente, no tiene efecto retroactivo y determina la disolución y liquidación de la sociedad (art. 133). Las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente y las sociedades de hecho que se hubieran exteriorizado como tales sólo se reputarán existentes a los efectos de la responsabilidad frente a los terceros y para ejercer los derechos emergentes de contratos válidamente celebrados (art. 134).

Las causales de nulidad, incluida la atipicidad, su posible subsanación, y sus consecuencias, se regulan en los artículos 137, 138 y 139 (35).

---

(34) Decreto Ley 14.379 del 25 de febrero de 1977.

(35) Art. 137: "Nulidad de sociedades atípicas. Es nula la constitución de sociedades comerciales cuando éstas tengan una estructura diferente a los tipos autorizados por este Código. Los requisitos esenciales no tipificantes hacen anulable el contrato; no obstante, podrán ser subsanados mientras no medie acción judicial". Art. 138: "Los vicios del consentimiento, declarados judicialmente cuando afecten al vínculo de alguno de los socios, producirán la anulación del contrato sólo con relación a ese socio, empero, cuando la participación del mismo sea esencial al objeto del contrato social, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad...". Art. 139: "La sociedad que tenga objeto ilícito es nula. Los socios, administradores y quienes actúen en la gestión social, responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y por los perjuicios causados. La nulidad podrá ser demandada por cualquier interesado o a denuncia del Ministerio Público, y el juez la substanciará por la vía sumaria...".



g) Paraguay: Las sociedades están reguladas en el Capítulo XI del Libro III del Código Civil (36). A partir del artículo 961 se regulan las causales de nulidad de la sociedad y sus efectos (37). La sociedad que tenga fines ilícitos también será nula según el art. 963 (38). En todos los casos de nulidad, salvo la del art. 963, la sociedad tendrá derecho para demandar a terceros por las obligaciones contraídas a favor de ella, sin que a éstos les sea permitido alegar la inexistencia de la misma. Los terceros, a su vez, podrán invocarla contra los socios sin que éstos puedan oponer su nulidad (39). Las sociedades deben constituirse por escrito y en su caso escritura pública, además de la inscripción en el Registro correspondiente. La falta de inscripción no anulará el contrato (40).

A partir del art. 1013 se regula sociedad simple (41).

---

(36) Ley 1183/85.

(37) "Art. 961.- La sociedad será nula: a) cuando comprenda la universalidad de los bienes presentes y futuros de los socios; b) cuando uno de los contratantes concurriera con sólo su influencia política o social, aunque se comprometiera a participar en las pérdidas; c) en el caso de atribuirse a uno de los socios la totalidad de los beneficios, o de liberársele de toda contribución en las pérdidas, o en el aporte del capital; d) cuando alguno de los socios no participare de los beneficios; e) cuando cualquiera de los socios no pudiere renunciar o ser excluido, existiendo justa causa para ello; f) si en cualquier momento alguno de los socios pudiere retirar lo que tuviere en la sociedad; g) cuando al socio o los socios capitalistas se les prometiére restituir su aporte con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; h) cuando se asegurare al socio capitalista su aporte, o las utilidades o obtenerse, o un derecho alternativo a cierta cantidad anual, o una cuota de las ganancias eventuales; i) si al socio industrial se le acordare una retribución determinada, haya o no utilidades; o el derecho alternativo a cierta suma anual, o a una cuota de las ganancias eventuales; y j) cuando se convenga que todos los beneficios y aun los aportes a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes". El artículo siguiente establece que quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe y los socios podrán también alegarla entre sí para eximirse de las obligaciones que les impone el contrato.

(38) "Art. 963. Será nula la sociedad que tenga fines ilícitos...Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados".

(39) Art. 964.

(40) Art. 967.

(41) Es la sociedad que no se constituye bajo la forma de ninguna de las sociedades que prevé el Código y no realiza un objeto mercantil. Su contrato no está sujeto a formalidades pero debe llevarse a conocimiento de los terceros por medios idóneos, de lo contrario la limitación de la responsabilidad no rige frente a aquellos que no han tenido conocimiento del contrato social.

h) Panamá: la ley 32 (42) sobre Sociedades Anónimas dispone que la regularidad de la sociedad estará dada por la celebración del pacto social en escritura pública, o por medio de otro acto que pueda ser atestado por Notario Público u otro funcionario autorizado al efecto (art. 4). Asimismo, el artículo siguiente dispone que si el pacto social no consta en escritura pública, el documento deberá ser protocolizado en una Notaría de la República. Para que el referido pacto surta efectos frente a terceros, deberá además ser inscripto en el Registro Mercantil (art. 6). No se regulan causales de nulidad de la sociedad.

En otros países como Venezuela, Costa Rica y Colombia, las legislaciones prevén en general la registración del contrato constitutivo como requisito para obtener regularidad y no se establece la atipicidad como causa de nulidad de la sociedad (43).

## II. Régimen de la tipicidad societaria. Interpretación de la ley vigente

### 1. Fundamentos

Nos interesa ver ahora no sólo los fundamentos expresados para adotar un sistema rígido de *tipicidad*, sino también los esgrimidos para sostener la *nulidad* que acompaña a la atipicidad.

#### 1.1. Fundamentos de la “Exposición de Motivos” que acompañó a la ley 19.550

La “Exposición de Motivos” que acompañó al proyecto que fue sancionado como ley 19.550 (44), se refiere específicamente a la tipicidad y a la nulidad que menciona el art. 17, en su primera parte. Al comienzo de esa

---

(42) Ley N° 32 del 26 de febrero de 1927. Gaceta Oficial 5.067 del 16 de marzo de 1927. La ley fue reformada por el Decreto Ley N° 5 del 2 de julio de 1997 (Gaceta Oficial 23.327 del 9 de julio de 1997) para modernizar el sistema societario permitiendo que las sociedades lleven sus registros mediante soportes electrónicos, pero no regula en concreto causas de nulidad ni otros temas que se vienen tratando.

(43) En Colombia, a partir del art. 104 del Código de Comercio (ley 222 de 1995. D.O. N° 42156 del 20/12/1995) se establecen diversas causales de nulidad como por ejemplo la ilicitud del objeto, pero no menciona la atipicidad. En Venezuela, el art. 219 Código del Comercio (Título VII), establece que mientras no se cumplan las formalidades exigidas para la constitución, la sociedad no se tendrá como legalmente constituida. No se regulan expresamente causales de nulidad. En Costa Rica, el art. 20 del Código de Comercio (Capítulo III) establece que declarada la inexistencia o nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo, sin mencionar en forma expresa las causales.

(44) Elaborado por los doctores Isaac HALPERÍN; Carlos S. ODRIOZOLA; Enrique ZALDÍVAR; Horacio P. FARGOSI y Gervasio L. COLOMBRES.

presentación dice al respecto: “El art. 1 insiste en el principio de la tipicidad, aceptado por los proyectos anteriores, apoyado por la doctrina y reeptado por la legislación comparada. La adopción de tipos legislativamente establecidos *ad solemnitatem* y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (art. 17), responden al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto. No podrá argumentarse que la solución aceptada comporta un estancamiento para la concreción de nuevos tipos societarios, porque ello quedará siempre dentro de la competencia del legislador, como la experiencia nacional lo demostró con las leyes 11.388, 11.645, 17.318 y con el decreto-ley 15.349/46”.

Sin embargo, al referirse en concreto al régimen de nulidad, es interesante mencionar aquí dos párrafos que indican la intención de los proyectistas. El primero de ellos dice: “En esta sección el proyecto innova, al igual que el anteproyecto, modernizando la legislación vigente”.

“Es sabido que con excepción hecha de dispositivos referidos a situaciones particulares, como los arts. 1652, 1659, 1660 y 1661 del Código Civil, ni este cuerpo legal ni el Código de Comercio contienen disposiciones orgánicas en punto a la nulidad del contrato de sociedad. Ello se torna más grave si se tiene en cuenta que la regulación de la nulidad y de los vicios de consentimiento contenidos en el Código Civil son de difícil aplicación al contrato constitutivo de las sociedades, ello como consecuencia de la naturaleza de contrato plurilateral de organización que éste reviste, de las características peculiares de los distintos tipos societarios, de las diversas causas de anulabilidad y de la distinta posición en que en ellos se encuentran los socios, los acreedores sociales y los que lo son sólo de aquéllos”.

“Persuadida de esa idea la Comisión organizó un régimen de nulidad que se conceptúa acorde con esas circunstancias, teniendo en vista las soluciones dadas por la más moderna legislación comparada”.

El segundo párrafo mencionado es el que afirma que “Por el art. 17 se prevé un régimen de subsanación de la nulidad que cubre la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante, que de suyo haga anulable el contrato. En este aspecto el proyecto ha buscado asegurar la vigencia del principio de conservación de la empresa, que resulta también del art. 100, en la convicción de que no importa ventaja alguna el impedir la subsanación del vicio mientras no medie impugnación judicial. La solución contraria pecaría de antieconómica, toda vez que no conjugaría los distintos

tipos de intereses que convergen en el fenómeno societario y que deben ser tutelados coherentemente”.

La transcripción hasta aquí efectuada muestra dos orientaciones distintas respecto del tema que analizamos, que se plasma en los párrafos respectivos del art. 17 de la LSC: por un lado, régimen de *tipicidad* y *nulidad* para la *atipicidad* y, por otro, solución de *anulabilidad* y consecuente opción de *subsanción* para los casos de omisión de requisitos *no tipificantes*. Respecto de esta última hipótesis los proyectistas señalaron la importancia del principio de conservación de la empresa y la falta de interés en impedir la subsanción de vicios.

### *1.2. Fundamentos de la “Exposición de Motivos” de la Ley 22.903*

Ya hemos indicado que la Ley 22.903 no modificó el régimen de nulidades de los arts. 16 a 20 de la LSC. Sin embargo, respondiendo a las opiniones vertidas en distintos congresos y trabajos doctrinarios, se incluyó una atenuación de la rigidez en el régimen de la *irregularidad* societaria (45). Los fundamentos para esta última actitud pueden tener alguna utilidad para razonar también sobre la interpretación de las causales y efectos del llamado “régimen de nulidad”.

La comisión formada por los doctores Horacio P. FARGOSI, Juan Carlos PALMERO, Raúl A. ETCHEVERRY, Enrique ZALDÍVAR, Jaime Luis ANAYA y Enrique M. BUTTY, expresó al respecto: “Es significativa la solución que se incorpora con el nuevo texto del art. 22, desde que se posibilita la regularización de las sociedades irregulares o de hecho, recibándose, como se ha dicho, una corriente doctrinaria y jurisprudencial que ha obtenido consenso. La Comisión está persuadida que de esta forma se facilita la conservación de la empresa y la recepción por el orden normativo argentino de la Ley de Sociedades Comerciales de criterios que no se limitan, exclusivamente, al cumplimiento del objeto social, sino que los trascienden y que de alguna manera aparecen insinuados en la ley vigente, a través de las soluciones sentadas en los incs. 6 y 8 del art. 94”.

---

(45) En Argentina, hay consenso en la interpretación que diferencia la *nulidad* societaria que procede en casos de vicios de tipicidad y sustanciales del contrato o de la sociedad constituida (tema al que nos hemos de referir parcialmente en este trabajo), de la *irregularidad* societaria, que ocurre en casos de defectos de forma, es decir, sociedades no instrumentadas (de hecho) y sociedades sin el cumplimiento de las formalidades de instrumentación, registración y publicación, en su caso. Estos últimos supuestos están regulados en la Sección IV del Capítulo I de la LSC, bajo el rótulo general “De la sociedad no constituida regularmente”, arts. 21 a 26.

“Procede señalar que el proyecto queda delineado a partir del principio básico de la libertad de contratación, desde que no media una imposición a todos los socios sino que la regularización se decide con el debido respeto a su voluntad. Paralelamente, también se reformula el problema de la disolución, ajustándola a la hipótesis de la regularización, como modo de evitar que la sociedad pueda extinguirse por voluntad de uno solo de los socios”.

Como se advierte, los proyectistas ahondaron el camino en el sentido de la conservación de la empresa y la regularización de defectos, lo que brindará apoyo argumental a nuestra tesis en este trabajo.

### 1.3. Opiniones de la doctrina

1.3.1. Para fundamentar tanto la rígida tipicidad societaria, cuanto las “sanciones” que corresponderían a la atipicidad, se han expresado una cantidad importante de fundamentos.

Entre los más significativos se destacan los relativos a la *tutela del orden público* (o del *orden público económico*); a la *protección de los terceros* que contratan con la sociedad y del *público en general*, finalmente, a la de los *propios socios* que toman parte del acto. Aquí, antes de pasar a analizar muy rápidamente estos fundamentos, debemos señalar que ellos pueden referirse al basamento teórico de la *tipicidad*, como (y a veces también) al de la *nulidad* en caso de *atipicidad*. Resultará claro del tratamiento integral de este trabajo que pueden diferenciarse una y otra parcela de análisis (46), sin perjuicio de lo cual en esta etapa introductoria —y aun corriendo el riesgo de defectos expositivos— indicaremos algunas de las reflexiones de los principales autores con relación a los fundamentos antes expresados.

En un esquema de cartabones estrictos se afirmó que la tipicidad societaria está directamente vinculada al *orden público*(47). En este sentido, se

---

(46) Ver *infra* puntos 3.1 y III.

(47) GUYON, Yves, “Droit des affaires”, Tomo 1, 9na edición, Económica, París, 1996, p. 159, habla del orden público económico y dice que no se trata del orden público clásico sino del orden público económico, social o profesional (en particular se refiere a las sociedades de objeto ilícito). SALERNO, Marcelo U., en “Ineficacia societaria”, JA 1996-IV, p. 724 y ss., expresa: “en las sociedades de nulidad absoluta la protección del orden público se hace efectiva mediante la aplicación de esa calificación a todo contrato que se oponga a su imperio. La sociedad constituida en contra del orden público deviene ineficaz, sin posibilidad de confirmación, el legislador procura así la autodefensa del ordenamiento”. Debemos aclarar que el autor no menciona entre tales supuestos sino a los casos de los arts. 18 y 20 de la ley 19.550.

dice que la responsabilidad es “esencialmente un principio ordenador de carácter institucional económico..., donde la responsabilidad ilimitada, dentro de un sistema de economía de mercado en régimen de competencia, asume ante todo una función selectora y sancionadora... principio de selección, que en la doctrina reciente adopta la expresión eufemística y un tanto cínica de alejamiento de mercado (*Entfernung vom Markt*), forma parte de la mecánica de dirección de la economía de competencia, la cual exige, por su propia dinámica, la desaparición de los empresarios incapaces” (48). Esta tesis ha sido desarrollada por distintos autores que hacen pie en la necesidad de la eliminación de la sociedad atípica del mercado en tanto lo exige la certeza del tráfico jurídico (49).

Un aspecto que recibe gradaciones es el referido a la *protección de los terceros*. Sobre este tema la doctrina clásica ha insistido que la *tipicidad societaria*, y aún la “sanción de *nulidad* por atipicidad” responden a la necesidad de la tutela de los terceros que negocian con la sociedad (50), extendiéndose a todos los terceros que puedan relacionarse con ella, concluyendo con la tutela del *mercado en general* a través de la protección de la confianza y la garantía del tráfico jurídico (51).

---

(48) El análisis corresponde a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; “La atipicidad en derecho de sociedades”, Pórtico, Zaragoza, 1977, p. 455, quien hace una extensa consideración sobre esta posición de la escuela neo-liberal alemana y del desarrollo a nivel constitucional económico del binomio *Herrschaft-Haftung* (poder-responsabilidad).

(49) CAMPOBASSO, G. F.; “Diritto Commerciale 2. Diritto delle Società”, Utet, 3era. edición, Torino, 1996, p. 46 y nota 2 en la que cita importante doctrina, puesta en revisión parcialmente por SPADA, Paolo; “La Tipicità delle Società”, Cedam, Padua, 1974, p. 435 y ss. y finalmente abandonada por otros autores como MORELLO, A. “Le società atipiche”, p. 22 y ss., quien sostiene la posibilidad de la existencia de sociedades atípicas. En sentido contrario, entre nosotros, ROMERO, José Ignacio; “Notas sobre la tipicidad en derecho societario”, en RDCO año 15, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 382, estima que dado que la tipicidad es esencial, si no la hay no hay contrato ni sujeto de derecho: en concreto no hay sociedades atípicas.

(50) ROMERO, José Ignacio; op. cit, p. 373/4, donde afirma que el sistema de la ley es tuitivo de derechos y que la sanción de nulidad, por su entidad de tal, hace pensar que la tipificación de sociedades debe ser suficientemente concreta para hacer indudable la sanción, con cita de FERRI, Giovanni, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, Giuffrè, Milán, 1968. GRAZIANI, Alessandro, “Diritto delle società”, Morano, Nápoles, 5ta. edición, 1962, p. 14.

(51) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; op. cit, p. 86 y ss. y las citas de su nota 188 bis. Este autor relata razones que fundamentarían el llamado *numerus clausus* de los tipos sociales, señalando que en definitiva se trata de una regla en la que convergen argumentos políticos y económicos diversos, donde la protección de los terceros, por sí solos, aun importante, no es fundamental, y concluye diciendo: “Estas observaciones generales debieran bastar para si-

Finalmente, se alega que la *tipicidad* estricta (cuya inobservancia deriva en una nulidad) también se funda en la protección de los *socios*(52). Esto porque, se afirma, los socios habrían manifestado su voluntad para adoptar un determinado tipo social con sus características y responsabilidades. Si el tipo no ha sido válidamente conformado, no se podría imponer a los constituyentes un distinto modelo organizativo, nuevas y diferentes funciones de administración y representación, y, finalmente, responsabilidades por la actuación (53).

1.3.2. Paradójicamente, las mismas razones (54) que se invocan para fundamentar la tipicidad rígida y la “sanción” de nulidad también estricta, que hasta ahora hemos expuesto, son las mismas que se utilizan, con una distinta óptica, para fundamentar la posición contraria.

En efecto, modernamente se sostiene el principio de *conservación de la empresa*, que reconoce el propio derecho societario (55) y que es una

---

tuar el problema del *numerus clausus* en su verdadera dimensión: por un lado como elemento configurador del sistema legislativo vigente en su vertiente estructural externa y, por otro, como una exigencia técnico-jurídica justificada por factores de naturaleza diversa, entre los que destaca la necesidad de protección del tráfico y de los terceros”. Citando este autor, JUNYENT BAS, Francisco; “El nuevo régimen de la sociedad simple en el anteproyecto de ley general”, ED 209-869, dice: “Dicho de otro modo, el objetivo de la tipicidad es dotar de seguridad al organismo societario y evitar que mediante un sistema de disponibilidad las partes puedan instrumentar un 'modelo para armar' que no tenga en cuenta la estructura legal como plataforma de resguardo jurídico en el juego de las relaciones”. En este sentido, la “Exposición de Motivos” citada supra, punto 1.1. habla de proteger la “seguridad jurídica”.

(52) FIALE, Aldo, “Le Società”, Simone, Nápoles, 2005, p. 56, cita a CORAPI, DALMARTELLLO, y FERRI, en el sentido de que la elección de un *nomen iuris* por los socios puede llevar a la nulidad cuando la organización adoptada no contiene los caracteres esenciales que califican dentro de tal denominación.

(53) Precisamente por eso muchos autores niegan la posibilidad de confirmación de la sociedad atípica y también la aplicación de las normas de las sociedades irregulares: ver infra punto III, 4 y las citas de la nota 132.

(54) Con excepción de la referida al orden público. Sin embargo, GUYON, Yves; “Droit des affaires”, cit., ha escrito: “El orden público societario es muy frecuentemente un tigre de papel que no asusta sino a los ingenuos”. Véase también LE CANNU, Paul: “Droit des sociétés”, 2da. edición, Montchrestien, París, 2003, p. 229. ALBANESE, Antonio; “La nullità delle società di capitali e delle cooperative nel nuovo diritto societario”, Contratto e Impresa, Cedam, Padua, 2003, N° 3, p.1293, dice: “Se estima oportuna, por tanto, una reacción del ordenamiento que contemple, con la necesidad de disponer remedios para la patología del ente societario, la de salvaguardar la organización empresarial y las relaciones económicas instauradas con terceros”.

(55) Como lo indican las sendas Exposiciones de Motivos de la ley 19.550 y 22.903, que hemos transcripto supra punto 1.1 y punto 1.2, y surge, además, la regla genérica, de los

constante del derecho mercantil nacional. Desde el ángulo contractual la doctrina ha insistido en afirmar el principio de *conservación del contrato*(56), que se traduciría, en el caso, en brindar la posibilidad a los socios de sanear los defectos, y a los terceros de hacer valer la personalidad societaria como sustento de sus relaciones contractuales, en particular las de duración.

Es aleccionador recordar los fundamentos en sede de la actual Unión Europea para dar sanción a la “Primera Directiva” en materia de sociedades (57). Allí se recuerda que la coordinación dispuesta por el “Tratado de Roma” y la programación para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento, exige de manera urgente limitar las nulidades, reducir sus efectos y permitir su subsanación, en especial para las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada, ya que la actividad de éstas con frecuencia se extiende fuera de un territorio nacional. Más adelante establece que regular la nulidad tiene particular interés con miras a asegurar la protección de intereses de terceros, máxime cuando ese tipo societario sólo ofrece como garantía el patrimonio social, por lo cual concluye como fundamento de la Directiva: “Considerando que la protección de terceros deberá quedar garantizada por disposiciones que limiten, en tanto sea posible, las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la sociedad.”

“Considerando que es necesario, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, así como entre

---

artículos 94, punto 8; 95, segunda parte, y 100, de la misma ley, con doctrina general conforme. Véase también entre otros SANTOSUOSSO, Daniele U.; “La reforma del diritto societario”, Giuffrè, Milán, 2003, p. 42 y ss. CALVOSA, Lucia, en ABRIANI, Niccolò y otros; “Diritto delle società. Manuale Breve”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 375 y ss.; y la misma autora en ABRIANI, Niccolò y otros; “Diritto delle società di capitale. Manuale Breve”, prefacio de Bernardino Libonati, Giuffrè, Milán, 2003, p. 282 y ss. ALBANESE, Antonio, “La nullità delle società di capitali e delle cooperative nel nuovo diritto societario”, “Contratto e Impresa”, Cedam, Padua, 2003, N° 3, p. 1291 y ss.

(56) Véase OTAEGUI, Julio C., op. cit., p. 161. ALBANESE, op. cit. en nota anterior, p. 1292, nota 2, con cita de SANTORO-PASSARELLI.

(57) “DIRECTIVA 68/151/CEE del Consejo, de 9 de Marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros”. La Directiva comprende a las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, lo que ha motivado que algunos autores traten de diferenciar el régimen aplicable a estas sociedades del relativo a las sociedades de personas, GALGANO, Francesco; “La società per azioni”, en “Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia”, tomo VII, Cedam, Padua, 1984, p. 103, afirma que las reglas deberían aplicarse a todo tipo de sociedad. Ver “supra”, nota 9.



los socios, limitar los casos de nulidad, así como el efecto retroactivo de la declaración de nulidad y fijar un plazo breve para la oposición de terceros a esta declaración”.

Como consecuencia, tanto la legislación como la doctrina moderna se convencen de la conveniencia de limitar las causales de nulidad, “mutarlas” eventualmente en causales de disolución y favorecer lo más posible la convalidación o saneamiento de los vicios (58). Incluso, se ha sostenido que el legislador y el intérprete se encuentran ante imperativos contradictorios: por un lado, la protección del interés de terceros que han contratado con la sociedad frente al eventual interés de los socios de oponer la nulidad de ésta a fines de deshacerse de esa obligación (situación ante la cual, se dice, la ley protege a los terceros) (59); y también la de aquella que

---

(58) CAMPOBASSO, G. F.; op. cit, p. 163, quien al referirse a las sociedades por acciones dice: “El ordenamiento no puede ignorar que la legalidad ha sido violada, pero la disciplina de la invalidez de los contratos no es, sin embargo, una sanción congruente... Mientras tanto el legislador no puede descuidar de dar respuesta a los delicados problemas que presenta la nulidad-disolución de un ente societario que ha operado hasta el momento como si lo hubiera válidamente constituido, emerge, por lo tanto, la exigencia de tutelar a los terceros que tuvieron relaciones de negocios con la sociedad; la exigencia ulterior es más general para salvaguardar la seguridad del tráfico y la certeza de las relaciones jurídicas de empresas; la exigencia, en fin, de consentir en lo posible, la conservación de la sociedad y de los valores productivos que ella significa”. En el mismo sentido ANGELICI, Carlo, “La società nulla”, Giuffrè, Milán, 1975, p. 116; BORGIOIOLI, Alessandro, “La nullità della società per azioni”, Giuffrè, Milán, 1977, p. 220; BOCCHINI, Ermanno; “I vizi della costituzione è la nullità della società per azioni”, Jovene, Napoli, 1977, pp. 12, 33 y 170; LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J: “La nulidad de la sociedad anónima”, prólogo de José Miguel Embid Irujo, Bosch, Barcelona, 1994, p. 26.

(59) COTTINO, Gastone; “Diritto Commerciale”, vol. 2, Padua, 1976, p. 556/60. Es importante destacar que entre tales terceros se encuentran los trabajadores, los clientes y los proveedores vinculados por contratos de larga duración: RACCIATTI, Hernán (h) y ROMANO, Alberto Antonio, “Nulidades societarias y mecanismos de subsanación (Reflexiones de lege lata y de lege ferenda)”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 626 y cita de la nota 1. ALBANESE, Antonio; “La nullità delle società di capitali e delle cooperative nel nuovo diritto societario”, cit., p. 1292. En una frase que encierra cierta crítica, D’ALESSANDRO (“La provincia del diritto societario inderogabile (ri) determinata”. Ovvero: esiste ancora el diritto societario?”), cit., p. 34 y ss., dice (punto 8, p. 38): “Está fuera de duda que la reforma, lo proclama ella misma a grandes voces, marcha y quiere marchar bajo la bandera de la autonomía privada. Ella se propone declaradamente favorecer la eficiencia y el libre desarrollo de la potencialidad de los empresarios del país, removiendo para ese fin todo obstáculo que no aparezca absolutamente necesario y premiando la *derègulation* más que el garantismo”. Después razona que, en realidad no se protege tanto a los terceros en general, cuanto a los inversores en los mercados de valores, por lo que la autonomía de la voluntad será la *padrona* de la sociedad cerrada (p. 39). Sostiene la posibilidad de instaurar un nuevo institucionalismo y la interpretación de que los nuevos textos contienen suficientes anticuerpos para esta enferme-

puede surgir, si se tratara propiamente de una *nulidad*, entre la consecuencia natural de darle efecto retroactivo, estimar como no nacida la personalidad moral o la de protección de los terceros que contrataron creyendo en la existencia de una sociedad válida (en cuyo caso la ley protege a esos terceros) (60). También se ha dicho que la norma derivada de la Directiva europea no protege a los acreedores de la sociedad en cuanto tales sino el interés que tiene toda comunidad en la conclusión de la mayor cantidad posible de negocios, de manera de influir confianza en los terceros de que van a ver satisfechos sus propios intereses aun cuando la sociedad fuese nula (61).

Se han expresado otros posibles fundamentos (62).

---

dad (p. 41). Destaca que el régimen comunitario ha reforzado (casi blindado) la estabilidad del acto constitutivo, lo que se extendió a casos de fusión y escisión (p. 43). ALBANESE, Antonio; “La nullità delle società di capitali e delle cooperative nel nuovo diritto societario”, cit., p. 1313, reitera ese concepto.

(60) GUYON, Yves; op. cit., p. 153, donde dice: “La sanción de las irregularidades de constitución pone al legislador frente a una alternativa, porque imperativos contradictorios deben ser conciliados... Es necesario dosificar con cuidado la severidad y la *souplesse* (flexibilidad)”. LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J: “La nulidad de la sociedad anónima”, cit., p. 76, se refiere al principio de protección de la apariencia jurídica, “sobre la base del reconocimiento de la existencia real de la sociedad nula, le garantiza la inalterabilidad de la validez de las obligaciones sociales, no obstante la nulidad de la sociedad”.

(61) GALGANO, Francesco; “La società per azioni”, en “Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia”, tomo VII, Cedam, Padua, 1984, p. 98. Refiriéndose a esta afirmación de Galgano, SÁNCHEZ CALERO, op. cit., p. 1015, dice: “Esta aguda observación no deja de parecerse artificiosa, pues de igual manera podría decirse que cualquier norma que tienda a proteger la seguridad del tráfico es un medio capitalista para multiplicar el número de negocios. Parece más sencillo el decir, que, interesa al ordenamiento jurídico tutelar el buen funcionamiento del mercado y proteger los intereses de quienes de buena fe actúan en el mismo”. ABRIANI, N. y otros; “Diritto delle società. Manuale Breve”, 2da. edición, Giuffrè, Milán, 2005.

(62) BOCCHINI, Ermanno; op. cit., p. 32/34 y ss, recuerda que “En cuanto al fundamento teórico de la solución propuesta falta acuerdo en la posición entre los estudiosos. La justificación teórica de la tutela de los terceros se atribuye así de tanto en tanto en la teoría publicística de la sanatoria del acto de reconocimiento o en aquella, también publicística, de la tutela de la confianza de los terceros en los documentos fundacionales, y también en la teoría de la sociedad de hecho. Y hay quienes también proponen el recurso de la teoría del socio aparente o de la interpretación según la buena fe de los contratos concluidos por la sociedad. Otros todavía se apoyan en la inscripción de la sociedad en el registro como declaración de voluntad o como fuente de responsabilidad objetiva; otros, en fin, proponen una teoría que se refiere a la posición teleológica de los intereses en juego. En particular, en la literatura italiana una autorizada doctrina propuso a fines de los años 30, y en el umbral de una nueva codificación, una construcción que hace residir el fundamento teórico de la estabilidad de los actos efectuados por la sociedad con los terceros en una relación de comunión entre los socios que resiste la declaración de nulidad del acto constitutivo y la existencia de un mandato con representación indirecta de los socios a los ad-

## 2. Libertad tipológica, libertad dentro del tipo y atipicidad

### 2.1. Tipicidad y libertad tipológica

Es doctrina corriente señalar que los tipos societarios admitidos por la ley constituyen un *numerus clausus* (63). Esto quiere decir, en principio, que sólo el legislador tiene la facultad (o se la arroga) (64) de identificar tipos legales y consagrarlos con rigidez (65). Por tanto, las partes no podrían crear nuevos tipos societarios (66), lo que significaría, también en opinión de la mayoría de la doctrina, una limitación al principio de *autonomía de la voluntad* (67).

---

ministradores". El autor se refiere hasta aquí a la doctrina anterior al código de 1942. Con relación al sistema instaurado por este último cuerpo legal y, eventualmente, por la Directiva Comunitaria, el autor concluye que: "En este contexto el principio de taxatividad de las causas de nulidad y su saneamiento de parte de la sociedad tutela los intereses del grupo de comando para la conservación de la empresa, mientras el principio de irretroactividad y la operatividad de las causas de nulidad como causa de disolución tutela los intereses de los socios singulares para la limitación de su responsabilidad no obstante la nulidad de la sociedad", p. 80. Antes había dicho que, en consecuencia, ambos principios no se basan en la tutela de los terceros ni a los socios singulares que ven reducida su posibilidad de impugnar el contrato, sino a los intereses del grupo dominante, p. 73 y ss.

(63) ROMERO, José Ignacio, "Notas sobre la tipicidad en derecho societario", cit., p. 376 y ss; HALPERIN, Isaac; "Curso de derecho comercial", Vol. I, Parte General. Sociedades en general, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 303 y 304; VANASCO, Carlos Augusto, "Sociedades comerciales", 1, Parte general, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 66 y 145/146. RICHARD, Efraín Hugo y MUJÑO, Orlando Manuel, "Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa", Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 53. Véase también FERNANDEZ DE LA GANDARA, loc. cit. en nota 32.

(64) MORENO HUEYO, Julio R., "Algunos comentarios sobre la ley de sociedades comerciales Nro. 19.550", LA LEY, 151-763, p. 764, critica que el legislador se atribuya la función exclusiva de reconocer tipos legales. Véase la "Exposición de Motivos de la Ley 19.550", supra punto II, 1.1. Un extenso análisis se realiza en: SCHILLER, Sophie "Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales" con prefacio de TERRÉ, François, L.G.D. 4, París, 2002.

(65) RICHARD, Efraín Hugo; "¿'Nulidad absoluta' de sociedad?", VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 645 y ss. y en "Nulidad absoluta" de sociedad", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 8, p. 267 y ss. En ambos casos al iniciar el punto 2 de su tratamiento se refiere a la "aparente rígida tipicidad imperante en la ley 19.550, con la sanción severísima de la nulidad (magüer el principio de conservación de la empresa)", p. 640 y 271, respectivamente.

(66) VERÓN, Alberto Víctor, "Sociedades comerciales. Ley 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada", tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 122.

(67) Entre otros SPADA, Paolo, "La Tipicità delle Società", Cedam, Padua, 1974, p. 95 y ss. FIALE, Aldo; "Le Società", Simone, Nápoles, 2005, p. 55. DI SABATO, Franco, "Autono-

En este campo de análisis pueden estudiarse distintas facetas. La primera consiste en considerar lo que muchos autores estiman como respeto al principio de autonomía de la voluntad, afirmando que, en realidad, los interesados tienen una serie de opciones (un “menú”) de tipos societarios, entre las que pueden elegir la que más se adecue a sus intereses. A esto denominamos “libertad tipológica”, bien que dentro de las alternativas ofrecidas por el legislador.

Una segunda vertiente de análisis, que sólo abordaremos en su enunciado, es la de considerar cuál es el elenco concreto de los tipos admitidos por el legislador (68). Además de los que se suelen crear para fines muy particulares mediante, a veces, leyes específicas, la doctrina debate si ciertas estructuras legales como la *sociedad irregular* o la *sociedad simple*

---

mia privata e tipicità delle società”; FOIS, Cándido, “L’ autonomía statutaria e i suoi limiti”, p. 107 y ss. y SACCHI, Roberto, “Autonomía statutaria, competizione tra ordenamenti e giurisprudenza comunitaria”, p. 157, todos en AFFERNI, Vittorio y VISINTINI, Giovanna; “Principi civilistici nella riforma del diritto societario. Atti del Convegno Imperia 26-27 settembre 2003”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 15. En contra MORENO HUEYO, Julio R., op. cit., p. 765 y 780, quien sostiene que la tipicidad rígida violenta la autonomía de la voluntad y este principio es superior. Un tratamiento actual del tema puede verse en GIORDANO, Domenico; “Le limitazioni all’ autonomia privata nelle società di capitali”, Giuffrè, Milan, 2006. ESPINA, Daniel, “La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general”, Marcial Pons, Madrid, 2003.

(68) Puede recordarse que en la moderna legislación italiana se admiten también variantes tipológicas entre el llamado sistema “monístico” y sistema “dualístico”. CARIELLO, Vincenzo; “Il Sistema Dualistico. Vincoli tipologici e autonomía statutaria”, Giuffrè, Milán, 2007. Recordamos el antecedente francés de la llamada *société anonyme à directoire*. Véase: BOUCOURECHLIEV, Jeanne; SERBAT, Henri; LEVI, Aristide; BOUYSSI, Michele; BASCHET, Dominique; “La pratique de la société a directoire”, LITEC, Paris, 1980; LE CANNU, Paul; “La société anonyme a directoire”, LGDJ, Paris, 1979. También importa una cierta desmitificación tipológica la ley italiana de 2003, leg. N° 6/2003 del 17 de enero de 2003, cuando admite los “patrimoni destinati ad uno specifico affare” y el “finanziamento destinato ad uno specifico affare”, art. 2447 bis a decies del Código Civil. GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo; “Il nuovo diritto societario”, 2da. edición, tomo I, “Le nuove società di capitali e cooperative”, en “Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’ economia”, dirigido por Francesco Galgano, vol. XXIX, Cedam, Padua, 2004, tomo segundo, p. 782 y ss., IAMICELI, Paola, “Unitè e separazione del patrimoni”, Cedam, Padua, 2003; D’ALESSANDRO, Florianio; “Patrimoni separati e vincoli comunitari”, en “Le società”, 2004, p. 1061; INZITARI, Bruno, “I patrimoni destinati ad uno specifico affare”, en Contratto e impresa, Cedam, Padua, 2003, p. 296; CALAFA, Antonio, “Il patrimonio destinato: profili lavoristicchi e fallimentari”, en “Riv. Dir. Fall.”, 204, 1, p. 704; TOSCA, Laura, “Patrimoni destinati: applicazioni pratiche” en “La riforma del diritto societario. Il parere dei tecnici tre anni dopo”, dirigido por Alessandro Danovi, Giuffrè, Milán, 2007, p. 169. LIBONATI, Berardino; “Diritto Commerciale. Impresa e società”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 323. LUPOI, Mauricio, “I patrimoni destinati ad uno specifico affare”, en AFFERNI, Vittorio y VISINTINI, Giovanna; “Principi civilistici nella riforma del diritto societario. Atti del Convegno Imperia 26-27 settembre 2003”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 121 y ss.

pueden identificarse como tipos legales o son simplemente soluciones para casos patológicos sin llegar a constituir un tipo (69). Similar cuestión surge respecto de la llamada “sociedad accidental o en participación” (70).

Finalmente, también se entiende dentro de la “libertad tipológica” la posibilidad de los particulares de migrar de un tipo societario a otro a través del instituto de la *transformación*, objetivo que se puede lograr, incluso, mediante la *fusión* de sociedades de distinto tipo (71) (en nuestro derecho la transformación está vedada a la sociedad cooperativa (72) y a las sociedades de estado) (73). Una situación particular se presenta en las sociedades con participación estatal mayoritaria (art. 308 a 314 de la LSC), que pueden convertirse en sociedad anónima común cuando el capital social mayoritario deje de pertenecer al Estado o entes estatales individualizados en el art. 308 (74), pero respecto de las cuales el art. 313 LSC prevé que esa conversión pueda ser vedada en el contrato de constitución, situación en la cual la enajenación de acciones que signifique la pérdida de la calidad de “sociedad anónima con participación estatal mayoritaria”, debe ser autorizada por ley. En alguna medida la “regularización” de la sociedad irregular importa la adopción de un tipo previsto por la ley (art. 22 LSC) (75).

---

(69) SAGGESE, Roberto M. A.; “Nulidad de sociedades constituidas en violación al principio de tipicidad”, en RDCO año 35, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 367 y ss.; ROMERO, José Ignacio; op. cit., p. 373, y también en ROMERO, J. I.; “Sociedades Irregulares y de hecho”, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 78. BARREIRO, Rafael, “Consideraciones sobre la personalidad de la sociedad de hecho”, RDCO, t. A., 1993, p. 398

(70) Sección IX, del Capítulo II de la LSC, arts. 361 a 366. ANAYA, Jaime; “Sociedades comerciales o en participación”, Cangallo, Buenos Aires, 1970, p. 87 y ss., y p. 191/2, especialmente conclusiones VIII y IX.

(71) OTAEGUI, Julio C., “Fusión y escisión de sociedades comerciales”, Ábaco, Buenos Aires, 1976, p. 55 y ss.

(72) Art. 6, ley 20.337 (Adla, XXXIII-B, 1506).

(73) Ley 20.705, art. 3 (Adla, XXXIV-C, 2018).

(74) Art. 312, LSC.

(75) Véase ETCHEVERRY, Raúl Anfal; “Nuestro sistema de Derecho Societario”, número extraordinario 50° aniversario revista LA LEY, 1985-E, 706 y ss. MARSILI, María Celia, “Sociedades Comerciales. El problema de la Tipicidad”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe - Buenos Aires, 2003, p. 55, relata que en la reforma de la ley 22.903 (Adla, XLIII-D, 3673) no se apeló a la transformación para la regularización de la sociedad irregular sino a este último instituto como típico y distinto de la transformación.

## 2.2. Libertad dentro del tipo

Se afirma que una segunda manifestación de la autonomía de la voluntad, aun dentro de un esquema de tipicidad estricta, lo representa la posibilidad de los socios de pactar cláusulas específicas que otorguen a la sociedad una conformación particular, siempre que se respete la tipología (76). Naturalmente, cuanto más flexible sea nuestra interpretación respecto de la tipicidad en nuestro derecho, más amplia será también esta admisión de cláusulas facultativas que permitan adaptar plásticamente la sociedad a las necesidades concretas de los socios y el interés social (77).

La *libertad tipológica* y la *libertad dentro del tipo*, que hemos analizado, se diferencian pues de la *atipicidad*. Pasamos, en consecuencia, a estudiar este último fenómeno en particular.

---

(76) Respecto de las cláusulas contradictorias o exuberantes por la omisión de cláusulas tipificantes, véase infra punto 3.1.4 y notas 95 y 96. Ciertos autores, por ejemplo FIALE, Aldo, op. cit., p. 56, llaman a estas cláusulas voluntarias o “cláusulas atípicas”, lo que nos parece no otorga una calificación propia y puede llevar a confusión. Id. CAMPOBASSO, op. cit., p. 45. ABRIANI, Niccolò, y otros, “Diritto delle società. Manuale Breve”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 28. ROVELLI, Luigi, “Autonomía estatutaria, contrattualizzazione e ruolo delle clausole generali”, en AFFERNI, Vittorio y VISINTINI, Giovanna; “Principi civilistici nella riforma del diritto societario. Atti del Convegno Imperia 26-27 settembre 2003”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 29 y ss. Véase también CHAPUT, Yves, “La liberté et les statuts”, *Revue des Sociétés*, 1989, p. 361 y ss.

(77) ODRIOZOLA, Carlos S., “Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social. Por que no?”, LA LEY, 2006-D, 1305. GAGLIARDO, Mariano, “Orden público societario y estatuto de sociedad anónima”, en RDPC 2000-1 “Sociedades Anónimas”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 65 y ss. Es interesante recordar lo dispuesto en el art. 10 del “Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas” (Real decreto legislativo 1564/89 del 22 de diciembre de 1989, publicado el 27 de diciembre del mismo año), que dice: “Autonomía de la voluntad. En la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima”. La frase se repite en el artículo 17, parte final, de la “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada” (ley 2/1995, del 23 de marzo de 1995). Sobre el tema véase DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.; “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”; en “Derecho de sociedades anónimas. I La fundación”, Estudios coordinados por Alberto ALONSO UREBA, Justino DUQUE DOMÍNGUEZ, Gaudencio ESTEBAN VELASCO, Rafael GARCÍA VILLAVERDE y Fernando SÁNCHEZ CALERO, Civitas, Madrid, 1991, p. 91 y ss., en el capítulo titulado “Los límites de la autonomía de la voluntad estatutaria”. Este autor llama libertad de configuración del contenido (*inhaltliche Vertragsfreiheit*) a lo que hemos identificado como “libertad dentro del tipo”. Véase también, para el derecho societario que emana de la reforma italiana de 2003: IBBA, Carlo; “In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili”, en I quaderni della Rivista di Diritto Civile, “Le grandi opzioni della reforma del diritto e del processo societario”, a cura di Giorgio Cian, Cedam, N° 4, Milán, 2004, p. 143 y ss.; y los trabajos también contenidos en esta obra, citados en la nota 51. En derecho francés: SCHILLER, op. cit. en nota 64, parte final, de la “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada” (Ley 2/1995, del 23 de marzo de 1995).

### 3. Atipicidad

El centro de nuestro trabajo estará destinado, en cuanto sigue, al análisis del fenómeno que el art. 17 LSC, primera parte, denomina *atipicidad*.

#### 3.1. Tipicidad

##### 3.1.1. Elementos para su caracterización

La ley no indica los parámetros según los cuales se juzgue la tipicidad. Solamente dice, como hemos visto, que es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley (art. 17, primera parte). Una primera aproximación está dada por el mismo artículo, en su segunda parte, cuando se refiere a la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante, en cuyo caso limita el posible efecto a la anulabilidad del contrato. De esto último se infiere que la primera hipótesis tiene referencia a los “requisitos tipificantes”.

La doctrina debate sobre cuáles serían, en consecuencia, los elementos tipificantes y cómo se los diferencia de aquellos otros que, aun siendo *esenciales*, no son *tipificantes*.

Un primer acercamiento, en el derecho nacional, surgiría de la contemplación de las reglas genéricas de los artículos 1 y 11 de la LSC (78),

---

(78) Art. 1: “Concepto. Tipicidad. Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.”; Art. 11: “Contenido del instrumento constitutivo. El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: 1) el nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios; 2) la razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad. Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscrita por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscrita; 3) la designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado; 4) el capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio; 5) el plazo de duración, que debe ser determinado; 6) la organización de la administración, de su fiscalización, y de las reuniones de socios; 7) las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción a los aportes. Si se prevé solo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa; 8) las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros; 9) las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.”

que identificarían los requisitos *esenciales* para la existencia de *sociedad*. A su vez, los requisitos *tipificantes* serían los que permiten reconocer en concreto la *clase de sociedad* que se está constituyendo y el respeto de las reglas particulares que permiten diferenciarla de los otros tipos.

Se ha dicho que podemos distinguir a este respecto reglas de “primer grado” y reglas de “segundo grado”. Las primeras serían aquellas que nos permiten calificar al negocio jurídico querido por las partes como constitutivo de una *sociedad*. Las segundas serían las que permiten identificar a la sociedad formada con uno de los *tipos* legales (79).

En general, la doctrina reconoce la ausencia de una enumeración taxativa legal, por lo que se requiere de la interpretación (80). Colombres (81) indica una serie de criterios que se han seguido para establecer la tipicidad, enunciando el criterio de la *responsabilidad de los socios*, el del *organicismo*, el de la *emisión de acciones* y la *representación de las partes*

---

(79) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; op. cit., p. 100 y ss. y 339 y ss. MARSILI, María Celia; “Sociedades Comerciales. El problema de la Tipicidad”, cit., p. 30-31. RICHARD, Efraín Hugo; “Nulidad absoluta” de sociedad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 8, p. 281. Idem RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel, op. cit., p. 49. COLOMBRES, Gervasio R.; “Curso de derecho societario. Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, quien en p. 162/163 dice: “La validez del negocio societario requiere el cumplimiento de una serie de exigencias imperativas en cuanto a su contenido. Unas resultan de requisitos jurídicos establecidos para la sociedad en general; otras derivan de peculiaridades técnicas caracterizantes para cada tipo societario; y las restantes tienen su origen en preceptos del derecho común referentes a las condiciones de validez de los negocios jurídicos”. SPADA, Paolo; “La Tipicità delle Società”, Cedam, Padua, 1974, p. 9, quien en nota 11 señala que la afirmación no es nueva, citando a ARCANGELI, Ageo; “Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia”, in Riv. Dir. Comm., 1905, I, p. 179 ss.; JUNYENT BAS, Francisco; “El nuevo régimen de la sociedad simple en el anteproyecto de ley general”, ED 209-869.

(80) HALPERIN, I.; “El régimen de nulidad de sociedades”, citado, p. 564. La doctrina italiana, sobre la base de tipos residuales (la sociedad simple para las de objeto civil y la sociedad en nombre colectivo para las de objeto comercial) admite que la sociedad aun no identificando un determinado tipo social, pueda calificarse dentro de estos residuales: Véase ABRIANI, Niccoló, y otros, “Diritto delle società. Manuale Breve”, 2da. edición, Giuffrè, Milán, 2005, p. 28. Véase infra nota 102. Compárese GIORDANO, Domenico; “Le limitazioni all’ autonomia privata nelle società di capitali”, Giuffrè, Milan, 2006, p. 97, en cuya nota 12 cita la crítica de ABBADESSA, quien dice “la tesis me deja, en verdad, perplejo, en cuanto no creo que la sociedad simple y la sociedad en nombre colectivo se puedan decir realmente desprovistas de una propia identidad negocial”.

(81) COLOMBRES, Gervasio R.; “Curso de derecho societario. Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 63 y ss.



*de capital* y concluye con un esquema para la clasificación de las figuras societarias en nuestro derecho (82).

Otaegui, otro de los autores que se ocupa del tema, estudia tres grandes fuentes de normas tipificantes, las primeras que hacen a la responsabilidad de los socios y su forma de integración (83); las segundas hacen a la manera en que se divide el capital y su instrumentación, así como la transmisibilidad de las partes sociales (84), y, finalmente, las terceras que hacen al funcionamiento orgánico de la sociedad (85).

---

(82) COLOMBRES, G. R.; op. cit., pp. 69/70, donde dice: "I. Sociedades en que la deuda (responsabilidad) de los socios puede exceder el aporte. A) Sociedades en que la deuda (responsabilidad) de cualquiera de los socios excede en forma ilimitada el aporte (obligación de garantía ilimitada y subsidiaria). (Autoorganicismo, salvo pacto en contrario). Sociedad colectiva (arts. 125 a 133). B) Sociedades en que la deuda (responsabilidad) de los socios en conjunto no excede el capital social. (Organicismo diferenciado y capital dividido en cuotas). Sociedad de responsabilidad limitada (arts. 146 a 162). II. Sociedades en que la deuda (responsabilidad) de alguno o de todos los socios no excede el aporte. A) Sin emisión de acciones. a) Autoorganicismo reservado a una categoría de socios pudiendo designarse un tercero. Sociedad en comandita simple (arts. 134 a 140). b) Autoorganicismo, salvo pacto en contrario. Sociedad de capital e industria (arts. 141 a 145). B) Con emisión de acciones. a) Autoorganicismo reservado a una categoría de socios, pudiendo designarse un tercero. Sociedad en comandita por acciones (arts. 315 a 324). b) Organicismo diferenciado. Sociedad anónima (arts. 163 a 307). Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (arts. 308 a 314). Cooperativa (ley 11.388). Sociedad de economía mixta (decreto 15.349/46)".

(83) OTAEGUI, Julio C.; "Invalidez de actos societarios", cit., p. 186, donde dice: "Los que hacen la responsabilidad de los socios ilimitada para el socio colectivo (LS, art. 125), el comanditado (LS, arts. 134 y 315) y el capitalista (LS, art. 141), limitada hasta la concurrencia de las ganancias no percibidas, para el industrial (LS, art. 141), hasta el monto del capital que se obligue a aportar para el comanditario en la comandita simple (LS, art. 134) hasta el monto de la integración de la totalidad de los aportes en dinero, así como la efectividad y valor asignado a la totalidad de los aportes en especie, para el cuotista (LS, art. 150), y hasta el monto de la integración de las acciones que suscriba, para el accionista (LS, arts. 163 y 315)".

(84) OTAEGUI, Julio C.; loc. cit., quien dice: "Los que hacen a la instrumentación de los aportes por partes de interés intransferible, como las del socio colectivo (LS, art. 131), la del comanditado (LS, arts. 139 y 323), la del capitalista y la del industrial (LS, art. 145), por cuotas libremente transmisibles, salvo restricciones contractuales como las del socio de la sociedad de responsabilidad limitada (LS, art. 154 in fine), pero con derecho de oposición y opción por parte de los consocios (LS, art. 152), y representados por acciones libremente transmisibles aunque con la posibilidad de limitaciones estatutarias como es el caso del accionista de la sociedad anónima (LS, art. 214) y de la comandita por acciones (LS, art. 316)".

(85) OTAEGUI, Julio C.; loc. cit. en nota anterior, donde dice: "Los que hacen al funcionamiento de la sociedad, sea mediante órganos obligatorios de gobierno, como generalmente se los denomina, o de disposición, de administración y de fiscalización, como es el caso de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada de veinte o más cuotistas con asamblea (LS, arts. 159 2° parte y 233), directorio (LS, art. 255), gerencia (LS,

La clasificación indicada, en general es seguida por los autores nacionales, con algunas líneas particulares (86). Debe señalarse que la doctrina europea continental se exhibe en otros módulos identificatorios de tipicidad, pero debe tenerse en cuenta que en ese ámbito de derecho los casos de nulidad se han restringido taxativamente, de manera que muchas desviaciones tipológicas, aún existentes, no producirán la nulidad (87).

De todas maneras, la imprecisión de la ley, que deja al intérprete y a la doctrina llenar sus contenidos, no brinda la mejor solución pues, como veremos enseguida, existen una cantidad de variables sobre interpretación y eventual subsanación de cualquier “requisito tipificante”, que, tal

---

art. 157), sindicatura o Consejo de Vigilancia (LS, arts. 158 in fine, 280, 283 y 284); mediante órgano de administración obligatorio, como es el caso de la sociedad de responsabilidad limitada de menos de veinte socios con gerencia (LS, art. 157) y de fiscalización optativa (LS, art. 158 1° parte); u obligatorios de disposición y de fiscalización, tal como en la sociedad en comandita por acciones con asamblea (LS, arts. 280, 283, 284, 316 y 320); o sea, sin órganos, tal como la sociedad colectiva (LS, arts. 55, 127 y 131), la sociedad en comandita simple (LS, arts. 55, 136 y 139) y la sociedad de capital e industria (LS, arts. 55, 143 y 145). En esta enumeración no se incluye la sociedad accidental o en participación por no estar sometida a requisitos de forma (LS, art. 361), que es el problema que nos ocupa. Por lo tanto, atentaría contra los referidos requisitos, tanto la omisión de una cláusula (v.gr., la constitución de una sociedad anónima sin directorio), como la inclusión de una cláusula repugnante (v.gr., la constitución de una sociedad colectiva con fiscalización mediante sindicatura)”.

(86) Entre otros MIGUEL, Jorge: “El régimen de invalidez de la sociedad comercial. Aspectos genéricos. Vicios en los elementos esenciales generales.” ED, 986 y ss.; ROMERO, José Ignacio; “Notas sobre la tipicidad en derecho societario”, en RDCO año 15, Delpalma, Buenos Aires, 1982, p. 383 y ss., donde pone especial énfasis en las notas que protegen los intereses jurídicamente tutelados, estudiando en particular las sociedades de personas y las sociedades por acciones y, dentro de cada una de ellas, precisa los elementos que hacen al interés de los socios y al interés de los terceros y su eficacia tipificadora. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; “Derecho Societario. Sociedades nulas, irregulares y de hecho”, cit., p. 247 a 250, N° 5 “Determinación de los elementos tipificantes”.

(87) CAMPOBASSO, op. cit., p. 35, indica una primera distinción sobre la base del fin perseguido por la sociedad pues algunos pueden ser mutualísticos (por ejemplo, cooperativa) mientras otros reposan en la división del lucro. Por otro lado, en Italia, la *società semplice* debe tener objeto no comercial, con limitaciones respecto de su publicidad, mientras que las demás pueden ejercer actividad comercial o no comercial. Posteriormente, estudia separadamente las sociedades de capital y de personas, destacando en las primeras la organización de tipo corporativo (asamblea, órgano de administración, colegio sindical), la aplicación del principio mayoritario y la limitación a los poderes del socio individual, así como la transferibilidad normal de las participaciones sociales. En las sociedades de personas no existe organización de tipo corporativo, admite la administración a cargo de los socios ilimitados y, en general, requiere conformidad de todos los socios para modificaciones significativas. IBBA, op. cit., p. 144, resalta que la nueva ley eliminó el vocablo “noción”, como rúbrica al primer artículo al tratar las S.A., S.C.A. y S.R.L., y en

como ha dicho la doctrina (88), cada caso deberá ser juzgado en su individualidad y de acuerdo con una serie de variantes que hagan a su comprensión unificadora, más allá de la simple enunciación o descubrimiento de alguna “omisión”.

Hasta aquí una descripción genérica de los “elementos tipificantes”. Pasaremos ahora a analizar los otros condicionantes a los que nos hemos referido.

### *3.1.2. Atipicidad originaria o producida por reformas al contrato social o a los estatutos*

El art. 17, primera parte, de la LSC, claramente indica que la atipicidad que afecta a la sociedad (*rectius*: al contrato social) es la que se produce en su *constitución*.

Esta observación nos sugiere una serie de comentarios:

a) Como ha analizado la doctrina nacional con amplitud, la sociedad existe como tal desde el contrato constitutivo (89), aun cuando se reconozca que “sólo se considera regularmente constituida con la inscripción en el Registro Público de Comercio” (art. 7, LSC) (90).

La atipicidad que provoca la “nulidad de la constitución de una sociedad” (art. 17, primer párrafo, LSC) podría interpretarse, en consecuencia,

---

p. 145 dice que “el estatuto legal de cada tipo societario está constituido por una *mélange* de disposiciones imperativas y disposiciones derogables, tradicionalmente prevalecientes las primeras en las sociedades de capital y las segundas en las sociedades de personas”, y dice que la nueva ley corre la línea de límite entre unas y otras.

(88) DI SABATO, Franco, “Autonomía privada e tipicità delle società”, en AFFERNI, Vittorio y VISINTINI, Giovanna; “Principi civilistici nella riforma del diritto societario. Atti del Convegno Imperia 26-27 settembre 2003”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 19, dice: “ahora bien, me parece que no es competencia del legislador atribuir la etiqueta de esencialidad a uno o a otro elemento de la sociedad o más exactamente en nuestro caso, de la organización que tiene origen en el negocio o en la ley. Se debe deducir que la calificación de esencialidad es confiada –como ocurre para la inexistencia de deliberaciones- a la competencia argumentativa de los estudiosos y a la elaboración de los jueces”.

(89) ROMERO, José Ignacio; “Notas sobre la tipicidad en derecho societario”, en RDCO año 15, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 379, en donde dice: “No existe dificultad en los autores en reconocer que la sociedad es tal a partir de la fecha del otorgamiento del contrato constitutivo”.

(90) ROMERO, op. cit. en nota anterior y sus notas 31 a 37.

como la que se ha plasmado en el contrato original (aun antes de su inscripción). Sin embargo, es evidente y hace al sentido común que al proceder al trámite de inscripción, las observaciones de la autoridad de contralor pertinente pueden llevar a que los interesados subsanen los defectos y de ello resulte una sociedad inscrita típica. Por lo tanto, debemos entender que la atipicidad a que se refiere el precepto, es la resultante en una sociedad que presenta un vicio aun después de su inscripción registral (91).

b) Si en una reforma del contrato o del estatuto, según el caso, se incorporan o se omiten circunstancias que permitieran calificar a la resultante como una “atipicidad” de las referidas en el art. 17, primera parte, LSC, esa reforma, aun inscrita, no importa la aplicación de la sanción de “nulidad” a la sociedad oportunamente constituida (92). En todo caso, la reforma podrá ser nula, ya sea total o parcialmente, y, en la medida respectiva, aplicarse el estatuto o contrato social originario. No compartimos el criterio que afirma que si la resultante de una reforma es una sociedad con gruesa atipicidad, la reforma en ese caso cause la aplicación del art. 17, LSC (93).

### 3.1.3. La atipicidad “de hecho”

Se ha estudiado la posibilidad de que una sociedad típica, al desarrollar su actividad, lo haga apartándose del funcionamiento normal de sus elementos tipificantes. Se ha dado en llamar a este fenómeno la “atipicidad de hecho” (94). Nosotros creemos que la tipicidad o atipicidad *surgen del contrato constitutivo (originario) inscripto* y, por tanto, la falta de cumpli-

---

(91) Por tal razón, en el derecho comparado se suelen diferenciar como causales de “nulidad”, algunas que se refieren al contrato constitutivo y otras que tienen relación con el proceso de constitución. Como recordamos, entre nosotros, los aspectos formales de documentación, publicidad e inscripción, dan lugar a una causal de irregularidad y no de “nulidad”.

(92) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; op. cit., p. 251/256, quien analiza distintos supuestos de interés como la aplicación de ciertas normas especiales de acuerdo con la actividad societaria.

(93) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; op. cit., p. 253. NISSEN, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales”, 2da. edición, Ábaco, Buenos Aires, 1993, p. 204, admite que las reformas estatutarias posteriores a la constitución o al acaecimiento de otras alternativas de los organismos colegiados puede constituir a la sociedad en atípica.

(94) NISSEN, Ricardo A.; “La nulidad por atipicidad”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 673 y ss.

miento de ese contrato o de las normas legales en el funcionamiento societario, no convierte a la sociedad en atípica y, mucho menos, en sociedad irregular, con las consecuencias que pueden tener estas caracterizaciones (todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren surgir de tales actos).

#### 3.1.4. Cláusulas contractuales: omisiones, exuberancia, incompatibilidades

La atipicidad puede estar configurada por la inserción de cláusulas incompatibles entre sí y con relación a un determinado tipo social; cláusulas que corresponden típicamente a otro tipo social u omisiones de cláusulas identificatorias del tipo.

Hemos de presentar, más adelante, una tesis sobre la interpretación del contrato social a los fines de determinar la solución aplicable en estos casos que, desde ya anticipamos no es, en todos los casos, la de la “nulidad” del art. 17, primera parte, LSC.

La lectura del art. 17, segundo párrafo, si se la deseara como interpretativa e integradora del primer párrafo del mismo, pareciera llevar a la conclusión de que los supuestos previstos en el artículo provienen exclusivamente de *omisiones*. Sin embargo, los otros supuestos que hemos enunciado también podrían ser considerados causantes de atipicidad societaria en alguna interpretación (95): por ejemplo, cuando se prevé la representación del capital en acciones en una sociedad colectiva (96).

---

(95) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., op. cit., p. 245 y ss. ZAVALA, Jorge A., “Apuntes sobre el régimen de la nulidad en la ley de sociedades comerciales”, ED 49-933, quien, dice que: “la ausencia de la designación del objeto en general no afecta al tipo, o que algunas de la cláusulas contenidas en el art. 11 pueden ser considerados elementos típicos de la sociedad”.

(96) En el caso “Cereales Magdalena SRL s/ Quiebra c. Ianover, R. y Otros s/ Ordinario”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, el 6 de junio de 2001, declaró inaplicable la cláusula de responsabilidad de los socios de una SRL que les imponía nuevos aportes para satisfacer deudas en caso de liquidación y, por tanto, la entendió incompatible con el tipo social cuando la sociedad ya estaba fallida, con nota de MOLINA SANDOVAL, Carlos A.; “De la tipicidad societaria en un conflicto supuesto de liquidación de la sociedad comercial”, ED, 197-354. Sobre el mismo tema, en la doctrina y jurisprudencia italiana, se admite que en las sociedades de responsabilidad limitada es inaplicable una cláusula que prevea ulteriores aportes indeterminados: El punto fue tratado con amplitud por SPADA, Paolo; “La Tipicità delle Società”, Cedam, Padua, 1974, p. 52 y ss., recordando que, de todas maneras los socios podrían garantizar libremente las deudas socia-

### 3.1.5. Criterios interpretativos

#### A) Interpretación restrictiva

En tanto, según el art. 17, primera parte, LSC, la atipicidad provoca la “nulidad de la constitución de la sociedad”, es evidente que la interpretación no puede sino ser restrictiva. Esta regla genérica de interpretación contractual (97) se ve reforzada por lo que dispone el art. 218, inc. 3º, del Código de Comercio (98).

Es decir, que si la causa de atipicidad puede solucionarse por aplicación de normas generales o específicas, mientras no desnaturalicen la intención de las partes o reglas inderogables, debe hacerse primar este “salvataje” del contrato (que, además, es el salvataje de la sociedad, como sujeto de derecho y soporte jurídico de la empresa).

---

les y, admite que convencionalmente en el contrato se prevean aportes futuros, siempre que su monto esté determinado. En jurisprudencia la Corte de Casación, 23 de febrero de 1984, Caso 1296 en *Giurisprudenza Commerciale*, 1984, 2-709, con nota de MENGHI. En el moderno derecho italiano, después de la reforma de 2003, la doctrina propicia la solución consistente en la recalificación de la sociedad: GIORDANO, Domenico; “Le limitazioni all’ autonomia privata nelle società di capitali”, *Giuffrè*, Milan, 2006, p. 154 y ss. El autor cita en la nota 104 algunos fallos vinculados al tema, y en la nota 106 recuerda la citada sentencia de la Corte de Casación del 23 de febrero de 1984, número 1296, ya entonces en el sentido de la recalificación. DI SABATO, en AFFERNI, Vittorio y VISINTINI, Giovanna; “Principi civilistici nella riforma del diritto societario. Atti del Convegno Imperia 26-27 settembre 2003”, cit., p. 23/4, cita este último fallo e indica que ha sido seguido de importante debate doctrinario y menciona como una posible variación de esa doctrina un caso de la Casación del 19 de febrero de 2003 N° 2491, donde sanciona la nulidad de la cláusula que, en las relaciones internas entre los socios, preveía la participación ilimitada en las pérdidas de los socios comanditarios.

(97) SÁNCHEZ CALERO, Fernando; “La sociedad nula”, en “Derecho de sociedades anónimas. I La fundación. (Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba y otros)”, Civitas, Madrid, 1991, p. 1018, dice: “Estas cautelas legales pienso que sirven, además, para darnos un criterio interpretativo de las causas que la propia Ley enuncia. Tal criterio es que tales causas deben ser interpretadas de forma restrictiva, no ya simplemente por el criterio genérico de la conservación del negocio, sino, de modo específico, porque los artículos 34 y 35 nos descubren la voluntad inequívoca de la Ley de restringir al máximo la relevancia jurídica de los vicios de la fundación de la sociedad anónima. Todo ello por la razón de política jurídica ya enunciada de consentir que tras la fundación de una sociedad anónima surjan unas personas jurídicas capaces de actuar en un gran mercado y que es preciso vacunarlas contra determinadas carencias, precisamente para proteger a los terceros, cada vez mas numerosos y frecuentemente lejanos”.

(98) “Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad”. La interpretación restrictiva en materia de

Militan en esta concepción varias causas, que sintéticamente se pueden exponer así:

a) *El artículo 218 del Código de Comercio*, brinda especial apoyo a este criterio. Sin necesidad de exhaustividad, recordamos que el inc. 1 otorga primacía a la *intención común de las partes* por sobre la ambigüedad de las palabras; el inc. 2 resuelve el caso de las *cláusulas equívocas o ambiguas*, que deben interpretarse según los *términos claros y precisos de otras partes* del contrato, prefiriendo el *contexto general* de éste; el inc. 3 es fundamental, porque da prelación, en caso de cláusulas susceptibles de dos sentidos, a la que otorga *validez* al acto y no a la que propicia su nulidad, estableciendo que si las dos dan validez al acto, se preferirá aquella que convenga a la *naturaleza de los contratos y a la equidad*. Parece bastante clara la conclusión del carácter restrictivo de la interpretación de la atipicidad, pues de lo contrario se favorecería la nulidad establecida por el art. 17, 1° parte, de la LSC.

Por lo tanto, si es clara la intención de las partes de optar por determinado tipo societario, aun cuando exista oscuridad en alguna cláusula o incluso incompatibilidad de otra con el tipo (99), el intérprete no puede pres-

---

nulidades, en el derecho europeo, ha sido llevado a un extremo por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (CJCE, 6ta, Cámara, 13/11/1990, caso 106/89) en el asunto *Marleasing S.A. c/ Comercial Internacional de Alimentación* (Revue des Sociétés, 1991 N° 3, p. 532 y ss. con nota de CHAPUT, Yves, "Absence d'annulation d'une société anonyme dont l'objet réel est illicite"), en el cual invocándose un fraude en la constitución de la sociedad y su desempeño posterior ilícito, estimó que la interpretación de las causales de nulidad previstas por la Directiva 68/151/CEE, debe ser restrictiva y, por tanto, cuando se habla de la nulidad del objeto, se refiere al objeto estatutario declarado y no al objeto del acto jurídico constitutivo de sociedad ni a la actividad posterior de ésta. Véase también GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio; "Consideraciones en torno a la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas en materia de sociedades", en "Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells", tomo II, La Ley, Madrid, 1994, p. 943 y ss., en cuya nota 30 relata los hechos de esa causa. En sentido análogo al del texto, ALBANESE, op. cit., p. 1295/6; ANGELICI, Carlo, "La società nulla", Giuffrè, Milán, 1975, p. 1296. Véase también, en contra de lo expresado en el texto: HADDAD, Jorge Raúl, "Una apostilla: Numerus clausus, interpretaciones restrictivas, y la cuadratura del círculo", VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Santa Fe, Octubre de 2001, p. 303 y ss.

(99) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G.; op. cit., pp. 246/247 dice: "No existirá una sociedad atípica por el mero hecho de que se haya incluido, en una sociedad que encuadra en un tipo determinado, un elemento aislado incompatible con tal tipo. Si puede determinarse cuál es el tipo elegido -determinación en la que puede jugar un papel importante la elección expresa del tipo-, la consecuencia de la inclusión de ele-

cindir de la totalidad del contrato que tiene a la vista para sólo valerse de una cláusula desencajada o vagante, para “anular” la sociedad (100). Lo lógico es, eventualmente, integrar esa cláusula al contrato, y de resultar incompatible, declarar su ineficacia (101).

b) *El artículo 219 del Código de Comercio*, a veces no apreciado en toda su dimensión, permite *integrar* el contrato incompleto (102), de acuerdo con las cláusulas de uso y práctica, lo que sin duda será lo más frecuente en casos de omisión de cláusulas tipificantes. En consecuencia, si la conclusión sobre la cláusula omitida es absolutamente clara y unívoca, no parece que el juez deba inclinarse por la “nulidad” por atipicidad de la sociedad sino por la aplicación de esta regla de derecho de utilización natural y supletoria (103), integrando el contrato.

---

mentos aislados incompatibles será la anulación de tales elementos, por aplicación del artículo 1039 del Código Civil. La atipicidad sólo se configura cuando el apartamiento respecto de los tipos legales es tan amplio que no es posible llegar a algún tipo concreto sin una reconstrucción total del contrato, o bien cuando los elementos atípicos son inescindibles del contrato, según lo prevé el citado artículo 1039. Así, por ejemplo, si se constituye una sociedad que reúne todos los elementos de una sociedad anónima, pero que prevé la responsabilidad solidaria de sus socios, en violación a los requisitos del tipo, la sociedad no será atípica, sino que corresponderá anular la cláusula de responsabilidad viciada, quedando entonces los socios sujetos a las reglas del tipo en materia de responsabilidad”.

(100) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G.; op. cit., pp. 246/247.

(101) Como ocurre con las estipulaciones nulas del art. 13 de la LSC. Véase FERRARA, Francesco (jr) y CORSI, Francesco, “Gli imprenditori e le società”, III: edición 2006, Giuffrè, Milán, p. 394; donde se dice que si un socio incorpora una “hacienda” y la casa de comercio (ditta), cabe presumir que la voluntad es llevar su nombre comercial como denominación de la sociedad y el objeto de ella como objeto social. ALBANESE, op. cit., p. 1306.

(102) ALEGRIA, Héctor, “La interpretación de los contratos en el derecho argentino”, en “Tratado de la interpretación del contrato en América Latina”, dirigido por Carlos Alberto SOTO COAGUILA, tomo I, Grijley, Universidad del Externado y Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007, p. 51 y ss., especialmente punto 9, p. 103 y ss., y sus remisiones. El trabajo fue también publicado en *La Ley* 2005-E, 952 y ss. Véase también, CAMPOBASSO, op. cit., p. 44, donde señala que la elección de un tipo societario no es condición para la válida constitución de la sociedad, pues en tal caso debe recurrirse a los regímenes “residuales”: la sociedad simple si el objeto es civil y la sociedad en nombre colectivo si es comercial.

(103) Por ejemplo, si en una sociedad anónima se hubiera omitido decir que el capital se representaba en acciones: es evidente que no queda otra conclusión, aun en caso de silencio, que la representación debe ser instrumentada de tal manera. Véase CAMPOBASSO, op. cit, p. 46, con cita de autores y jurisprudencia en sentido conforme.



c) La doctrina de la *conservación del acto jurídico*, que se prolonga hacia la de la *conservación del contrato* (104) y llega —con sus propios matices— a la de la *conservación de la empresa*, claramente propician soluciones conservatorias del acto constitutivo y de la sociedad resultante, cuando esto puede hacerse por aplicación de los criterios referidos, tutelando el *intento práctico* de las partes y el del legislador.

d) Hasta ahora hemos hecho referencia a criterios generales interpretativos, pero pueden agregarse otros: aun cuando los jueces no pueden juzgar sobre la conveniencia de las leyes, es claro que su *finalidad* y la *necesaria adecuación a los tiempos*, ameritan que se atenúen los extremos nulificantes de ciertas conductas, cuando la sanción resulta exagerada, de lo que deviene que ésta se aplique sólo en casos en los que esa sanción resulte la *ultima ratio* para restablecer la coherencia del ordenamiento en su integridad (105). Más adelante señalaremos algunos aspectos referidos a la buena fe y su protección.

### B) Irregularidad y atipicidad, deslinde

Si estamos a lo que surge de textos legales concretos nos encontramos ante cinco casos típicos para identificar la sociedad típica y regular; la sociedad atípica y la sociedad irregular. La delgada línea interpretativa que divide las situaciones de *atipicidad* con las de *irregularidad* societaria también ha sido motivo de diversas opiniones en la doctrina. No es el

---

(104) ALEGRIA, Héctor, “La interpretación de los contratos en el derecho argentino”, en “Tratado de la interpretación del contrato en América Latina”, cit., punto 7, y sus remisiones, p. 101 y ss.

(105) GUYON, Y.; op. cit., p. 154/155, dice: “Las violaciones de otras disposiciones, aun imperativas del Código Civil o de la ley del 24 de julio de 1966 no son generadoras de nulidad: duración excesiva, capital inferior al mínimo, ausencia de un órgano esencial, etcétera, simplemente las cláusulas de los estatutos que tiene un carácter irregular se reputan no escritas... Las causales de nulidad propias del derecho de sociedades son, por tanto, de todas maneras excepcionales”. Debe recordarse que el autor escribe en el derecho francés, donde existe un elenco taxativo de casos de nulidad que no comprende lo que menciona en este párrafo. También es cierto, como decía HALPERIN, que debe manejarse con cuidado la referencia a derechos externos que tienen principios distintos, pero no dejará de llamar la atención que el autor francés se refiera a la “ausencia de un órgano con relación a esencial”. Se reafirma así nuestra idea sobre la posibilidad de integración del contrato social de conformidad con el art. 219 del Código de Comercio, aun con relación a cláusulas esenciales tipificantes, cuando la interpretación resulte suficiente del contexto. Véase también al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G.; op. cit., pp. 246/247; y RACCIATTI, Hernán (h) y ROMANO, Alberto Antonio, “Nulidades societarias y mecanismos de subsanación (Reflexiones de lege lata y de lege ferenda)”, cit., ambos en el sentido del texto.

lugar de un desarrollo extenso, pero lo que digamos posiblemente nos lleve a compartir con LE PERA (106) su opinión en el sentido que el sistema sobre estos puntos configura *una incongruencia*. Podemos ejemplificarlo en el siguiente cuadro:

|          | <b>INSTRUMENTACIÓN<br/>Y REQUISITOS<br/>DEL TIPO</b> | <b>REQUISITOS<br/>FORMALES Y<br/>REGISTRACIÓN</b>   | <b>CALIFICACIÓN</b>   |
|----------|--|---|---|
| <b>1</b> | Sin instrumentación<br>(de hecho)                    | Sin cumplir requisitos<br>formales y registración   | Irregular si tiene<br>objeto comercial<br>(art. 21, 1° parte LSC) |
| <b>2</b> | Instrumentada, con<br>cumplimiento del tipo          | Sin cumplir requisitos<br>formales o registración   | Irregular<br>(art. 21, 2° parte LSC)                              |
| <b>3</b> | Instrumentada, con<br>cumplimiento del tipo          | Con requisitos formales y<br>registración cumplidos | Típica y regular  |
| <b>4</b> | Instrumentada, sin<br>requisitos del tipo            | Con requisitos formales y<br>registración cumplidos | Atípica<br>(art. 17 LSC)  |
| <b>5</b> | Instrumentada, sin<br>requisitos del tipo            | Sin requisitos formales<br>o registración           | ???   |

a) Se advierte enseguida que si el primer caso es de irregularidad (sociedad de hecho) y el identificado con el N° 5 se la considerara atipicidad, la sanción de la *nulidad* para este último aparece como inarmónico. En efecto, una sociedad sin ninguna instrumentación tendría un mejor tratamiento (irregularidad) que una sociedad con una instrumentación insuficiente (nulidad por atipicidad) (107). Por eso, nos parece que la respuesta al caso

(106) LE PERA, Sergio; "Joint Venture y Sociedad", Astrea, Buenos Aires, 1984, en el trabajo allí incluido "Ley de sociedades y dogma jurídico", p. 221, originariamente publicado en Información Empresarial, 1976, N° 96 y 99.

(107) FARINA, Juan M.; "Tratado de sociedades comerciales. Parte general", Zeus, Rosario, 1978, pp. 319/320, dice: "La única excepción a este principio (n. del autor: la atipicidad) se da en las sociedades de hecho, es decir, no instrumentadas, las que, pese a hallarse al margen de todo tipo, el art. 21 no las declara nulas sino sociedades irregulares. En cambio, si la sociedad irregular está instrumentada pero no responde a uno de los tipos previstos, pasa de irregular a ser nula (art. 21 y 17), lo cual nos parece excesivo y contradictorio". Agregando después: "La sanción de la ley es rigurosa y contradictoria. Rigurosa porque en base al principio de la conservación de la empresa podría haberse considerado un supuesto más de irregularidades o por lo menos de nulidad relativa en vez de nulidad absoluta. Contradictoria porque la ley no declara nula sino irregular a la sociedad de hecho que, por ser tal, no cumple con ningún requisito ni tipificante ni no tipificante. Esta con-

identificado como N° 5 es que a una sociedad que responde a esos caracteres, se la debe considerar como una sociedad irregular (108). En nuestra ley, en una norma también exagerada, se establece que en caso de irregularidad, no podrá aplicarse el contrato social entre los socios ni frente a terceros (art. 23). Por tanto, en el caso que estamos analizando si la sociedad ha tenido una instrumentación atípica (que lo será en la generalidad de los casos y lo es de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia), si ese contrato es ineficaz e inoponible respecto de socios y terceros (109), no se advierte cómo la mera existencia de un instrumento prácticamente inútil, sin embargo, tenga el efecto mágico de mutar la

---

tradición se pone más en evidencia si se pretende extender el art. 17 a las sociedades irregulares instrumentadas: En efecto, si existe un documento constitutivo que adolezca de vicio en algún elemento tipificante, más vale romper dicho documento con lo cual se pasará de la nulidad absoluta a la simple irregularidad". En contra, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G.; op. cit, pp. 242/243, dice: "Otro obstáculo a la posibilidad de constituir sociedades atípicas estaría dado por el hecho que, frente a los defectos que por hipótesis presentan tales sociedades, las mismas no serán registradas, lo cual las convertiría en irregulares. El obstáculo no es tal, sin embargo. Una sociedad irregular, según las define el artículo 21 de la LSC, es una sociedad de tipo autorizado que no se constituye regularmente, entendida tal regularidad como el cumplimiento con los requisitos formales del tipo societario elegido, y particularmente el registro. Por lo tanto, el hecho de que una sociedad atípica no sea inscripta —como será normalmente el caso— no la convierte en irregular, por cuanto por hipótesis tal sociedad atípica no habrá sido constituida con un tipo autorizado, como se exige para las sociedades irregulares. También difiere el concepto de sociedad atípica del de sociedad de hecho. Puede argumentarse que ésta carece de tipo, carencia que sería la consecuencia necesaria de la falta de instrumentación que la caracteriza. La cuestión es esencialmente semántica, por cuanto es claro, bajo el régimen de la LSC, que las sociedades de hecho están sujetas a un régimen distinto que el dispuesto para las sociedades atípicas. Sociedades atípicas y de hecho son conceptos mutuamente excluyentes, por cuanto sólo mediante su instrumentación fuera del marco propio de los tipos legales una sociedad se convierte en atípica".

(108) Compárese FARINA, Juan M.; op. cit. en nota anterior; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; "Sociedades Irregulares y de Hecho", Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 135, nota 431; HALPERIN, Isaac; "Sociedades Comerciales. Parte General", Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 157 y ss; PIANTONI, Mario A.; "Sociedades de hecho e irregularmente constituidas civiles y comerciales", Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1979, p. 24 y ss; en contra ROMERO, José Ignacio; "Sociedades Irregulares y de hecho", Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 29 a 35, quien resumidamente dice: "Mediando atipicidad no cabe hablar de regularidad, y menos aún de irregularidad"; también RICHARD, Efraín H., ESCUTI (h), Ignacio A. y ROMERO, José I.; "Manual de derecho societario", Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 77. Compárese NISSEN, Ricardo A.; "Sociedades irregulares y de hecho", 2da. edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, especialmente p. 28 y ss.

(109) ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; "Sociedades Irregulares y de Hecho", Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 208 y ss.; HALPERIN, Isaac; "Curso de derecho comercial", Vol. I, Parte General. Sociedades en general, cit., p. 330 y ss.; ROMERO, José I.; "Sociedades Irregulares y de hecho", Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 132 y ss.; NISSEN, Ricardo A.; "Sociedades irregulares y de hecho", 2da. edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 87 y 100.

calificación de la sociedad de irregular a atípica, con las graves consecuencias que significa esta última calidad.

b) La doctrina afirma, en el derecho comparado, que los casos de nulidad —con las modificaciones legislativas recientes— pasan a ser un supuesto casi teórico y de escuela, sin perjuicio de señalar que en la práctica son pocos los casos que han llegado a los tribunales (110). También en Argentina los casos de nulidad por atipicidad son infrecuentes. Esto pues, entre nosotros, quedaría reducido a los supuestos en los cuales existe incumplimiento de los requisitos tipológicos, pero se han cumplido los formales. La doctrina reflexiona que estos casos serían muy poco habituales, atento a que la necesidad de registración de las sociedades regulares —y los controles que eso mismo significa— haría poco probables estos defectos. Claro está que debemos recordar que en nuestra legislación la registración no es sanatoria y, por tanto, los vicios de constitución podrían objetarse aun después de inscripta la sociedad (111).

---

(110) MALTONI, Marco, en MAFFEI ALBERTI, “Il nuovo diritto delle società”, tomo I, Cedam, Padua, 2005, p. 81; SÁNCHEZ CALERO, Fernando; “La sociedad nula”, en “Derecho de sociedades anónimas. I La fundación. (Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba y otros)”, Civitas, Madrid, 1991, p. 1016, quien dice: “La limitación de causas de nulidad de una sociedad inscrita establecida por la vigente Ley hace prácticamente inatacable el acto constitutivo de una sociedad anónima, cuando ha pasado, como sucede en España, por el doble filtro del notario y de la calificación del registrador mercantil. A estos efectos me permito hacer la siguiente observación. Si en el período de vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hasta el momento presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, creo que sólo existen dos casos de nulidad de la constitución de una sociedad anónima, en el futuro, bajo la vigencia de la nueva Ley, va a ser ciertamente aún mucho más difícil que se produzca algún caso de nulidad”. GUYON, Yves, op. cit., afirma que la nulidad de sociedades comerciales es excepcional. Id. PALMIERI, Gianmaria, “La nuova disciplina della nullità della società per azioni”, en Rivista delle Società, año 48, Julio-Agosto 2003, fascículo 4, Giuffrè, Milán, 2003, p. 846 y ss; ALBANESE, op. cit., p. 1300.

(111) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h); “El Registro Público de Comercio y las inscripciones societarias”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 133 y ss., especialmente p. 140; y “Derecho Societario Registral”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 168, y doctrina conforme. En otros países se afirma el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Público de Comercio: así en Italia a partir de la norma del art. 2331 del Código Civil: ROMANO PAVONI, op. cit., p. 543 y amplia doctrina mencionada en la nota 55, mientras en la siguiente, en contra cita a FRÈ, Giancarlo, “Società per azioni” en el “Commentario del Codice Civile” de SCIALOJA y BRANCA, p. 74. Para el moderno derecho véase TASSINARI, Federico en MAFFEI ALBERTI, “Il nuovo diritto delle società”, tomo I, Cedam, Padua, 2005, p. 65 y ss., y la exposición del tema en ambas vertientes en ALBANESE, op. cit., p. 1309 y ss., y notas 39 y 40. Tanto en su redacción original como en la actual el primer párrafo del art. 2331 dice: “Con la inscripción en el Registro la sociedad adquiere la personalidad jurídica”. Como recordamos, el art. 7 de la LSC dice: “La sociedad solo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”, lo que puede marcar la diferencia doctrinaria. Sin embargo el carácter constitutivo de la sociedad no aparece como sanatorio de los vicios, sobre todo, los referidos a la capacidad y el consentimiento: ROMANO PAVONI, op. cit., p. 609 y siguientes con cita de la opinión de la doctrina Suiza.

En consecuencia, aplicados los criterios interpretativos y de integración que ya hemos enunciado (ver *supra* 3.1.5. A), restaría imaginar como atípica a alguna sociedad inscrita. Ese raro caso sería el de creación “de un tipo de sociedad totalmente inusitado y extravagante, que no responda ni por nombre ni por caracteres organizativos a ningún modelo legislativo” (112), que no supere ninguno de los tests de interpretación e integración estudiados y, además, haya obtenido inscripción registral.

### III. “Nulidad” por atipicidad

#### 1. Aproximación al tema

La identificación de la llamada “sanción” para casos de atipicidad como “nulidad” ha motivado justificadas críticas de la doctrina (113). El maestro español SÁNCHEZ CALERO estima que debe revisarse el “rótulo” de nulidad pues puede tratarse de un fenómeno que afecte el proceso de fundación y sólo mediatamente a la sociedad como ente (114). Se ha dicho que

---

(112) CAMPOBASSO, op. cit., p. 46. Véase FIALE, Aldo, op. cit., p. 56, quien cita el debate doctrinario entre quienes afirman que por vía residual debe aplicarse la disciplina de los tipos llamados elásticos (sociedad colectiva o sociedad simple) según la comercialidad o no del objeto social, mientras que otra autorizada doctrina dice que si no se dan los requisitos que identifiquen el *nomen iuris* de una sociedad debe declarársela nula. Compárese HADDAD, Raúl Jorge, “Una apostilla hermenéutica: la nulidad por atipicidad”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 677 y ss.

(113) Entre nosotros, por ejemplo, CÁMARA, Héctor, “Derecho Societario”, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 123; NISSEN, Ricardo A.; “Breves estudios sobre el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales. Primera Parte: el nuevo concepto de sociedad comercial”, ED 209-1050 y “Breves estudios sobre el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales. Segunda Parte: regularidad e informalidad societaria”, ED 211-715; del mismo autor “Necesidad de reformular el régimen de nulidad de las sociedades comerciales”, V Congreso Argentino de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Advocatus, Huerta Grande, Córdoba, 1992, p. 674 y ss.; FARINA, J. M.; op. cit., p. 320; SALERNO, Marcelo U.; “La invalidez societaria ante la realidad económica”, en RDCO año 21, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 749 y ss. En sentido contrario puede considerarse la opinión de SUÁREZ ANZORENA, Carlos y VEIGA, Juan Carlos; “El proyecto de unificación y el universo jurídico societario”, La Ley, 1987, p. 993 y ss, quienes hablan del desgarramiento de la atipicidad, bien que refiriéndose al Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987.

(114) SÁNCHEZ CALERO, Fernando; “La sociedad nula”, en “Derecho de sociedades anónimas. I La fundación. (Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba y otros)”, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1011-1012, dice: “La primera observación que podemos hacer es poner en cuestión el rótulo de esa sección (“nulidad de la sociedad”) y de paso el de mi intervención. Porque lo primero que deberíamos saber, es si nos encontramos ante una verdadera nulidad, o simplemente

el tema que hemos de abordar “es uno de los Cabo de Hornos que los juristas han podido doblar sólo después de grandes esfuerzos y múltiples vacilaciones; vacilaciones que, en buena parte, subsisten aún hoy y hacen difícil una feliz conclusión de la aventura” (115). Nuestra doctrina también señaló, en la voz autorizada de CÁMARA, que el “vicio de nulidad de las sociedades, tema que casi no contemplaron el Código de Comercio y el Código Civil —salvo algunas excepciones del último— constituye una cuestión polémica, altamente disputada, ya que resulta disvaliosa por los plurales trastornos prácticos que ocasiona” (116). Se abre un panorama muy interesante de reflexiones.

---

ante unos vicios que afectan al propio proceso de su fundación y que sólo de una manera indirecta o mediata afectan a la sociedad que nace como consecuencia del acto constitutivo, cuya naturaleza contractual a pesar de algunas opiniones en contra, pienso que puede mantenerse. Quizá se estime que estamos ante un juego de palabras intrascendente, pero me parece que no debemos olvidar el consejo que nos daba el maestro GARRIGUES, cuando nos decía que el Derecho ‘es ciencia y arte al mismo tiempo, y al ser arte exige claridad en el jurista, pues siendo el Derecho el arte de trazar límites, no puede existir el límite más que cuando sea claro’. ... Por consiguiente, como primera observación preliminar, parece admisible que pongamos en cuestión, que, a la vista del artículo 35 de la Ley, estemos ante una verdadera nulidad, ya que los efectos de la sentencia que declara la nulidad son relativamente benévolos”; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.; DÍAZ MORENO, Alberto; “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, tomo III, “Fundación de la sociedad anónima”, vol. 2º, “Nulidad de la sociedad” (Artículos 34 y 35 LSA), Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 28, afirman que, con relación a esta opinión de Sánchez Calero, “podemos convenir que, semánticamente, produce cierta violencia concebir una sociedad nula y eficaz”, pero, posteriormente, dicen que puede haber una razón para mantener el vocablo: para impedir la extensión de otras normas ordinarias sobre nulidad a los vicios propios de constitución de la anónima. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio; “La sociedad nula. (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)”, Revista de Derecho Mercantil N° 218, Octubre-Diciembre, 1995, p. 1347, también recoge favorablemente la opinión de Sánchez Calero (nota 17); vid. PALMIERI, Gianmaria; “La nuova disciplina della nullità della società per azioni”, cit., p. 846 y ss.

(115) JIMENEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO; op. cit., p. 34, quienes luego agregan: “La cuestión, en efecto, ha atormentado incansablemente a la doctrina, que se ha visto obligada a debatirse entre el recurso a las reglas generales sobre la ineficacia del negocio jurídico —no siempre claras en su plasmación positiva— y el sentimiento de insatisfacción por los resultados derivados de la aplicación de dicha disciplina cuando el negocio de que se trata da vida a una sociedad. Es ya tópico entre los autores afirmar que los principios del Derecho de obligaciones se manifiestan en buena medida incapaces para dar adecuada respuesta a las necesidades de régimen de las sociedades, o más en general, de los entes asociativos. Sobre todo, y muy especialmente, cuando dichos entes han llegado a tener una presencia real y efectiva en el tráfico”. DE EIZAGUIRRE, José María, “La sociedad nula”, en La reforma del derecho privado español de sociedades de capital, dir. por ALONSO UREBA, CHICO ORTIZ y LUCAS FERNANDEZ, Civitas, Madrid, 1987, p. 281 y ss.

(116) CÁMARA, Héctor; op. cit., p. 122, con cita muy contundente de la opinión de GHIDINI. En igual sentido, ESCUTI, Ignacio A.; “Sociedad e invalidez. Algunos aspectos”, La Ley 1976, C-492, que dice: “Muchos desvelos ha causado a los juristas el problema de la invalidez de los actos jurídicos. Ello se debe a que constituye uno de los temas más espinosos del derecho”.

## 2. Las nulidades en el Código Civil y el “régimen de la nulidad societaria”

La relación entre las normas del Código Civil respecto de las nulidades y el llamado régimen de nulidad societaria en la LSC ha dado lugar a una importante cantidad de opiniones. Con diversos matices pueden identificarse las corrientes siguientes (no necesariamente excluyentes una de otra):

- a) La LSC contiene un régimen *propio* de nulidades (117).
- b) Las reglas del Código Civil resultan incompatibles, al menos en grandes líneas, con el régimen de nulidad de las sociedades comerciales (118).
- c) Deben integrarse los regímenes de nulidad propios del derecho civil y los de la LSC (119).

En el derecho comparado también se ha afirmado el particularismo del régimen de nulidad societaria (aun cuando se critique tal rótulo), destacando paralelamente la insuficiencia del régimen civil, cuyos esquemas y

---

(117) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G.; op. cit., pp. 16 y 20, quien en p. 21 dice: “Debe observarse que el marco normativo global en materia de nulidades sociales es en realidad inagotable”. A partir de la p. 50 trata con amplitud el tema y cita a la doctrina especializada.

(118) GUYON, Yves, op. cit., p. 157. COLOMBRES, Gervasio, “Curso de derecho societario. Parte General”, cit., p. 168, dice: “La aplicación al derecho de sociedades de los principios de la nulidad clásica del Código Civil produce efectos ciertamente catastróficos”, transcribiendo un significativo párrafo de AULETTA, y el autor promueve incorporar el concepto de resiliación, con antecedentes en el derecho francés, pero que no ha tenido seguimiento en el derecho argentino. El mismo autor decía que en cuanto a la validez del contrato debe aplicarse un criterio distinto al derecho común, con cita de ASCARELLI. Véase LE CANU, Paul, “Droit des sociétés”, 2da. edición, Montchrestien, París, 2003, p. 242, con citas de fallos en la nota 70. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio, “La sociedad nula. (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)”, cit., p. 1340, comienza estudiando las diferencias entre “nulidad del negocio jurídico y nulidad del negocio jurídico societario”, con remisión a importante doctrina española y comparada.

(119) Esta opinión hace base, principalmente, en el artículo I del Título Preliminar del Código de Comercio, que dice: “En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y su correlato en el artículo 207 del Código de Comercio que dice: ‘El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales’”. OTAEGUI, Julio C., en HALPERIN-OTAEGUI, “Sociedades Anónimas”, Depalma, 2a. edición, Bs. As., 1975, p. 175. SUAREZ ANZORENA Carlos y VEIGA, Juan Carlos; “El proyecto de unificación y el universo jurídico societario”, cit., p. 93 y ss., punto 22, punto 2. CÓRDES, Alicia B. y JUÁREZ, María Laura, “Sobre el régimen de nulidad en la ley de Sociedades”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 637 y ss.

principios básicos se quiebran en materia societaria (120), señalándose también las diferencias entre uno y otro régimen (121).

Por nuestra parte, entendemos que:

- En primer lugar, el régimen de “nulidad societaria” contenido en la LSC (arts. 16 a 20) debe interpretarse, prioritariamente, con referencia a su propio sistema (122), tal como ocurre con la relación entre normas mercantiles y civiles, en general (123).

---

(120) Tradicionalmente en España se seguía la opinión de GARRIGUES, Joaquín-URIA, Rodrigo; “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, 3<sup>o</sup> ed. Madrid, 1976, revisada, corregida y puesta al día por Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA, tomo I, p. 179 y ss., en el sentido de que ante el silencio del Código de Comercio (al tiempo de escribirse la obra) debía recurrirse a las normas del Código Civil sobre la nulidad de los contratos, aunque tales normas “habrían de aplicarse con exquisito tacto a fin de evitar que la declaración de nulidad de la sociedad pudiese afectar los legítimos intereses de los terceros que, sobre la base de la apariencia de la sociedad, hubiesen entrado en relación con ella”. En la actualidad, se ha mitigado este concepto en razón del particularismo del derecho societario: BOQUERA MATARREDONA, Josefina; “La nulidad de las sociedades anónimas”, cit., p. 23 y ss. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.; DÍAZ MORENO, Alberto; “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, tomo III, “Fundación de la sociedad anónima”, vol. 2<sup>o</sup>, “Nulidad de la sociedad” (Artículos 34 y 35 LSA), Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 30 y ss. LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J: “La nulidad de la sociedad anónima”, prólogo de José Miguel Embid Irujo, Bosch, Barcelona, 1994, p. 22 y ss. SANCHEZ CALERO, op. cit., p. 1011, señala casos en los que el Código Civil habla de nulidad cuando en realidad es anulabilidad, y pone en duda que en el caso societario, se esté ante una verdadera nulidad, y en p. 1017 resalta la imprecisión terminológica que existe en este punto a la hora de hablar de los tipos de ineficacia del negocio jurídico y en cuanto a las causas enunciadas por el art. 34 de la ley española reconoce que en la mayoría de ellas estaríamos en supuestos más cercanos a la anulabilidad que a la nulidad. La doctrina comparada y la nacional, en general, resalta la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad en los contratos bilaterales y en los contratos plurilaterales, sobre todo los asociativos. ROMANO PAVONI, op. cit., p. 573.

(121) GUYON, Yves; op. cit., p. 154. En el derecho francés se sigue acudiendo a las normas del Código Civil, sobre todo, en cuanto al consentimiento como a la causa y el objeto de los contratos. COZIAN, Maurice-VIANDER, Alain: “Droit des sociétés”, 9na. Edición, Litec, París, 1996, p. 71 y ss, a pesar de que destacan un régimen especial del contrato de sociedad, incluido en el derecho de sociedades, critican a éste por el carácter caótico de su construcción. HANNOUN, Charley; “L’action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur le sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)”, RTDC, 46 (2), abril/junio, 1993, p. 228 y ss.; MERLE, Philippe; “Droit commercial sociétés commerciales”, 5<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 1996, pp. 76/77; JEANTIN, Michel; “Droit des sociétés”, 3<sup>o</sup> ed., Montchrestien, París, 1994, p. 174.

(122) Pueden existir otros planos de derecho societario donde la invalidez tenga variantes particulares y admitan la referencia a normas civiles con mayor primacía. Compárese OTAEGUI, J. C.; op. cit, p. 83 y ss., y especialmente 125 y ss. Sobre el tema es interesante remitirse al tratamiento de ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, “Teoría general de las ineficacias”, La Ley, Buenos Aires, 2000.

(123) FONTANARROSA, Rodolfo O.; “Derecho comercial argentino. 1: Parte General”, Zavalía, 9na. edición, reimpresión, Buenos Aires, 1999, p. 92 y ss. En particular esta con-



- En segundo lugar, las normas generales del derecho civil encuentran aplicación en la medida en que del anterior análisis no surge una solución; esto será más aplicable en cuanto se refiere a la capacidad y el consentimiento en la formación del contrato (124).

### 3. Nulidad de contrato de sociedad y nulidad de la sociedad

Desde hace ya tiempo se viene distinguiendo con agudeza la nulidad del contrato de sociedad de la pretendida “nulidad de la sociedad” (125). Al respecto, se dice, a nuestro juicio acertadamente, que el régimen de nulidad (y las otras formas de manifestación de la invalidez) afecta a los actos jurídicos y no a las personas.

En este sentido, pues, debería hablarse de nulidad o anulación del *contrato social* o del *vínculo* de alguno de los contratantes. Nuestra ley de sociedades emplea giros cuya diversidad aparece, a veces, sin suficiente coherencia. Como hemos visto en el punto I. 1., se trata con precisión el problema de la invalidez del vínculo que no produce la nulidad, anulación o resolución del contrato (126); pero de inmediato nuestro mentado art. 17 habla de la *nulidad* de la *constitución de la sociedad* (primer párrafo), y después de la *anulabilidad del contrato*. Mas después, los art. 18, 19 y 20 hablan de la *nulidad absoluta de la sociedad*, aun cuando admite su posterior *liquidación* y la satisfacción del *pasivo social*.

---

clusión para el caso de nulidad de las sociedades ha sido afirmada por JIMENEZ SANCHEZ-DIAZ MORENO, op. cit., p. 31.

(124) Véanse supra las citas de la nota 2.

(125) ROMANO PAVONI, op. cit., p. 566. Quien expresa “no puede haber, por ejemplo, un hecho inválido, porque el hecho no es válido ni inválido: solamente entra o no entra en una determinada previsión legislativa (sería absurdo por tanto, pensar en la declaración de nulidad o la anulación de un mero acto jurídico)”. Por el contrario JIMÉNEZ SÁNCHEZ-DÍAZ MORENO, op. cit., entiende infundada la crítica pues dicen que en este caso no se produce ni la nulidad del contrato social en el sentido de su ineficacia ni la desaparición de la personalidad jurídica. El término nulidad aplicado a la sociedad anónima inscrita no responde a una cuestión de existencia o inexistencia sino que reclama la aplicación de la especial disciplina dibujada por los arts. 34 y 35, (p. 30).

(126) La utilización de tres vocablos con sentido diferente como nulidad, anulabilidad y resolución, que parece reducir la precisión legal a que nos hemos referido, puede deberse a una intención similar a la que motivó la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de Marzo de 1968, que, para evitar problemas terminológicos entre los distintos Estados, descartó fuera de las causales previstas en el art. 11, toda otra causa de “inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad”.

Siguiendo una antigua y posteriormente renovada doctrina, puede decirse que los vicios afectan al contrato de sociedad sólo y en algunos casos, repercuten indirectamente sobre la sociedad (127). Es así que, en algunas ocasiones, no tienen efecto particular sobre la vida societaria, mientras que en otros pueden tenerlo sólo mediatamente si la anulabilidad potencial no subsanada deviene en impugnación judicial de nulidad y, finalmente, otros pueden incidir sobre la vida social como causal de disolución. Por ello, alguna doctrina afirma que los casos que la ley denomina como de *nulidad* son en realidad causales de *disolubilidad* de la sociedad, con distintos efectos respecto de los socios y de los terceros.

#### 4. Nulidad y nulidad absoluta

Sabemos que en el gran campo de la invalidez, tanto algunos autores como las leyes, a veces utilizan términos que, desde un ángulo estricto de interpretación doctrinaria, podrían ser inadecuados (128).

Si bien el art. 18 del Código Civil establece dogmáticamente que “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” (129), ello no implica que no deban tenerse en cuenta “datos normativos que permitan poner seria-

---

(127) Tal como la nulidad de las reformas al contrato afectan al acto que las genera y no a la sociedad en su personalidad jurídica. ARENA, Andrea; “Contributo allo studio dell’invalidità del contratto sociale e della sopravvivenza della società”, Rivista delle Società, Anno VI, Fasc. 2, Marzo-Abril 1970, Giuffrè, Milán, p. 280 y ss, quien 283 dice: “La nulidad o anulación del contrato social no hace morir a la sociedad pero provocan su disolución”, y concreta su opinión (p. 289) cuando dice: “La sociedad se disuelve *ex nunc* no porque la invalidez del contrato tiene eficacia *ex nunc* sino porque la invalidez del contrato, aun habiendo eficacia *ex tunc*, repercute *ex nunc* sobre la sociedad”. ROMANO PAVONI, op. cit., p. 567, reproduce largamente a MOSSA cuando dice que la sociedad inscrita causa una confianza en la sociedad en la personalidad jurídica que surge de la publicidad y la apariencia, reproduciendo un párrafo de ese prestigioso autor que dice: “La nulidad y la anulación cualquiera sea la causa que la inspire no puede truncar imprevistamente la vida de la sociedad”, a lo que acota ROMANO PAVONI, que no hay duda que la sociedad no se puede reducir a un contrato, y que los vicios de constitución no hacen a la inexistencia jurídica de la sociedad que de todas maneras ha existido de hecho; p. 568.

(128) Naturalmente el juzgamiento de la precisión o no de los términos utilizados también dependerá del contexto legislativo y de la construcción técnica del intérprete: ALTE-RINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, “Teoría general de las ineficacias”, cit.

(129) “Artículo 18 Código Civil: Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

mente en duda la misma conveniencia de vincular indisolublemente la existencia de determinados vicios o irregularidades con la sanción de la ineficacia” (130).

Con relación al tema que nos ocupa (atipicidad societaria) debemos estudiar si el giro es *nula* del art. 17, primera parte, LSC, importa una nulidad *absoluta* o bien otra figura de ineficacia o invalidez, como por ejemplo, la *anulabilidad*.

Una buena parte de la doctrina se pronuncia por calificar el remedio legal (131) como nulidad *absoluta* (132). En consecuencia, el acto sería inconfirmable (imposible de subsanación, en un sentido amplio) y, por

---

(130) DIEZ PICAZO, Luis; “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, I (Introducción. Teoría del contrato), 4° ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 427.

(131) La mayor parte de la doctrina argentina sostiene que en estos casos la nulidad es una sanción. LLOVERAS DE RESK, María Emilia; en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirigido por Alberto J. BUERES y coordinado por Elena HIGHTON, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 55 y ss. LLOVERAS DE RESK, María Emilia; “Tratado teórico-práctico de las nulidades”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 260 y ss. Véase IRTI, Natalino; “La nullità come sanzione civile”, en: Diritto e Impresa, 1987-2, p. 541 y ss., y el razonamiento de ZANNONI, Eduardo, A., “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 160/162, con citas de doctrina.

(132) Entre otros, véase ROMERO, J. I.; op. cit., quien además sostiene que “Los autores coinciden que la nulidad típica es absoluta. En ese sentido el pronunciamiento de la doctrina nacional es general” y la califica como inconfirmable, p. 590 y ss.; BUTTY, Enrique Manuel; “Legislación civil y comercial: reforma o cambio...?”, LA LEY, 1987-D, 907, punto V, 10.3; HALPERIN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., “Sociedades Anónimas”, cit., p. 203; FARINA, Juan M.; “Tratado de sociedades comerciales. Parte general”, Rosario, 1978, p. 319, aunque criticando la solución legal; NISSEN, R. A.; “Breves estudios...”, cit., en la que considera la nulidad absoluta frente a la ley actual, aun cuando critica la solución; RICHARD, Efraín H.; “¿“Nulidad absoluta” de sociedad?”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 645 y ss.; ESCUTI, Ignacio A. (h.); “Sociedad e invalidez: algunos aspectos”, LA LEY, 1976-C, 495, punto III; CAMARA, Héctor, “Derecho Societario”, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 131 y ss., con relación a las sociedades entre cónyuges donde ante la redacción legal del art. 29 LSC, que afirma que es nula la sociedad entre cónyuges que viola el art. 27, expresa: “modifica la norma el anteproyecto, como señalamos, que hablaba de “nulidad absoluta” aunque en definitiva es lo mismo”. MASCHERONI, Fernando – MUGUILLO, Roberto A., “Manual de sociedades Anónimas”, Universidad, Buenos Aires, 2006. Compárese GRISPO, Jorge D., “La atipicidad societaria y las consecuencias de la omisión de los requisitos esenciales”, ED, 206-784, quien si bien no rotula de “absoluta” a la nulidad, dice que es inconfirmable, definitiva y no convalidable. Un brocárdico generalmente utilizado por la doctrina a este respecto es el que reza *quod nullum est nullum producit effectum*: ROMANO PAVONI, op. cit., p. 622. JIMÉNEZ SANCHEZ-DÍAZ MORENO, op. cit., p. 25, quien además, cita la opinión de DIEZ PICAZO, op. cit.,

tanto, aplicando los conceptos generales del Código Civil para tal calificativo, serían invocables por cualquier persona y declarables de oficio por el juez; deberían volverse las cosas al estado anterior a la producción de tal nulidad, cuyo defecto no podría cubrirse por la prescripción (133). Ya hemos visto que quienes sostienen el carácter de *nulidad absoluta* en caso de atipicidad, lo fundan en cuestiones referidas básicamente al orden público, al interés de los terceros que contratan con la sociedad y, eventualmente, también al interés de los socios que desearon una sociedad típica y no lograron su objetivo.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con esa calificación. Las razones son varias y las sinterizaremos así:

a) Una parte de la doctrina sostiene el carácter absoluto de la nulidad por una interpretación “a contrario sensu” de la segunda parte del art. 17 LSC. Como esta última norma dice que la omisión de requisitos esenciales no tipificantes hace *anulable* el contrato, pero que podrá subsanarse hasta su impugnación judicial, interpretan que el primer párrafo importa un vicio no subsanable y, por tanto, una nulidad absoluta. Nos parece que la aplicación no racional de la regla *a contrario* no es suficiente elemento para interpretar el carácter absoluto de la nulidad ni las consecuencias fatales que de ella se desprenderían (134). En primer lugar, no siempre el argumento *a contrario* es utilizado válidamente desde el punto de vista de la lógica formal (135) desde que debe entenderse válido sólo en el caso en que el predicado desde el que se parte contenga la premisa mayor como

---

p. 438/39, quien reformula ese principio en: *quod nullum est nullum effectum producere debet*. TEMPLE, Henri, “Les societés de fait”, LGDJ, Paris, 1975, p. 1. GAGLIARDO, Mariano, “Nulidad e irregularidad societaria”, nota a fallo CNCom., sala B, 5/4/1990, “Vaks de Goldadler, Fanny v. Goldadler de Pleszowski, Delia”, JA, 1990 III, Julio-Septiembre, quien recuerda el brocardico pero afirma que esta máxima en modo alguno es absoluta, p. 335. Véase también la reflexión de GALGANO, Francesco, “Relazione introduttiva”, en AFFERNI, Vittorio y VISINTINI, Giovanna; “Principi civilistici nella riforma del diritto societario. Atti del Convegno Imperia 26-27 settembre 2003”, Giuffrè, Milán, 2005, p. 3, quien estudia cómo la reforma de 2003 desafió algunos dogmas, como el brocardico comentado, e introdujo la “herejía” de la prescripción de la nulidad.

(133) CIFUENTES, Santos; “Negocio Jurídico”, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 776, con remisión a doctrina conforme nacional.

(134) ESCUTI, Ignacio A., “Conservación de la empresa, nulidad societaria y criterio interpretativo”, ED 143-948 y ss., especialmente p. 954 y sus citas 29 a 34.

(135) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho”, Doha 24, 2001, p. 90 y ss. y 104 y ss.

*contradictoria* y no meramente *contraria*. En el caso, la contemplación legal de la omisión de caracteres no tipificantes que hacen *anulable* el contrato, y que pueden subsanarse hasta la impugnación judicial, no necesariamente predica que cuando existan vicios tipificantes, ellos no pueden subsanarse. El primer párrafo de la norma no veda esta posibilidad y no puede llegarse a una conclusión negativa por la interpretación *a contrario* (136) del segundo, que la facilita para un caso.

b) Los arts. 18, 19 y 20 de la LSC establecen claramente en su mismo texto que la nulidad allí prevista afecta a la *sociedad* y es *absoluta*. Por tanto, cabe atribuir algún sentido legal a la *omisión de ese calificativo* por el legislador en el art. 17, primera parte (137).

c) En todo caso, la cuestión residiría en saber qué razonable diferencia legal puede extraerse de que el art. 17 hable de un contrato *nulo* (primera parte) y omisiones que lo harían *anulable* (segunda parte). Teniendo en cuenta que el legislador elaboró el texto de la LSC después de la reforma del Código Civil de 1968 (Ley 17.711) no pudo ignorar que, después de tal reforma, la doctrina general encuentra que se ha desvanecido la diferencia entre *nulidad* y *anulabilidad* (138). Además, el mismo legislador socie-

---

(136) Enseguida veremos que los autores que estiman absoluta la nulidad, admiten, sin embargo, que los efectos de su declaración se produzcan para lo futuro (*ex nunc*), lo cual desbarataría la interpretación que venimos refutando.

(137) DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", cit., dudaba en aplicar siempre la sanción de ineficacia ante el apartamiento del orden jurídico. Es claro que es semánticamente contradictorio hablar de una sociedad nula y al mismo tiempo eficaz. Recuérdese con ALTERINI-CORNA-ANGELANI-VÁZQUEZ; op. cit., p. 4, que "En materia de sociedades comerciales, se ha destacado en la doctrina que la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales ha aludido en forma indistinta a categorías de invalidez no equivalentes, porque en ocasiones utiliza los vocablos 'nulo' y 'anulable' como categorías no asimilables a las de 'nulidad absoluta' y 'nulidad relativa' y en otras oportunidades superpone esas diversas dimensiones conceptuales... El desacuerdo terminológico provoca desorientación conceptual. En tal contexto, aparecen como limitados los logros que pueden obtenerse en las disciplinas particulares que se aborden... Para oxigenar una atmósfera de discrepancias terminológicas, es necesario descartar aquellos términos equívocos que introducen ambigüedad. Es menester fijar precisiones conceptuales y metodológicas, que sustenten la adopción de una nueva terminología acorde con ellas. La justeza técnica tampoco debe estar reñida con la riqueza estética".

(138) ALTERINI, Jorge Horacio, "El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA 1971, Doctrina, serie contemporánea, p. 634 y ss.; LLOVERAS de RESK, María Emilia; en: BUJES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I.; "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", tomo 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 266/267. CIFUENTES, Santos; op. cit., p. 749; sin embargo, dándole importancia a esta clasificac-

tario utiliza el giro “nulidad absoluta” en los tres artículos siguientes y, como hemos repetido a lo largo de este trabajo, atribuyó efectos a esa calificación distinto de los ordinarios en aplicación del Código Civil (139).

d) Como hemos indicado, la atipicidad a que se refiere el art. 17 LSC ocurre con relación a sociedades que han cumplido los requisitos formales de constitución y que, por tanto, están inscriptas. En ese sentido si se estimara que su vicio es manifiesto y que ello causa su nulidad absoluta, debemos pensar cómo pueden existir terceros de buena fe, acompañando al cuestionamiento que se hacían LLAMBIAS, COLOMBO y otros, según relata Jorge H. ALTERINI. En el caso de la LSC aún con objeto ilícito, actividad ilícita u objeto prohibido los *terceros* pueden valerse de sus relaciones con la sociedad. Por lo que no podría hablarse de los efectos de la nulidad absoluta por conocimiento del vicio (140). En realidad esta afir-

---

ción; OTAEGUI, Julio C., op. cit., p. 89, destaca que la ley de sociedades usa indistintamente la terminología de la doctrina civilista mayoritaria y la de la doctrina civilista minoritaria; y también en p. 146; ZANNONI, Eduardo A., “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, 4ta. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, mantiene la vigencia y relevancia de la clasificación.

(139) En el derecho comparado europeo, se ha sostenido que la utilización genérica del vocablo nulidad para denominar casos de anomalías en la constitución, en primer lugar, abraza figuras distintas, subsumibles en realidad en el concepto amplio de ineficacia, pero se admite el uso de nulidad en tanto sea en sentido amplio o laxo, comprensiva de toda causa de anulabilidad, inexistencia e ineficacia (entre otros: ALBANESE, Antonio; “La nullità delle società di capitali e delle cooperative nel nuovo diritto societario”, *Contratto e Impresa*, Cedam, Padua, 2003, N° 3, p. 1298, cuando ya en p. 1295 había señalado que las causales deben reconducirse en el contexto unitario de invalidez. En nota 7 cita la opinión concorde de Ragusa Maggiore y un anterior trabajo suyo). El autor inicia su trabajo con el recuerdo de una frase de HAUPT, en el sentido que una prestación ejecutiva de un contrato irregular puede recibir del ordenamiento un tratamiento análogo al que se otorga cuando el pacto no está viciado, y sigue: “En la literatura alemana del siglo pasado, estos casos son identificados como “relaciones derivantes de una organización comunitaria”, y subrayar que ellas tienen relevancia jurídica ya que el organismo subsiste en la realidad social, no obstante la invalidez del contrato que le dio base” (p.1292/3). También recordamos que varios autores indican que, en realidad, las causas de nulidad “mutan” en causales de disolución y, así, importan una verdadera derogación de la disciplina de la nulidad (ALBANESE, Antonio; ya citado, p. 1312, con doctrina citada en nota 47, destacándose la opinión de DE SIMONE, que sostiene que la inscripción registral transforma la causal de nulidad en simple anulabilidad).

(140) ALTERINI, Jorge Horacio, “El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, cit., p. 636, y en nota 14 cita además a PEREZ LASALA y RAFFO BENEGAS-SASSOT y al Anteproyecto de 1954. La eventual objetividad del vicio no es tal para el común de las personas: la doctrina no se ha puesto aun de acuerdo sobre cuáles serían en realidad los elementos típicos por lo que mal podría hacerlo cualquier persona sin asesoramiento legal especializado, lo que es ajeno a la noción de notoriedad y no es exigible al común de quienes actúan en los mercados económicos y menos aun a consumidores y trabajadores, por ejemplo.

mación merece dos aproximaciones: la primera es que no es corriente en la práctica de los negocios y salvo actos de suma importancia, como los referidos a los inmuebles por ejemplo, remitirse al examen del contrato constitutivo de sociedad para establecer esas vinculaciones; la segunda es que no podría haber “socios de buena fe” (art. 19 y 20 LSC) porque si el vicio es manifiesto y la buena fe se refiere a su conocimiento, no podrían alegar esa ignorancia.

e) Finalmente, ante reglas legales que requieren interpretación, la que se refiere a la nulidad —en especial la societaria— debe estimarse con absoluta rigidez, propiciando un rescate del acto y una conservación de sus efectos en el mayor espectro posible (141).

f) Con el fin de analizar al máximo las posibilidades teóricas podría afirmarse que los arts. 18, 19 y 20 de la LSC que atribuyen a las sociedades con objeto ilícito, actividad ilícita u objeto prohibido la calificación de “absolutamente nulas”, sin embargo, protegen a los terceros de buena fe y a los socios de igual calidad, en los últimos dos casos al admitir para unos sus derechos contra el patrimonio social y a otros su vocación al remanente. Al no hacer igual salvedad respecto del caso de la sociedad atípica, no podrían aplicarse a ella estos resguardos si la literalidad interpretativa se impone. Precisamente, el silencio de la ley y la antijuridicidad notoria en los casos de los arts. 18 a 20 —en los dos primeros de ilicitud vinculada a la moral y buenas costumbres del objeto o actividad de la sociedad— permiten diferenciar estos casos de la atipicidad. En este último supuesto, el legislador omitió referirse respecto del carácter absoluto de la nulidad y también dejó de prever sus efectos. Cabe a la doctrina establecerlos teniendo en cuenta la completitud del sistema.

### *5. Efectos frente a terceros*

La sociedad atípica puede no haber actuado frente a terceros o, lo que es más común, haber tenido desempeño en el mercado.

---

(141) SALERNO, Marcelo Urbano; “La invalidez societaria ante la realidad económica”, en RDCO año 21, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 749 y ss, donde dice, entre otras razones: “De ahí que toda sociedad se repete válida, lo cual tiene importancia frente a la llamada apariencia societaria. Cabe recordar que la invalidez es una sanción muy rigurosa, y que en esta hipótesis trae aparejada la pérdida de la personalidad jurídica; corresponde, pues, administrar con cautela dicha sanción, adoptando una hermenéutica estricta. Y también se debe recordar que la nulidad es excepcional por cuanto es al derecho lo que la patología a la medicina: una enfermedad a combatir, la cual merece ser curada antes de provocar el deceso del paciente. El régimen societario está prevenido frente a aplicaciones extremas de algunas normas que produzcan como resultado la extinción de una empresa en actividad”.

La generalidad de la doctrina argentina sostiene que si la sociedad ha obrado frente a terceros, la “nulidad” proclamada por el art. 17, primera parte, LSC, no puede invocarse para negar, disminuir o perjudicar a tales terceros (142). La doctrina continental europea se orienta en igual sentido, si bien en la actualidad, por efecto de la Directiva 68/151/CEE del 9 de marzo de 1968, las legislaciones locales han adoptado lo dispuesto por el art. 12.3 de esa normativa, que dice: “La nulidad no afectará por sí misma a la validez de los compromisos de la sociedad o de los contraídos hacia ella, sin perjuicio de los efectos del estado de liquidación” (143).

Los fundamentos son de especie muy variada, aunque coincidentes todos en la solución. Por un lado, se dice que la ley en realidad convierte la causal de nulidad en una causal de ineficacia, desde que no se puede volatilizar de golpe la vida societaria (144); también se habla de la tutela de la apariencia (145), la existencia real de una entidad de carácter plural que concita la confianza de los terceros (146) y la ignorancia de riesgos que correrían los terceros ante la anulación (147) y, también principios similares a los que inspiraron el reconocimiento de la tutela de los terce-

---

(142) ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada”, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 349; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, op. cit., p. 264.

(143) Las soluciones son constantes en la doctrina anterior y posterior a las reformas introducidas con motivo de esa Directiva.

(144) ROMANO PAVONI, Giuseppe, op. cit., p. 568.

(145) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, “Consideraciones en torno a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de sociedades”, cit.; p. 939/42. MOSSA, Lorenzo; “Trattato del nuovo diritto commerciale”, tomo IV, Cedam, Padua, 1957, p. 368.

(146) MOSSA, Lorenzo, loc. cit.; GALGANO, Francesco-GENGHINI, Riccardo; op. cit., p. 93, en la que recuerdan su opinión sobre que entre el interés de los acreedores y entre los socios que querrían oponer la nulidad para liberarse de las obligaciones, la ley se inclina por la tutela de los acreedores: en nota 61 citan a COTTINO, Gastone; “Considerazioni sulla disciplina dell’invalidità del contratto di società di persone”, in Riv. Dir. Civ., 1963, I, p. 273, quien dice: “La función de la norma es asegurar una adecuada tutela a los terceros por los cuales la sociedad ha tenido relaciones jurídicas antes de la declaración de la nulidad, salvaguardando la posición de quien realizó tales negocios con la sociedad una vez que ésta entró con su organización y su actividad en el tráfico jurídico”.

(147) GALGANO, Francesco; op. cit., p. 158.



ros ante la irregularidad societaria (148). A su vez, los terceros tampoco podrían invocar la nulidad societaria pues ellos no pueden negar la existencia del ente con el que contrataron (149).

A pesar de la formulación legal, la conclusión conforme con lo que llevamos dicho no es dificultosa en nuestro derecho. Una interpretación literal y estricta del art. 17, primera parte, LSC, llevaría a hacer oponible la nulidad a los terceros que contrataron con la sociedad, aplicando en forma automática soluciones previstas por la ley civil para casos obviamente diferentes e ignorando soluciones societarias “contiguas” (150). La solución particular no es compleja si se advierte que la propia LSC, en sus arts. 18, 19 y 20, tratando temas de superior gravedad pues se trataría de sociedades con objeto ilícito, con actividad ilícita u objeto prohibido, en todos los casos admite que los terceros de buena fe puedan alegar contra los socios la existencia de la sociedad sin que éstos puedan oponer la nulidad (que la misma ley declara “absoluta”).

Un tema final tiene relación con la buena fe del tercero o su mala fe. En general, la doctrina admite que la existencia de la sociedad viciada de tipicidad produce sus efectos normales en las relaciones con terceros, sean éstos de buena fe o de mala fe (151). Debemos entender que esta imputación de conducta se refiere a los terceros que conocían el vicio societario (mala fe) o los que lo desconocían. Creemos que esta es la buena solución sobre el punto, desde que los socios no podrían desligarse del vicio que

---

(148) Se habla del respeto a los “facta concludentia”: ROMANO PAVONI, Giuseppe; op. cit., p. 550. CALAIS-AULOY, en el prólogo al libro de TEMPLE, Henri, op. cit., afirma que aun siendo situaciones diferentes, la superficie heterogénea reconoce un fondo homogéneo: las situaciones de hecho a la larga son situaciones de derecho, el derecho no elimina los hechos, los asimila. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo-DÍAZ MORENO, Alberto; op. cit., pp. 25/26. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, “La sociedad nula. (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)”, Revista de Derecho Mercantil N° 218, Octubre-Diciembre, 1995, p. 1369, hace una extensa e interesante referencia a la *Faktische Gesellschaft*, y su evolución en el derecho alemán y su aplicación para solucionar casos de nulidad societaria.

(149) GUYON, Yves; op. cit., p. 55/59.

(150) Como los casos de los arts. 18, 19 y 29 LSC que regulan situaciones más extremas y sin embargo permiten que los terceros contratantes opongan la existencia de la sociedad y la validez de sus derechos.

(151) ROMANO PAVONI, Giuseppe; op. cit., p. 571.

causaron y desconocer la relación con los terceros por el solo hecho de haberle comunicado o haber sabido tales terceros sobre la atipicidad. No encontramos causa suficiente en el conocimiento de esta última cualidad para denegar el derecho del tercero, situación diferente a la que ocurre respecto de terceros que conocieron la nulidad por el objeto ilícito o la actividad ilícita de la sociedad (152).

Alguna doctrina, por el contrario, sostiene que en este caso la ley sólo protege a los terceros de buena fe (153).

#### *6. Efecto ex nunc. Irretroactividad de la nulidad*

La parquedad de la primera parte del art. 17, LSC, no indica si la nulidad que allí proclama se retrotrae en sus efectos al momento en que se produjo el acto viciado (efecto *ex tunc*). Como hemos indicado, una explicación también mecánica y extensiva del Código Civil (arts. 1047 y 1050) podría llevar a tal conclusión.

Unánimemente, tanto la doctrina nacional (154) como comparada, rechazan esta conclusión. Algunos autores expresan opiniones terminantes y hasta apocalípticas: GUYON afirma que admitir la retroactividad de la

---

(152) Aun podría discutirse que la regla del art. 18, aplicable a los casos de los arts. 19 y 20 de la LSC, funde la atribución de mala fe en el mero conocimiento de la causa de la nulidad, mientras los actos que realizaron con la sociedad no se hayan vinculado directamente con esa actividad ilícita o se hayan beneficiado directamente por esa circunstancia. De lo contrario, mal podría admitirse que los llamados socios de buena fe (art. 19) o todos los socios, (art. 20) invocaran la buena fe para mantener sus derechos al remanente. En suma, la mala fe importaría no sólo conocimiento sino cierta participación o, cuando menos, complicidad en la ilicitud del objeto o de la actividad.

(153) Con apoyatura en el art. 1660 del Código Civil que dice: “Los terceros de buena fe podrán alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que los socios les puedan oponer la nulidad de ella. Pero los terceros de mala fe, es decir, los que tuvieren conocimiento de la sociedad ilícita, no podrán alegar contra los socios la existencia de ella, y los socios podrán oponerles la nulidad”, concordantemente con la segunda frase del art. 18, primera parte, de la LSC, que ya hemos transcritto. Esta opinión también ha sido sostenida en derecho comparado: GUYON, Yves; op. cit., p. 159, quien expresa con fundamento en el art. 1844-16 del Código Civil que “La buena fe es la ignorancia del riesgo de anulación”, citando en nota un fallo de la Casación del 15 de julio de 1992, con nota de LE CANNU, Paul.

(154) Entre otros, HALPERIN-OTAEGUI, op. cit., p. 175; NISSEN, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales”, cit., p. 195, que dice: “la retroactividad de la sanción de nulidad al momento de la celebración del acto viciado conforme lo dispuesto por los arts. 1050 y 1052 del C.C., es sencillamente impensable al negocio societario”.

nulidad sería catastrófico (155). Se afirma en tal sentido que debe tenerse a la sociedad por existente mientras dura (156) pues no se volatiliza de golpe (157), ya que “la persona jurídica nacida tras la inscripción continua viva hasta... en el momento que se termine completamente todo el proceso de liquidación” (158).

La conclusión de la que participamos merece algunas precisiones. Es cierto que respecto de terceros la nulidad es irretroactiva. Por tanto, ellos podrán hacer valer sus derechos contra el *activo social*, los socios no podrán invocar la nulidad para liberarse de su responsabilidad ni de los aportes, ya efectuados o que prometieron efectuar. Consecuentemente, los socios no podrán reclamar la devolución de esos aportes ni los resultados de la vida social en el pasado antes que se satisfagan los terceros.

Pero la irretroactividad no es absoluta: si la sociedad atípica hubiera previsto responsabilidad limitada respecto de sus socios u otros efectos resultantes de la personalidad societaria separada, la nulidad finalmente declarada impedirá que los socios invoquen la limitación de su responsabilidad que surgiría del contrato social, por los actos ocurridos durante la efectiva actuación de la sociedad (159). La solución puede abrigar alguna duda en los casos extremos traídos por la doctrina, relativos a sociedades

---

(155) GUYON, Yves; op. cit., p. 153, dice “La sanción de las irregularidades de constitución coloca al legislador frente a una alternativa, porque imperativos contradictorios deben ser conciliados. De un lado si la ley impone ciertas exigencias en interés de los asociados y los terceros, ellas deben ser respetadas. La sanción más eficaz consistirá en una nulidad retroactiva...De otro lado, es necesario proteger a los terceros que contraten de buena fe con la sociedad que creen válida”.

(156) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo-DÍAZ MORENO, Alberto; op. cit., p. 27.

(157) ROMANO PAVONI, Giuseppe; op. cit., p. 568.

(158) SÁNCHEZ CALERO, Fernando; op. cit., p. 1028; DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe; “Tratado de derecho comercial comparado”, Montaner y Simón S.A., Barcelona, 1963, pp. 68-69, ya decía: “Considerar una sociedad que ha funcionado y actuado con terceros durante un tiempo más o menos largo, como no habiendo existido nunca, no solamente es una ficción jurídica contraria a la verdad, sino que además es fuente de injusticias y perjuicios a socios y a terceros. Esto es así para toda clase de sociedades, pero especialmente para las sociedades por acciones, en las que hay numerosos accionistas y obligacionistas, y en las cuales la nulidad puede irrogar grandes perjuicios no sólo a éstos y a los terceros sino al interés público”.

(159) La solución podría contrastar con la resultante del último párrafo del art. 19 respecto de los socios de buena fe en la sociedad con objeto lícito y actividad ilícita y de todos los socios en la sociedad de tipo prohibido, situación ante la cual la ley los eximirá de la responsabilidad

de largos años de duración, donde se han incorporado nuevos socios y hasta inversionistas en mercados de valores (160). Es posible que en estos casos extremos, a aquellos socios incorporados con posterioridad, se les pueda eximir de responsabilidad extendida cuando razonablemente pudieran no tener conciencia del vicio que afecta a la sociedad (161) y ésta haya previsto la limitación de responsabilidad según el tipo elegido pero frustrado (162). Esta hipótesis es caso de escuela y no se ha presentado en la realidad en nuestro país.

### 7. Subsanción

Como hemos visto a través del trabajo, algunos autores afirman que la atipicidad no puede ser subsanada y que, consecuentemente, el *contrato* o la *sociedad* son inconfirmables (163).

---

por el pasivo social y los perjuicios causados. Puede traerse a colación lo proyectado como reforma del art. 24 de la LSC en el Proyecto de Código Civil de 1998. "Artículo 24. Responsabilidad de los socios. Los socios responden frente a los terceros que contrataron con la sociedad como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten: 1º De una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones. 2º De una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22. 3º De las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos tipificantes o formales". Véase CORDES, Alicia B. y JUÁREZ, María Laura, "Sobre el régimen de nulidad en la ley de Sociedades", VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 637 y ss., donde las autoras sostienen que "...la realidad supera al dogmatismo, y que en aquellos casos en que ha habido actuación, se ha gestado una sociedad de hecho". En contra, admitiendo la oponibilidad del contrato: RACCIATTI y ROMANO, loc. cit. en nota 176.

(160) En Francia, por eso, la COB (Commission des Opérations de Bourse) puede pedir la confirmación de sociedades que pudieran estar afectadas de algún vicio (Ordenanza del 28 de septiembre de 1967, art. 12-2). Véase GUYON, Yves; op. cit., p. 163.

(161) Estos casos extremos permiten advertir, por un lado, la rigurosidad de la norma del art. 17, primera parte, de la LSC, y, por otro lado, militan en pos de las alternativas de saneamiento societario.

(162) ¿Podría hacerse solidariamente responsable por atipicidad de la sociedad a un accionista que adquirió sus acciones en la bolsa? El caso es impensable en la práctica, pero si se sucediera es claro que ningún juez lo condenaría (por el contrario, es posible que él sea acreedor de alguna indemnización). En el derecho italiano se sostuvo, antes de la reforma de 1991, que, por ejemplo, si el escribano que actuó en la constitución de la sociedad no había dado lectura de la escritura a los comparecientes, ésta era nula y, por tanto, también lo era la sociedad constituida, solución extrema, seguramente no repetible en la actualidad.

(163) Ver supra nota 132. OTAEGUI, Julio, "Invalidez de actos societarios", cit., p. 169, cita casos de subsanción, entre los que no menciona el art. 17, 1era. parte, y considera que esa posibilidad sólo existe cuando la ley usa la expresión "será anulable" respecto de ciertos actos.

No participamos de esta solución. Las razones son las que siguen:

a) No puede efectuarse una interpretación estricta de la palabra nulidad que lea —donde no está escrito— nulidad *absoluta*(164).

b) Si de interpretación estricta y gramatical se trata, el título VII de la Sección Segunda, del Libro Segundo del Código Civil (artículos 1059 a 1065) se denomina “*De la confirmación de los actos nulos o anulables*”, expresión que comprende a ambas categorías y que, para mayor solidez se repite en los artículos 1059 y 1060 (165).

c) No necesitamos volver a explayarnos sobre los principios de conservación del contrato y conservación de la empresa que la LSC reconoce

---

COLOMBRES, Gervasio, “Curso de derecho societario. Parte General”, cit., p. 170, quien dice, “Posibilidad de subsanación del vicio de nulidad. A este respecto se hace preciso decir algo fundamental. Ello consiste en que la distinción entre nulidad y anulabilidad no cuenta a los fines del derecho de sociedades en cuanto al régimen del contrato se refiere”.

(164) Ver punto 4 precedente. Es pertinente valorar los sólidos argumentos de SERRANO ALONSO, Eduardo en: “La confirmación de los negocios jurídicos”, con prólogo de José Luis de los Mozos, Madrid, Tecnos, 1976, quien reiteradamente afirma la posibilidad de confirmación de actos que la ley califica como “nulos” (por ejemplo, págs. 21/2 y ampliamente en p. 86 y siguientes, con referencia a la doctrina española -que indica como generalmente contraria, salvo autores que cita- y la doctrina italiana -generalmente favorable a tal confirmación- notas 8 a 13). El autor dice, entre otras consideraciones: “En primer lugar, no es cierto que el negocio nulo no produce efectos jurídicos, porque lo cierto es que lo produce, aunque sean indirectos o reflejos, y por ello no creemos que se vea afectada la esencia de la nulidad”(p. 86) y posteriormente: “Por tanto, podemos resumir nuestra posición acerca del tema que nos ocupa afirmando que la confirmación de negocios nulos no va contra la lógica ni contra la esencia de la nulidad y que por tanto nada se opone a que sean confirmados” (p. 88), aclarando que la cuestión es tanto así si la nulidad es por problemas de forma o sustanciales. Compárese, con relación a la confirmación de las decisiones asamblearias por ser contrarias al orden público: BUSTILLO SAIZ, María del Mar: “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la sociedad anónima”, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, p. 390 y ss., y especialmente p. 396 y ss., donde establece la comparación con la subsanación de las nulidades en la constitución de la sociedad, con importante desarrollo y cita de doctrina.

(165) Artículo 1059 Código Civil: “La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”. Artículo 1060 Código Civil: “Los actos nulos o anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar o alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapacidad o vicio de que ella provenía, y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmación”. LLOVERAS DE RESK, en BUERES-HIGHTON, tomo 2 C, op. cit., p. 623; LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, tomo II, 15ta., edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; conforme STOLFI, Giuseppe, “Teoría del negocio jurídico”, Editio-

expresamente y cuya Exposición de Motivos, que reproducimos *supra*, afirma con rotundez absoluta (166).

d) Continuando con lo anterior, la reforma a la LSC por la ley 22.903 permitió la regularización de las sociedades irregulares (artículo 22) (167),

---

rial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 103 y ss. Es cierto que el artículo 1058 CC., establece que “la nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto”, de lo que la doctrina extrae la aplicabilidad del 1047 CC., que establece que es inconfirmable la nulidad absoluta. Sin embargo, si no podemos calificar de absoluta la nulidad del art. 17 primera parte LSC, su confirmabilidad tiene plena vigencia a la luz de la normativa que estamos señalando. Véanse las referencias de la nota anterior.

(166) Recordamos que la Exposición de Motivos dice que no existían disposiciones orgánicas en cuanto a la nulidad del contrato de sociedad “ello se torna más grave si se tiene en cuenta que la regulación de la nulidad y de los vicios del consentimiento contenidos en el Código Civil son de difícil aplicación al contrato constitutivo de sociedades”, explyándose después sobre la subsanación de la nulidad de los requisitos esenciales no tipificantes “aspecto en el que el proyecto ha buscado asegurar la vigencia del principio de conservación de la empresa, que resulta también del art. 100, en la convicción de que no importa ventaja alguna en impedir la subsanación del vicio mientras no exista declaración judicial. La solución contraria pecaría de antieconómica, toda vez que no conjugaría los distintos tipos de intereses que convergen en el fenómeno societario y que deben ser tutelados coherentemente”. No advertimos diferencias conceptuales respecto de la atipicidad y su confirmación por lo que lo afirmado por los proyectistas puede aplicarse perfectamente a este último supuesto.

(167) “Artículo 22 LSC. Regularización. La regularización se produce por la adopción de uno de los tipos previstos en esta Ley. No se disuelve la sociedad irregular o de hecho, continuando la sociedad regularizada en los derechos y obligaciones de aquella; tampoco se modifica la responsabilidad anterior de los socios. Cualquiera de los socios podrá requerir la regularización comunicándolo a todos los socios en forma fehaciente. La resolución se adoptará por mayoría de socios, debiendo otorgarse el pertinente instrumento, cumplirse las formalidades del tipo y solicitarse la inscripción registral dentro de los sesenta (60) días de recibida la última comunicación. No lograda la mayoría o no solicitada en término la inscripción, cualquier socio puede provocar la disolución desde la fecha de la resolución social denegatoria o desde el vencimiento del plazo, sin que los demás consocios puedan requerir nuevamente la regularización. Disolución. Cualquiera de los socios de la sociedad no constituida regularmente puede exigir la disolución. Esta se producirá a la fecha en que el socio notifique fehacientemente tal decisión a todos los consocios, salvo que la mayoría de éstos resuelva regularizarla dentro del décimo día y, con cumplimiento de las formalidades correspondientes al tipo, se solicite su inscripción dentro de los sesenta (60) días, computándose ambos plazos desde la última notificación. Retiro de los socios. Los socios que votaron contra la regularización tienen derecho a una suma de dinero equivalente al valor de su parte a la fecha del acuerdo social que la dispone, aplicándose el artículo 92 salvo su inciso 4to., a menos que opten por continuar en la sociedad regularizada. Liquidación. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley”. En derecho francés, siguiendo la Directiva 68/151/CEE, se afirma que la regularización puede ser compulsiva incluso mediante astreintes y solicitada por Ministerio Público, GUYON, Yves, op. cit., p. 160 y ss., y cita lo que el llama regularización negativa que ocurre cuando se suprimen por vía judicial cláusulas que deben reputarse no escritas, incluso cláusulas contrarias a una disposición imperativa no sancionadas con la nulidad de la sociedad.

lo que implica una modificación al rigorismo del texto original, seguramente fundado este último en una visión puramente formalista y ordenancista de las normas derogadas del Código de Comercio. Recordemos al efecto que las reglas draconianas de los artículos 294, 296 y 297 (168) de aquél Código fueron prontamente atenuadas por la doctrina y la jurisprudencia, en cuyo trasfondo se traslucían criterios de razonabilidad, equidad y debida contemplación de la realidad social (169). Otras normas de la LSC también abonan en igual sentido: por razones de espacio sólo las indicaremos. Así el art. 27, segunda parte, permite la transformación o la regularización mediante transferencias de sociedades devenidas entre cónyuges; el art. 94 inc. g, admite dejar sin efecto una disolución producida por quiebra de la sociedad, y el inciso octavo permite reconstituir la pluralidad personal cuando se hubiera reducido a uno el número de socios y aun dejar sin efecto la disolución cuando se hubiera producido por cancelación de la oferta pública o cotización de sus acciones. El artículo 95, a su turno, en su reforma por la ley 22.903, permite la reconducción de la sociedad de plazo vencido; el art. 96 admite que no se produzca la disolución por pérdida del capital social si los socios acuerdan su reintegro, y la norma de cierre del art. 100, antes referido, concluye con cualquier hesitación, pues dice “en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”. Agregamos que el orden público interno argentino tolera sociedades de tipo distinto

---

(168) “Art. 294: ...mientras el instrumento del contrato o sus modificaciones no fuesen registradas, no tendrá validez contra terceros sino para exigirles devolución de lo recibido, si ellos no cumplieren su obligación; pero dará acción a éstos contra todos los socios solidariamente”. “Art. 296: Ninguna acción entre los socios, o de éstos contra terceros, que funde su intención en la existencia de la sociedad, será admitida en juicio, si no se acompaña el instrumento probatorio de la existencia de la sociedad y de su registro. La sociedad que no se haga constar por escrito, y cuyo instrumento probatorio no se haya registrado, será nula para lo futuro, en el sentido de que cualquiera de los socios podrá separarse cuando le parezca, pero producirá sus efectos, respecto de lo pasado, en cuanto a que los socios se deberán dar respectivamente cuenta, según las reglas del derecho común, de las operaciones que hayan hecho, y de las ganancias o pérdidas que hayan resultado. Tratándose de establecer sus derechos respecto del pasado, pueden los socios entre sí recurrir a la prueba testimonial y a todos los demás medios de prueba admitidos en materia comercial”. “Art. 297: Son admisibles, independientemente de la presentación del contrato de sociedad, las acciones que los terceros puedan intentar contra la sociedad en general, o contra cualquiera de los socios en particular. Los terceros que no hubiesen cumplido por su parte, deberán devolver la prestación que hubieran recibido. La existencia de la sociedad, cuando por parte de los socios no se presenta escritura, puede probarse por todos los géneros de prueba admitidos en el comercio”.

(169) Esta realidad indicó siempre, que buena parte de las sociedades existentes en el país, sobre todo las iniciales y pequeñas, adolecían de irregularidad. La condena legal de esta situación aparecía así de una estrictez sin rasgos de humanidad.

al regulado expresamente en la LSC: el art. 119 admite la actuación en la República de sociedades de tipo desconocido que hubieren sido constituidas en el extranjero.

e) La legislación y la doctrina comparada admiten la posibilidad de subsanación (170).

## *8. Liquidación*

### *8.1. Liquidación: Procedencia*

El tema no brinda dificultad pues, declarada la nulidad por atipicidad, no puede haber otra solución que la liquidación. La regla se desprende con facilidad si advertimos que en los casos de los artículos 18 a 20 la ley expresamente prevé la liquidación para sociedades nulas de nulidad absoluta. La solución será cuando menos la misma para las nulidades del art. 17 LSC. La doctrina es conforme en este sentido (171).

### *8.2. Aplicabilidad de los pactos contractuales*

Si los socios en el contrato cuya nulidad se declara por atipicidad hubieran pactado la forma de liquidación, podríamos preguntarnos si ella es aplicable una vez declarada la nulidad del contrato. Analógicamente, se puede recurrir a la regla del artículo 23 con relación a la sociedad irregular, respecto de la cual se dispone la inaplicabilidad del contrato. Después de la sentencia de anulación dictada por un tribunal, aparece inaplicable la

---

(170) La cuestión es admitida en las legislaciones europeas. Entre otros BORGIOI, *op. cit.*, p. 529 y ss.; ALBANESE, *op. cit.*, p. 1316, estima que esta facultad sanatoria es la máxima expresión del favor por la conservación de la sociedad. Véase HADDAD, Jorge Raúl, "Hacia una conceptualización del instituto de la subsanación", VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 655.

(171) JIMÉNEZ SANCHEZ-DÍAZ MORENO, *op. cit.*, p. 27, donde estiman que la sociedad se considera existente aun mientras dure su liquidación, citando al efecto diversos autores en la doctrina española. SANCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 1028 dice: "además, parece claro que los socios, tras la sentencia de nulidad, mantendrán su status jurídico dentro de una sociedad en liquidación. Por consiguiente tendrán el derecho de información (art. 273), podrán participar en las juntas generales de la sociedad en liquidación (art. 271), tendrán derecho a exigir la responsabilidad de los liquidadores (art. 279) y en su caso, tendrán también derecho a la cuota de liquidación (cfr. art. 48.2 y 277)". El autor se refiere a los textos del TRLSA. Nos parece que esta conclusión también es aplicable a nuestro derecho (art. 104, 105, 108, 110 y 111 LSC).



excepción del art. 22, quinto párrafo de la LSC, que morigeró —para las sociedades irregulares— la draconiana norma del art. 23 LSC, regla esta última que valoramos exagerada e injustificada (172). Consecuentemente, serán aplicables las normas generales de liquidación de la ley, art. 101 a 112 LSC, en las sociedades con objeto comercial.

*9. Normas aplicables respecto de la operación de la sociedad atípica hasta su liquidación*

La cuestión dice relación con las reglas según las cuales se rijan o se juzguen los actos producidos por la sociedad atípica que hubiera funcionado efectivamente.

Tanto en el derecho nacional como en el comparado existen diversas posiciones. Nuestra ley no anticipa ninguna en particular.

a) Por un lado y fundándose en el carácter *absoluto* de la nulidad por atipicidad (173) se dice, por un lado, que deberían aplicarse las reglas comunes para cualquier comunidad (174) por cuanto no puede afirmarse la existencia de sociedad cuando ésta era nula.

b) Por otro lado se ha expresado que deberían utilizarse las reglas de liquidación de la sociedad civil, atento a ser ordenamiento común en el derecho privado (175).

c) Otra opinión sostiene que deben aplicarse los principios de la sociedad irregular (176).

---

(172) GUYON, Yves, op. cit., p. 158 dice que entre socios se aplica el contrato social. No se advierte la necesidad de invalidar una norma de liquidación que pudiera ser separable en cuanto a su validez del resto de los pactos en el contrato de sociedad irregular. Al respecto véase también la norma del art. 1039 Código Civil, que dice: “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”. Véase infra nota 176, opinión de RACCIATTI y ROMANO.

(173) Véase punto 4 precedente. Como recordamos no participamos de esta tesis.

(174) Comp. ALBANESE, op. cit., p. 1311, con referencia a la posición de GRAZIANI, Augusto, “Diritto delle società”, Jovene, Nápoles, 1962, p. 230/33.

(175) LE PERA, Sergio, “Joint venture y sociedad”, cit., p. 191 y 243. Véase la crítica en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, op. cit., p. 239 y ss.

(176) Con la consecuente solidaridad de los socios y administradores (artículo 23 LSC). Conforme NISSEN, Ricardo A.; “Ley de Sociedades Comerciales”, 2ª edición, tomo I, Ába-

d) Finalmente y atento a que podría intentar constituirse una sociedad comercial típica cuyo objeto no sea comercial (arts. 1 y 3 LSC), la nulidad por atipicidad podría afectar a una sociedad de tipo mercantil pero de objeto civil. En este caso se ha dicho que la liquidación deberá efectuarse no según el tipo elegido sino según corresponda a su objeto: las que tengan objeto comercial de acuerdo al art. 110 y ss. de la LSC, y las que tengan objeto civil por los arts. 1777 y ss. del Código Civil (177). Nos permitimos agregar que si se tratara de una frustrada asociación bajo forma de sociedad comercial (art. 3 LSC) deberían seguirse las normas que presiden la liquidación de las asociaciones.

### *10. Otros efectos y consideraciones finales*

La solución interpretativa de *lege lata* debe tener en cuenta también muchos aspectos, algunos de los cuales hemos mencionado y otros pueden terminar siendo efectos no queridos de una solución deducida automáticamente de la gramática de un texto legal. El intérprete no podrá desprenderse de estas realidades.

#### *a) La conservación de la empresa:*

Hemos aludido reiteradamente a este principio. Es claro que soluciones de extrema rigidez atentarán contra la conservación de la empresa. Pero

---

co, Buenos Aires, 1993, p. 197; MANÓVIL, Rafael M., "Las simples sociedades y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria", Abeledo Perrot, Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1988-III, p. 74. OTAEGUI funda esa responsabilidad en el art. 106 de la LSC, sin perjuicio de los derechos de los socios inocentes contra los responsables, "Invalidez...", op. cit., p. 170. Agregándose, en el derecho francés, el análisis de la responsabilidad civil de los constituyentes por haber provocado la nulidad: GUYON, Yves, p. 164, con fundamento en el art. 1844-17 del Código Civil y el art. L.370, 1° parr., refiriéndose al artículo de ese número de la ley 66/537 del 24/6/1966 que actualmente es el art. L.235-13 del nuevo Código de Comercio, que establece "La acción de responsabilidad fundada en la anulación de la sociedad o en actos y deliberaciones posteriores a su constitución, se prescribe por tres años a contar del día en que la decisión de la anulación ha pasado en autoridad de cosa juzgada". En contra RACCIATTI, Hernán (h) y ROMANO, Alberto Antonio, "Nulidades societarias y mecanismos de subsanación (Reflexiones de lege lata y de lege ferenda)", VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 625 y ss., quienes no creen aplicable el régimen de solidaridad —que les parece una sanción excesiva— sino el propio de la forma de la organización escogida y no otro, p. 629/30. En las XII JORNADAS NACIONALES de DERECHO CIVIL, Bariloche, 1989, el punto 6 dijo: "La nulidad absoluta en materia de entes colectivos no afecta la personalidad. Sí, en cambio, afecta desde su origen la responsabilidad de sus integrantes en cuanto a los beneficios del tipo. La nulidad absoluta constituye causal de disolución".

(177) En el derecho español JIMÉNEZ SANCHEZ-DÍAZ MORENO, op. cit., p. 32/33, por efecto de la aplicación de la liquidación de las sociedades irregulares.

esa contemplación no se trata de un mero rótulo ni del seguimiento de un *principio* como dogma, sino de la atención de los múltiples fines que la empresa cumple en la comunidad. No nos referimos solamente al interés del empresario (en el caso de los socios) sino de los hoy llamados *stakeholders* que comprenden múltiples intereses sociales vinculados a un organismo vivo del tejido económico. La enumeración integral excede de este trabajo; su apelación siquiera simbólica no puede escapar al lector.

*b) Aspectos impositivos:*

Es claro que una posición estricta —que hemos combatido— importaría automáticamente la disolución de la sociedad con alguna atipicidad (y la imposibilidad de subsanación).

Son conocidos los efectos impositivos que acarrea la disolución de una sociedad.

Al tratarse de una nulidad inconfirmable no podría echarse mano al procedimiento de *reorganización de sociedades* admitido por la legislación impositiva (178) que, en lo sustancial trata de mantener la mayor neutralidad posible desde el punto de vista fiscal ante muchas opciones de reorganización (transformación, fusión, escisión, etc.). En este caso la disolución de la anterior sociedad impedirá que la intención de todos o la mayoría de los socios de continuar con la explotación en común, quede exenta del doble trámite (de la liquidación y de la nueva formación de una sociedad), con los efectos impositivos incrementados y superpuestos. Es imposible pensar que el legislador, por un lado, establezca estos remedios para permitir la consolidación empresarial o su redimensionamiento con medidas especiales y por otro lado el mismo legislador (179) emplee rigidez sin par para disolver sociedades que funcionan.

*c) Contratos de trabajo:*

La disolución forzada de la empresa empleadora trae consigo la ruptura de los contratos de trabajo, con todas las consecuencias que de ello deri-

---

(178) Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628 del 31 de diciembre de 1973. Texto ordenado por Dec. 649/1997, publicado el 6 de agosto de 1997. Título II, Capítulo III. Artículos 77 y 78.

(179) No nos referimos a la persona física sino al Estado que genera una y otra norma.

van. La constitución de una nueva sociedad no necesariamente significa la continuación del contrato de trabajo de la anterior. Esto significa perjuicios para la masa laboral —que pueden ser definitivos si no hay continuación de la empresa bajo otra forma de sociedad— y para ambas sociedades, la anterior y la nueva, en cuanto las cargas propias de la situación.

*d) Contratos de duración:*

La vida societaria moderna conoce la utilización frecuente de una gran cantidad de *contratos de duración*. Entre éstos el suministro, la subcontratación, façon, locación de plantas como locador o locatario, fideicomisos, etc. La disolución de la sociedad parte de esos contratos llevaría a su resolución, con las graves consecuencias económicas que de ello deriva para ambas partes.

*11. Situaciones concursales*

Un autor de la talla de CABANELLAS dice que en caso de insolvencia “como la sociedad es nula, no es ella la que debería ser declarada en quiebra, sino sus socios en la medida que no cumplan con las obligaciones derivadas de su responsabilidad individual por las deudas de la sociedad” (180). Esta opinión que resulta de una interpretación más que estricta de la ley vigente (181) vendría a destutelar a los acreedores sociales por el pasivo social (confundiéndolo con los pasivos de los socios), con la incongruencia que la misma ley habla de *pasivo social* y de liquidación del *activo social* aun en situaciones que la misma ley califica como de nulidad absoluta por objeto ilícito, actividad ilícita u objeto prohibido.

No compartimos esta posición. Si la sociedad cuya nulidad es declarada por atipicidad debe liquidarse, el ente sometido a tal liquidación es *sujeto* del concurso preventivo (art. 5 LCQ) y de la quiebra (182), sin perjuicio de la responsabilidad y eventuales efectos concursales respecto de los socios por su responsabilidad (art. 18 y 160 LCQ, entre otras disposiciones de carácter concursal).

---

(180) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, op. cit., p. 265.

(181) Ley severamente criticada por el mismo CABANELLAS, op. cit., p. 266/7.

(182) HEREDIA, Pablo, “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, tomo 1, Ábaco, Buenos Aires, 2000, p. 241; MARTORELL, Ernesto E., en CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, actualizado por MARTORELL, Depalma, Buenos Aires, p. 346/7, estima que sería sujeto de concurso la sociedad con objeto prohibido y antes (p. 344) lo afirma sobre las sociedades en liquidación.

## IV. Bases para una reforma

### 1. Consideraciones generales

Lo que llevamos dicho a través de este trabajo nos indica la evidente conveniencia de una reforma legal (183). Hemos expresado esta opinión con anterioridad, incluso cuando hemos formado parte de comisiones de reforma y unificación de la legislación civil y comercial (184). La doctrina en líneas generales acompaña lo sugerido por estos Proyectos de Reforma (185). Su necesidad ha sido remarcada, a veces, en fuertes tonos (186).

### 2. Los proyectos de reforma

Desde la sanción de las leyes 19.550 y 22.903 se sucedieron una cantidad importante de proyectos tendentes a la reforma de ciertos preceptos. En el libro de MARSILI, se hace un estudio pormenorizado de estos anteceden-

---

(183) Siempre hemos estimado las bondades de la ley 19.550 y su reforma por la ley 22.903, incluso en cuanto a la modernidad de su contenido. La necesidad de una reforma no implica negar ese concepto.

(184) A esta propuesta nos referiremos enseguida. Pueden verse también las ponencias: "Tipicidad y atipicidad societaria. Fundamentos y bases para una reforma necesaria" y "Atipicidad societaria. Hacia una interpretación moderna y funcional", presentadas en el "X Congreso Argentino de Derecho Societario", "VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", La Falda, Córdoba, 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2007, editado por FESPRESA, tomo I, p. 105 y ss. Y el artículo de FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h); "La Tipología societaria y sus características", Errepar, DSE, Tomo II, p. 475 y ss.

(185) ANAYA, Jaime L., "El Anteproyecto de reformas a la Ley Argentina de Sociedades Comerciales", cit.; NISSEN, Ricardo A., "Breves estudios sobre el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales. Primera Parte: el nuevo concepto de sociedad comercial", ED 209-1050; y del mismo autor "Breves estudios sobre el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales. Segunda Parte: regularidad e informalidad societaria", ED 211-715; RICHARD, Efraín H., "Sociedad y contratos asociativos", Zavalía, Buenos Aires, 1987, capítulo 7, p. 145 y ss. GULMINELLI, Ricardo Ludovico, "Propuesta de lege ferenda para flexibilizar el régimen de nulidades societarias", VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, Octubre de 1995, p. 709 y ss. ROSSI, Hugo Enrique, "Posibilidad de regularización de la sociedad atípica", V Congreso Argentino de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, Advocatus, Huerta Grande, Córdoba, 1992, p. 412 y ss.

(186) Es sugerente lo afirmado con contundencia por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, op. cit., p. 266/67, quien dice: "El régimen de tipicidad de la LSC, con sus sanciones excesivas y con la inflexibilidad de sus normas –particularmente en comparación con los regímenes que se encuentran en el Derecho Comparado– forma parte de un amplio esfuerzo, subyacente a la LSC, de sujetar los contratos societarios a un régimen estricto de registro y control formal.

tes (187), a lo que debe agregarse el proyecto elaborado por encargo del Ministerio de Justicia por los Dres. Jaime L. ANAYA, Salvador Darío BERGEL y Raúl Aníbal ETCHEVERRY. No reiteraremos con extensión lo ya expuesto acertadamente en tales antecedentes. Solo haremos un breve resumen para ilustración del intérprete:

*a) Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación de 1987* (188), sancionado como ley 24.032 y vetado por dec. 2719/91.

En el anexo II (Reformas a la legislación complementaria. I. Ley 19.550), se propone, en el artículo 1, conservar el sistema de la tipicidad para determinar la comercialidad de la sociedad. A partir del artículo 21 se regulan las sociedades no regularmente constituidas, incluyendo a la que no se ha formado de acuerdo con alguno de los tipos autorizados. Esta sociedad no es sancionada con la nulidad absoluta (189). Se prevé también la regularización por orden judicial y cuáles son sus efectos sobre los actos anteriores realizados en nombre de la sociedad (190).

---

Este sistema es inútil, en la práctica, para tutelar los intereses de socios y acreedores, y solo sirve, en gran medida, para perpetuar una inmensa estructura burocrática, no solo a nivel estatal, sino también en las empresas que deben atender al cumplimiento de sus múltiples requisitos inútiles. Desgraciadamente, esta vocación de burocracia, registro y regimentación estéril no es un fenómeno aislado, dentro de la vida argentina, sino que forma parte de toda una concepción de la vida que sólo el paso de las generaciones –con la repetición de la experiencia sobre la destructividad de la hipertrofia estatal y burocrática- logrará desterrar”.

(187) MARSILI, María Celia, op. cit., capítulo XI a XIV, p. 119 y ss.

(188) Elaborado por una comisión especial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, presidida por el Dr. Osvaldo Camisar, asesorada por los Dres. Héctor Alegria, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, Miguel C. Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera y Ana I. Piaggi.

(189) Artículo 21. “Sociedad no regularmente constituida: Toda sociedad no constituida regularmente de acuerdo con uno de los tipos legislados en el Capítulo II de esta ley, se registrará por las disposiciones del Código Civil, o de la restante legislación que le sea aplicable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes de esta ley. Las disposiciones del Código Civil, son también aplicables a las sociedades cuyos socios expresaron la voluntad de constituir una sociedad de un tipo regulado en el Capítulo II de esta ley, pero no cumplieron los requisitos de forma exigidos, incluyeron disposiciones incompatibles con el tipo de sociedad que quisieron constituir, u omitieron otras requeridas por éste”.

(190) Artículo 22. “Cumplimiento de los requisitos formales: Si la irregularidad consistiera en la omisión de un requisito de forma, y los socios no llegaren a un acuerdo para cumplimentarlo, el cumplimiento podrá ser ordenado por el juez”. “Artículo 23. Inclusión de cláusulas incompatibles con el tipo. Omisión de cláusulas requeridas por el tipo: Si los socios hubieran convenido constituir una sociedad de un tipo legislado en el Capítulo II

*b) Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales elaborado por la comisión designada por resolución MJ 465/91 (191).*

Propone el proyecto que a las sociedades no constituidas regularmente se les apliquen las reglas de los negocios en participación (192). El artículo 17 establece la anulabilidad de la sociedad bajo ciertas condiciones y su posible subsanación (193). En los artículos 18 a 20 se prevén otras causas de nulidad de la sociedad que llevan a su liquidación, como ser la ilicitud del objeto o si éste está prohibido en razón del tipo.

*c) Proyecto de Reformas al Código Civil de 1993. Comisión creada por decreto 468/92 (194).*

Las sociedades reguladas en el Capítulo 2 de la ley 19.550, no deben omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal (195). Para el caso de que exista atipicidad, la

---

de esta ley, pero hubieran incorporado cláusulas incompatibles con el tipo de sociedad que quisieron constituir, o hubieran omitido otras que fuesen requeridas por aquél, en defecto de acuerdo entre socios, y a pedido de cualquiera de ellos, el instrumento constitutivo será adecuado o integrado por el juez". "Artículo 24. Efectos de la regularización: Regularizada la sociedad ella continuará la anterior. La regularización no modificará las responsabilidades de los socios por actos anteriores a la regularización, la que se juzgará conforme lo dispuesto por el artículo 21 de esta ley".

(191) Los miembros de la comisión fueron: Edgardo M. Alberti, Miguel A. Araya, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera, Héctor Mairal, Ana I. Piaggi y Efraín H. Richard.

(192) Artículo 7. "Sociedades no constituidas regularmente. Sujeto a lo que pueda disponerse para ciertos tipos especiales, se aplicarán las reglas de los negocios en participación a los actos que, habiendo querido constituir una sociedad de alguno de los tipos legislados en el capítulo II de este título I, no hubieran sido inscriptos, y a los realizados en vinculación con ese acto no inscripto de constitución".

(193) Artículo 17. "Omisión de requisitos esenciales. Cláusulas nulas o anulables. La omisión de cualquier requisito esencial, o la inclusión de cláusulas nulas o anulables, hace anulable el acto, pero el defecto podrá subsanarse hasta que quede firme la sentencia que lo anule. Se declarará la nulidad de la sociedad atípica constituida en el país que no fuese saneada por aplicación de la regla precedente".

(194) La comisión redactora estuvo integrada por los Dres. Augusto C. Belluscio, Salvador D. Bergel, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio C. Rivera, Federico N. Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

(195) Artículo 17. "Las sociedades previstas en el Capítulo 2 de esta ley no podrán omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no producirá los efectos propios de su tipo legal, quedando regida por lo dispuesto en la Sección 4".

sociedad queda sometida a un régimen especial previsto en la Sección 4, artículos 21 y siguientes (196). Esta sociedad no es sancionada con la nulidad sino que se integra en una noción de sociedad a la que se aplican subsidiariamente las reglas de la colectiva, con las modificaciones del art. 1463 Código Civil. Según este último, las partes podrán optar por constituir una sociedad típica, regulada por la ley 19.550, o esta nueva especie de sociedad que no requiere inscripción.

*d) Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio de 1998 redactado por la comisión designada por decreto 685/95 (197).*

En el Anexo II, Legislación Complementaria, artículo 14 sobre reformas a la Ley de Sociedades 19.550, se propone legislar la nulidad de las sociedades con alguna similitud al Proyecto de 1993 (198), en una sección especial se regulan las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos (no regulares). La existencia de la sociedad que no cumple con los requisitos del tipo puede acreditarse por cualquier medio de prueba, y en cuanto a la responsabilidad de los socios frente a terceros que contrataron con la sociedad, responden como simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten de lo que establece el art. 24, como es el caso de una estipulación expresa en el contrato en los términos del art. 22 o por las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar.

---

(196) “Sección 4: De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo 2 y otros supuestos. Sociedades incluidas. Art. 21. Toda sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos previstos en el Capítulo 2 se regirá por lo dispuesto por esta Sección. Se comprenden las sociedades que omitan requisitos esenciales tipificantes o no, y las que incumplen con las formalidades exigidas por esta ley. Régimen aplicable. Art. 22. Se aplican a estas sociedades las disposiciones generales de este Capítulo 1 y, supletoriamente, lo dispuesto para las sociedades colectivas, con las modificaciones establecidas en esta sección. El contrato social podrá invocarse entre los socios. Será oponible a los terceros sólo cuando se pruebe que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y podrá también ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores. La eventual registración o publicidad del contrato no podrá invocarse por la sociedad, los socios y los administradores como prueba del conocimiento de tercero”.

(197) Comisión integrada por los Dres. Héctor Alegria, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio C. Rivera y Horacio Roitman. También participaron Augusto C. Belluscio y Antonio Boggiano.

(198) Ver supra nota 196.



*e) Anteproyecto de Reformas a la ley de Sociedades Comerciales remitido al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos por los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry en el año 2003*

En el art. 17 se recepta lo dicho en el punto d) precedente respecto de las sociedades que no cumplen con los requisitos del tipo (Proyecto de Código Civil de 1998) (199). Para los casos en que la sociedad no se constituye según uno de los tipos de la ley, también se prevé una sección especial que regula esos supuestos (200) junto con las no regulares.

### *3. Propuestas concretas*

Con el fin de no extender la exposición, reiteraremos ahora las reflexiones conclusivas sobre las reformas concretas que estimamos corresponden implementar en esta materia (201). Dijimos en consecuencia:

---

(199) “Artículo 17. Atipicidad. Omisión de requisitos. Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad no produce los efectos propios del tipo y quedan regidas por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”.

(200) “De la sociedad no constituida según los tipos del Capítulo II. Artículo. 21. Sociedades incluidas. Régimen aplicable. Las sociedades comerciales no constituidas con sujeción a los tipos del Capítulo II, con o sin contrato escrito, se regirán por lo dispuesto en esta Sección y supletoriamente por lo dispuesto para las sociedades colectivas”. ANAYA, Jaime L., “Anteproyecto de reformas a la Ley Argentina de Sociedades Comerciales”, cit., donde dice respecto de la tipicidad: “El rigor de la tipicidad en el régimen vigente conduce al extremo de fulminar con la nulidad a las sociedades atípicas, sin permitirles la subsanación que en cambio admite respecto de otros elementos esenciales. El Anteproyecto produce un cambio sustancial. La tipicidad mantiene su función respecto de la comercialidad de la sociedad (art. 1°), pero su quebrantamiento no conduce a su nulidad sino que la sujeta a un régimen de las sociedades informales, (art. 17), creado por este Anteproyecto, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación del acto constitutivo que con toda amplitud introduce el art. 7°. El aludido régimen de las sociedades informales (arts. 21 a 27) toma distancia del que actualmente se dispensa a las irregulares y de hecho; y siguiendo en general las reglas del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, declara la eficacia del contrato entre los socios y admite que la sociedad pueda ser titular de bienes registrables. Se les aplica supletoriamente lo dispuesto para las sociedades colectivas, a partir de un régimen que no admite la limitación de responsabilidad de los socios frente a terceros. Una de las modificaciones más relevantes en este giro que se opera en la tipicidad es el que concierne a la posibilidad de que las sociedades de distinto tipo puedan constituir sociedades entre sí, eliminando la censurada regla del artículo 30 que sólo admitía a las sociedades por acciones como socias de otras sociedades por acciones”.

(201) Las ideas surgen de los proyectos en los cuales hemos participado y fueron resumidas en las ponencias presentadas en el “X Congreso Argentino de Derecho Societario”, “VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, La Falda, Córdoba, 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2007, mencionadas supra, nota 184.

“Una nueva reflexión y aún el repaso de la doctrina y novedades legislativas elaboradas en los ocho años y medio posteriores a la presentación del Proyecto de Código Civil de 1998, me reafirma en la conveniencia de adoptar las normas allí propuestas que son coherentes con el Anteproyecto de 2003. Bastaría remitirme a ellas para su consideración en este Congreso, pero señalaré algunos puntos básicos:

a) Se reafirma la conveniencia de mantener la tipicidad societaria, en el sentido de que los efectos propios del tipo no se producen en caso de atipicidad;

b) La atipicidad no debe causar la nulidad de la sociedad;

c) Se debe prever una normativa genérica para las sociedades que no reúnan los caracteres de las sociedades típicas y las irregulares. Esto conllevaría a la existencia de normas residuales o de primer grado para toda sociedad, aún no tipificada o irregular; incluyendo sociedades “informales” o “simples”, como se propone en el Anteproyecto de 2003.

d) Debe reconocerse la eficacia del contrato entre los socios y su invocación por los terceros contra los socios y los administradores;

e) La responsabilidad de los socios sería ilimitada pero simplemente mancomunada, salvo que la solidaridad resultara de una estipulación expresa con relación a los terceros, de una estipulación del contrato social o de las reglas comunes del tipo que quisieron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir los requisitos esenciales o formales;

f) Cuando se hubiere elegido un tipo sin cumplir la totalidad de los requisitos tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo o la omisión de requisitos formales, deberían poder subsanarse en cualquier tiempo, por acuerdo unánime de los socios o por procedimiento judicial que admite el derecho de receso del disidente”.

---

# LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES, EL ORDEN PUBLICO Y EL INTERES PUBLICO

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

SUMARIO: I. La naturaleza de la ley de sociedades comerciales. — II. La cuestión en nuestro derecho. — III. La tendencia ultra regulatoria. Algunas de sus manifestaciones. — IV. La tendencia desregulatoria. Algunas de sus manifestaciones. — V. Conclusiones. — VI. Nota.

## **I. La naturaleza de la ley de sociedades comerciales**

1. Hay una difundida opinión consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público.

La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria.

Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercera generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42).

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico Presidente, en la sesión privada del 13 de diciembre de 2007.

Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser.

Estos derechos son los clásicos derechos naturales del hombre, hoy llamados derechos humanos, de los que la Constitución es la expresión positiva.

A ellos se añade la forma de gobierno representativa, republicana y federal propia de nuestra formación histórica.

No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19).

Es por esto que v.g. son nulas las cláusulas leoninas (LSC art. 3) y la sociedad de objeto torpe (LSC arts. 18/20).

Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art. 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros.

Diverso es el caso de los derechos constitucionales de segunda generación mantenidos en el art. 14 bis de la reforma de 1957, y los de tercera generación introducidos en la reforma de 1994.

Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario.

Por el contrario hay en la LSC un interés público respecto de la anónima para cuya preservación la LSC regula la fiscalización estatal de dicha sociedad a cargo de una autoridad de contralor (LSC art. 299) facultada para pedir la disolución y liquidación de una anónima por razones de interés público (LSC arts. 301 inc. 2, 303 inc. 3).

Es evidente que la fiscalización estatal sobre la anónima hace al interés público pero no al orden público.

Así el C. de Comercio de 1890 art. 318 siguiendo al C. Civil de 1871, impuso el régimen de la autorización para la constitución de la anónima y la LSC de 1972 lo cambió por el régimen normativo (LSC art. 167) sin que ello afectara al orden público.

Es palmario v.g. que la incorporación del derecho de voto acumulativo para la anónima en 1972 (LSC art. 263) no alteró el orden público general ni lo alteraría su supresión o modificación.

Empero dentro del ordenamiento societario tanto bajo los Códigos de Comercio de 1862 y de 1890 como según la LSC de 1972, coincidieron y coinciden la anónima que siempre fue una persona distinta de sus miembros (C.Com. 1862 arts. 403, 404, 410; C. Civil 1871 art. 33; C. Com., 1890 art. 314, 315, 316) con las sociedades comerciales clásicas que no eran personas (C.Com. 1862 art. 455, 425; C. Com. 1890 arts. 303, 372) y a las que se agregó la limitada en 1932 (ley 11.645 —Adla, XIX-A, 619—).

En las sociedades comerciales clásicas no hay interés público alguno pero si lo hay en la anónima.

La coexistencia de las sociedades comerciales clásicas con la anónima condujo a que las sociedades comerciales clásicas se personalizaran y que la anónima se contractualizara.

Esto no fue una peculiaridad de nuestro ordenamiento sino una característica del derecho continental.

No ocurrió ello en el derecho norteamericano en él que no se aunó la *partnership* con la *corporation*.

En cuanto al derecho inglés se llegó a la solución de la *limited company* que no es una *corporation* pero que con sujeción a ciertas reglas y previa registración goza del privilegio de la limitación de responsabilidad de sus socios.

Ello es lo que motiva que el equivalente norteamericano de la anónima se caracterice con la sigla *Inc* mientras que el inglés se distingue con la sigla *Ltd*.

La coexistencia de las sociedades comerciales clásicas con la anónima llevó también a que se entendiera que la nota de interés público o de orden público inherente a ésta, es inherente también a aquéllas.

2. La noción de interés público se infiltró en el régimen societario cuando el Código de Comercio francés de 1807 junto a las sociedades comerciales clásicas sumó una corporación, la sociedad anónima.

En las sociedades comerciales clásicas se actuaba mediante la conjunción de dos contratos: el contrato de sociedad y el contrato de mandato.

Así en la sociedad en nombre colectivo la firma social equivalía a la firma de todos los socios por actuar el socio administrador como mandatario de los demás (C. Com. 1860 art. 455; C.Com. 1890 art. 303).

Así en la sociedad en comandita la firma social equivalía a la firma de los socios comanditados por actuar el socio administrador como mandatario de los mismos (C. Com. 1860 art. 425 C.Com. 1890 art. 372).

Por ello la quiebra de la sociedad en nombre colectivo importaba la de todos los socios y la de la sociedad en comandita importaba la quiebra de los socios comanditados.

Por inercia las subquiebras de los socios colectivos y comanditados siguieron procediendo hasta hoy (LC 19.551 art. 164; LCQ 24.522 art. 160) no obstante ser la colectiva y la comandita personas jurídicas (C. Civ. art. 33) o sujetos de derecho (LSC art. 2) distintos de las personas de sus socios.

Junto a estas sociedades comerciales clásicas el C. de Comercio francés de 1807 tuvo la feliz innovación de añadir una corporación destinada al tráfico mercantil.

Como corporación era una persona distinta de sus miembros que no respondían por sus obligaciones, solución semejante a la de nuestro C. Civil art. 39.

Dado que la sumaba a las sociedades comerciales clásicas la denominó *société* pero teniendo en cuenta que no traficaba en nombre de socio alguno, añadió el calificativo de *anonyme*.

El Código francés del siglo XIX tomó la idea de la compañía colonial de los siglos XVII y XVIII destinada a la explotación comercial de las tierras de ultramar, compañía colonial a su vez derivada de la *universitas personarum* o *corporatio* de la Baja Edad Media.

*Universitas personarum* o *corporatio* de la Baja Edad Media a la que se confería la entidad de persona o corporación distinta de sus miembros consecuentemente no responsables por las obligaciones corporativas.

*Universitas personarum* o *corporatio* que se creaba para una finalidad de bien público por lo que requería la autorización del soberano de aquellos tiempos.

*Nulla universitas sine auctoritate episcopi vel principis*

Por ello la creación de la compañía colonial requería también en cada caso la autorización de la Corona o del Parlamento que establecía su estatuto particular, hoy diríamos de una ley.

Así lo dictaminó Vélez Sarfield cuando antes del Código de Comercio de 1862 fue consultado por el Estado de Buenos Aires ante el pedido de autorización para el establecimiento de una sociedad anónima al estilo del Código francés de 1807 pero sin prever nuestra legislación vigente quien debía autorizar la constitución.

Vélez Sarsfield sostuvo que la autorización debía darse mediante una ley.

El Código francés simplificó el sistema pues estableció por ley un estatuto general para toda *société anonyme* aunque mantuvo la autorización del Consejo de Estado en cada caso para control de la finalidad de bien público.

Esta fue la solución de nuestro C. de Comercio de 1890 art. 318.

El régimen era evidentemente útil para la actividad comercial y se fue adoptando y flexibilizando en ambas costas del Atlántico.

En 1811 el Estado de Nueva York con una clara visión industrialista dictó una ley general de incorporación para las compañías manufactureras a las que brindó la condición de *corporatio* o *corporation* mediante la sujeción a determinadas reglas y su mera registración siguiendo una solución similar dada para las fundaciones o *universitas bonorum* a fines del siglo XVIII.

La calificación norteamericana de *corporation* para la sociedad anónima en la versión latina o negocio accionario (*aktiengesellschaft*) en la vía germánica del derecho continental, cunde hoy mundialmente en las prácticas del buen gobierno corporativo que dieron lugar al Decreto Ley Delegado 677/2001.

En 1829 España dictó su primer Código de Comercio que fue adoptado por algunas de nuestras provincias hasta la sanción del Código de 1862.

Dicho Código español redactado por Pedro Sainz de Andino siguió el modelo del Código francés de 1807 pero con importantes modificaciones a saber.

1) Como España no contaba un Código Civil que regulara las obligaciones y los contratos a los 4 libros del Código francés añadió un quinto libro sobre disposiciones civiles, temperamento este que con variantes fue el de nuestro Código de 1862 lo que al sancionarse el Código Civil en 1871 motivó una doble regulación de contratos mantenida en el Código de Comercio de 1890 y vigente hoy.

2) Mantuvo la carga de inscripción de los contratos societarios mercantiles en el Registro Público de Comercio, solución ya existente en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 por las que se rigió el Consulado de 1797 y en el derecho germánico que Francia recién adoptó en 1919 tras la primera guerra mundial con la incorporación de Alsacia y Lorena.

Tal inscripción es fundamental para resguardo del crédito porque la actuación comercial supone el recurso habitual y profesional al crédito (C.Com. art. 1) con el consiguiente riesgo para el acreedor.

La actuación mercantil mediante una sociedad implica recurrir al crédito bajo reglas especiales de responsabilidad para los socios, situación que se da a conocer a la plaza mediante la inscripción, inscripción que de no hacerse implica la responsabilidad solidaria de los socios (LSC art. 7).

3) En materia de anónimas sólo requería autorización real para las compañías que gozaran de alguna concesión o privilegio (C. de Comercio español de 1829 arts. 293/294) con lo que se adelantó a la famosa ley normativa francesa de 1867.

Nuestro primer Código de Comercio de 1862 tiene al respecto una normativa ambigua.

Empero lo cierto es que recién el Código de 1890 se estableció inequívocamente la necesidad de autorización para toda sociedad anónima siguiendo al C. Civil vigente desde 1871 y que la Inspección General de Justicia se organizó en 1893. En Inglaterra tras los grandes escándalos



motivados en el siglo XVIII por el régimen de la compañía colonial, la corona y el parlamento eran reacios a dar cartas de incorporación.

A principios del siglo XIX tuvo lugar la *railwaymania* con el auge de las empresas ferrocarrileras que requerían grandes inversiones.

Ante la carencia de cartas de incorporación que excluyeran la responsabilidad de los socios, se recurrió a contratos en los que los socios requerían crédito advirtiendo que su responsabilidad se limitaba a la integración de sus aportes representados por *shares* transmisibles con lo que aparecieron las *companies limited by shares* no sujetas a control alguno.

Es una solución parecida a la de nuestros proyectos de Código Civil unificado de 1987, 1993 y 1998.

La licitud de tales contratos fue controvertido pero eran convenientes, lo que dio lugar a diversas leyes regulatorias que culminaron en 1862 con la *Companies Act* que los admitió con sujeción a determinadas pautas y a su registración.

En 1863 Francia suprimió el requisito de la autorización para anónimas que no superaran determinado capital y que llamó *société à responsabilité limitée* pero que no es la que bajo esta misma denominación reguló en 1919.

Finalmente Francia en 1867 estableció el régimen normativo similar en su esencia al de la compañía limitada inglesa.

En Norteamérica el Estado de Nueva Jersey en 1875 sancionó una ley que permitió la incorporación de todas las compañías manufactureras o no, ley que fue llamado por esto *Mother of corporations*.

## II. La cuestión en nuestro derecho

El fenómeno de la infiltración del interés público en todo el ordenamiento societario comercial por la coexistencia de la sociedad comercial clásica con la anónima, se proyecta en nuestra doctrina.

Dicho fenómeno culminó con la LSC de 1972 que personificó a todas las sociedades comerciales siguiendo la reforma del C. Civil de 1967 y adoptó el régimen normativo para la anónima (LSC art. 167) aunque manteniendo del interés público en la misma. (LSC art. 299).

El origen de la anónima conforme a sus antecesoras la compañía colonial y la corporación medieval requería que su creación fuera para satisfacer un interés público.

De allí surgió la doctrina del *ultra vires* o de la *especialidad* consistente en que la anónima como persona jurídica sólo podía realizar los actos conducentes a los fines de su institución, criterio plasmado en nuestro C. Civil art. 35.

El derecho comparado se fue alejando de tal doctrina y nuestra LSC de 1972 en su artículo 58 se apartó claramente de la misma al disponer que los representantes de una sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños a su objeto.

No obstante las ideas del interés público en todo el ordenamiento societario y del *ultra vires* o de la *especialidad* caló hondo en sectores ilustrados de nuestra doctrina.

Ello llevó a dos tendencias paradójicamente contradictorias: una ultra regulatoria y otra desregulatoria.

Una tendencia ultra regulatoria consiste en entender que por ser la LSC de orden público o de interés público, todo lo que no está permitido en la misma está prohibido.

Bajo este punto de vista razones de seguridad jurídica, aconsejan reglamentar la LSC.

Esto conduce a una reglamentación casuística de la LSC que se fue acentuando con el tiempo.

Así la Inspección General de Justicia de la Capital Federal en 1980 teniendo a su cargo el Registro Público de Comercio y la fiscalización estatal de la anónima salvo la abierta (ley 22.315?) (Adla, XL-D, 3988), a los 8 años de la LSC de 1972, dictó la Resolución General 6/1980 con 144 artículos que en 2005 sustituyó por la RG 7/2005 con 464 artículos.

La tendencia desregulatoria considera que es necesario liberar a los negocios societarios mercantiles de un ordenamiento tan detallista e imperativo como incompatible con la permanente evolución del tráfico comercial.

Esto por su parte lleva a instituir negocios asociativos semejantes a sociedades comerciales pero que por disposición legal no son sociedades.

Ejemplos de tal tendencia son: (i) la unión transitoria de empresas prevista en el Título Tercero de la LSC reformada en 1983 sobre contratos de colaboración empresaria; (ii) la normativa sobre negocios asociativos no societarios propuesta con diversos matices en los proyectos de Código Civil de 1987, 1993 y 1998; (iii) el consorcio de cooperación introducido por la ley 26.005 en el año 2005.

La unión transitoria de empresas (LSC art. 377) tiene grandes semejanzas con la sociedad accidental o en participación (LSC art. 361) pero la ley dispone que no es sociedad aunque a diferencia de la sociedad accidental o en participación dispone que debe inscribirse en el registro público de comercio (LSC art. 380).

Una posición mas avanzada en esta tendencia es la que aboga por la regulación de negocios asociativos que en líneas generales reúnen todos los elementos característicos de una sociedad comercial: el fondo común, la gestión común, el resultado común, y el recurso habitual y profesional al crédito, pero que por prescripción legal no son sociedades ni deben inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Ejemplos de esta orientación es el régimen de contratos asociativos postulados en los proyectos de Código Civil de 1987, 1993 y 1998.

Esta orientación permite por cierto una gran flexibilidad y libertad para actuar en el tráfico comercial por vía societaria o cuasisocietaria pero prescinde de un elemento fundamental para resguardo del crédito que es la inscripción en el registro público de comercio.

### **III. La tendencia ultra regulatoria. Algunas de sus manifestaciones**

1. La pluralidad de socios (LSC art. 1) no basta que sea meramente formal sino que debe ser sustancial a criterio de la IGJ (RG 7/2005 art. 55) aunque la LSC art. 34 admita la licitud del socio aparente o sea la simulación lícita de la pluralidad de socios (C. Civ. art. 957).

Ello es un obstáculo para la anónima unimembre de vigencia generalizada en el derecho comparado.

Para mayor complicación: (i) no está determinada la proporción de la participación sustancial; (ii) en unos supuestos se acepta una participación mínima y en otros no (RG 7/2005 art. 55 *in fine*).

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

2. El objeto social debe tener una actividad única aunque se admiten otras actividades si son conexas, accesorias y/complementarias (RG 7/2005 art. 66).

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

La LSC admite que el objeto (LSC art. 11 inc.3) incluya actividades (LSC arts. 62-1-b; 64-1-a; 66) sin exigir conexidad, accesoriedad o complementación.

El criterio podría ser admisible en anónimas cerradas de interés público (LSC art. 299 incs. 2/5) pero no en la anónima cerrada privada (LSC art. 301) ni en los otros tipos sociales.

En la anónima privada cerrada coarta la autonomía de la voluntad allende el LSC art. 301.

En los otros tipos sociales coarta la autonomía de la voluntad sin mediar interés público alguno.

Respecto de la anónima abierta cabe recordar que la LSC art. 31 para evitar el desvío del objeto social mediante la toma de participaciones en otras sociedades pone un tope a tales participaciones.

Empero como esto es inconveniente para la estructuración de un grupo la Comisión Nacional de Valores autoridad de contralor de las anónimas abiertas (LSC art. 299 inc.1, ley 22.169) (Adla, XL-A, 62) dispuso que sólo se computarán y a su valor registrado las participaciones en sociedades cuyo objeto social no sea complementario o integrador del objeto social de la sociedad inversora (RG. 290 8.1.8.1.12.12., ADLA 1997 C p. 3479).

Es decir que la CNV admite que el objeto social incluya actividades que no sean complementarias o integradoras del mismo en la anónima abierta en la que claramente hay un interés público mientras que la IGJ no lo admite en la anónima cerrada en la que es cuestionable la existencia de un interés público.

3. El capital debe guardar razonable relación con las actividades de la sociedad (RG 7/2005 art. 67).

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

La LSC sólo impone a la anónima un monto mínimo de capital legal para reservar dicho tipo a empresas de determinada magnitud (LSC art. 168) aunque el monto actual es absurdo.

Las actividades de una sociedad comercial como las de cualquier comerciante requieren crédito además de los aportes de los socios o sea que actúa con el capital estatutario y con crédito.

El crédito no se logra por la cuantía del capital legal ni del capital estatutario sino por la posibilidad de pagar la deuda con el capital en giro o capital de trabajo (activo corriente menos pasivo corriente) presente o posible, o con el flujo de fondos.

El criterio podría ser admisible en las anónimas cerradas de interés público (LSC art. 299 incs. 2/5) pero no en la anónima cerrada privada (LSC art. 301) ni en los otros tipos sociales.

En la anónima privada cerrada coarta la autonomía de la voluntad allende el LSC art. 301.

En los otros tipos sociales coarta la autonomía de la voluntad sin mediar interés público alguno.

4. Se cancelará la matrícula de la sociedad que no realice operaciones (RG 7/05 art. 186-II-2-b).

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

Por el contrario la LSC art. 31 admite la sociedad de inversión.

En la anónima privada cerrada coarta la autonomía de la voluntad allende el LSC art. 301

En los otros tipos sociales coarta la autonomía de la voluntad sin mediar interés público alguno.

5. Se consideran necesarias cláusulas permisivas en la LSC para posibilitar ciertas reglas útiles que no cabrían sin un permiso expreso.

5.1. Se autoriza la inclusión de cláusulas arbitrales en los estatutos de las anónimas y contratos de las limitadas (RG 7/2005 art. 74).

Dicha cláusula permisiva es superflua y sólo se justifica partiendo de que todo lo que no está permitido en la LSC está prohibido.

Dicha cláusula permisiva es superflua porque el arbitraje es consustancial con el comercio y en particular con la sociedad comercial.

El C.Com. 1862 art. 511 imponía el arbitraje por jueces arbitradores para las cuestiones entre los socios.

El C.Com. 1890 art. 448 mantuvo la obligatoriedad del arbitraje salvo estipulación en contrario del contrato social.

La LSC no regula el arbitraje ni lo prohíbe.

Por el contrario en la LSC art. 275 admite que la responsabilidad del director y del gerente de una anónima se extinga por transacción resuelta por la asamblea.

El arbitraje y la transacción coinciden en lo esencial o sea en la finalidad de resolver extrajudicialmente un conflicto.

5.2. Los pactos parasociales son otro ejemplo de como se ha ido acentuando la tendencia que asigna a la LSC el carácter de ley de interés público con la consecuencia de que todo lo que no está permitido en la misma está prohibido.

En 1971 en la Exposición de Motivos de la LSC se señaló que no se consideraba conveniente la inclusión de normas acerca de la legitimidad de la sindicación de acciones por ser un pacto parasocial que no obliga a la sociedad para cuya nulidad o ineficacia bastan las normas generales del derecho v.g. el art. 953 del Código civil.

En 2005 la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales expresa que la regulación de las convenciones parasocietarias propuesta en el Anteproyecto había tenido una buena recepción explica-

ble ya que vino a cubrir una laguna normativa, fuente de inseguridad jurídica por las controversias interpretativas a que dio lugar

5.3. Otro supuesto del fenómeno de la acentuación de la tendencia ultra regulatoria se da en el caso de los contratos de colaboración empresaria.

En 1983 la reforma de la LSC introdujo los contratos de Agrupación de Colaboración y de la Unión Transitoria de Empresas no considerando necesario aclarar que la regulación de los mismos no obstaba a la celebración de otras suertes de contratos de colaboración empresaria (LSC arts. 367 y ss).

En 2005 el Proyecto de Reforma de la LSC modificó algunos aspectos de la AdeC y de la UTE pero consideró necesario aclarar que la regulación de los mismos no obstaba a la celebración de otras suertes de contratos de colaboración empresaria (Proyecto art. 163).

5.6. El ejemplo máximo es el relativo a las sociedades constituidas en el exterior o sociedades externas que no deben confundirse con las sociedades extranjeras.

La sociedad externa es la constituida en el exterior a la que se reconoce el derecho de comerciar en el país sin que para ello interese su nacionalidad.

La sociedad extranjera es aquélla a la que se atribuye nacionalidad sea para (i) conferirle determinados derechos como v.g. el fuero federal (Const. Nacional art. 116 ( ex art. 100), ley 48 (art. 10) (Adla, 1852-1880, 364) o la titularidad de empresas culturales (Ley 25.750 —Adla, LXIII-D, 3817—); (ii) o imponerle determinadas sanciones como el régimen de la propiedad enemiga (Segunda Guerra Mundial Decreto 11509/46; Guerra de las Malvinas ley 22.591 — Adla, XLII-B, 1305—).

El Código de 1862 art. 398 permitía a las sociedades externas actuar en el país cumpliendo con los requisitos propios de las sociedades locales o sea la inscripción en el RPC y quedando en caso de no hacerlo sujetas a las reglas de las sociedades irregulares.

La regla era lógica y no planteó problemas hasta que en el Código de 1890 siguiendo al Código Civil vigente desde 1871 dispuso inequívocamente que todas las anónimas requerían la autorización del Poder Ejecutivo local exceptuando de ello a las que sólo realizaran actos de comercio

y no una actividad comercial (C.Com. 1890 art. 285) o sólo establecieran una sucursal (C. Com. 1890 art. 287).

Las restantes anónimas o sean las que venían a realizar una actividad comercial debían obtener la autorización del P. Ejecutivo y estaban sujetas a su fiscalización (C.Com. 1890 art. 286).

En 1897 se atemperó el régimen disponiéndose que sólo estaban sujetas a autorización las que tuvieran en la República su directorio o asamblea o hubieran sido levantados aquí la mayor parte de su capital (C. Com. 1890 art. 286 texto 1897).

En 1912 se aclaró que el establecimiento de una sucursal no precisaba autorización del P. Ejecutivo dadas ciertas condiciones (ley 8867 —Adla, 1889-1919, 842—).

Estas reglas fueron las que dieron lugar en la LSC de 1972 al régimen de la sociedad constituida en el extranjero (LSC arts. 118/124).

Así: (i) *los actos de comercio* del C. Com. 1890 art. 285 son el antecedente de *los actos aislados* de la LSC art. 118; (ii) el *establecimiento de una sucursal* del C. Com. 1890 art. 287 es el antecedente del *ejercicio habitual* de la LSC art. 118; (iii) y el C. Com. 1890 art. 287 texto 1897 que restringía los casos de anónimas sujetos a autorización del P. Ejecutivo, es el antecedente de la LSC art. 124 aunque ya no rige el sistema de la autorización del C. Com. 1890 art. 318 sino el sistema normativo de la LSC art. 167.

El sistema no implicaba la existencia de interés público en el régimen de la sociedad externa hasta que en 1980 ley 22.315 que reestructuró las funciones de la Inspección General de Justicia, dispuso en su artículo 8 que la IGJ tenía respecto de la sociedad externa la atribución de solicitar judicialmente su disolución y liquidación por razones de interés público conforme a la LSC arts. 301 inc. 2 y 303 inc. 3.

En el panorama descripto apareció un nuevo elemento consistente en sociedades externas inscriptas conforme a la LSC art. 118 y 123 eludiendo la aplicación de la LSC art. 124.

Dichas sociedades externas se estructuran generalmente conforme a legislaciones que brindan tratamientos fiscales benévolos con la condición de que la actividad de las mismas se desarrolle fuera del país de su constitución.



Es el caso de las llamadas *off shore* v.g. las sociedades uruguayas de la ley 11.073 o de otros paraísos fiscales.

Esta situación motivó la IGJRG N° 7/2003 conforme la cual las sociedades constituidas en el extranjero que soliciten su inscripción en el RPC a los fines de la LSC art. 118 párrafo tercero o sea “Ejercicio habitual” y de la LSC art. 123 debían informar si se hallaban alcanzadas por prohibiciones o restricciones legales para desarrollar en su lugar de origen todas sus actividades o la principal o principales de ellas.

Resulta claro que lo que se procuraba es evitar la violación de la LSC art. 124.

Concordantemente: (i) La IGJ denegaría la inscripción de las sociedades que no cumplan con los extremos de acreditación de activos (IGJRG N° 7/2003 art.2); (ii) los representantes de las sociedades inscriptas según la LSC art.123 debían acreditar el cumplimiento de las Resoluciones de la AFIP (IGJRG N° 7/2003 art.4); (iii) La IGJ podría requerir a las sociedades inscriptas la adecuación de los estatutos o contrato conforme a la LSC art. 124 y en caso de incumplimiento solicitar por vía judicial la cancelación de la inscripción de la sociedad (RG 7/2003 art.6); (iv) La IGJ no inscribiría los instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en los que hubiera votado una sociedad externa no inscripta conforme a la LS art. 123 siempre que los votos emitidos por sí o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social (RG 7/2003 art.8) lo que fue ampliado mediante la IGRG N° 9/2005; (v) La solución antedicha se aplica a las “sociedades vehículo” de la IGJRG N° 22/2004 cuyos controlantes se hallaren en infracción.

La RG 7/2003 y sus complementarias cuyas soluciones se mantienen en la IGJRG N° 7/05 “A” arts. 188 inc.3/194 y ss. y en la IGJRG N° 12/05 merecen los siguientes comentarios:

1) Se ajusta a derecho el requerimiento de información tendiente a evitar el incumplimiento de la LSC art. 124 así como la denegatoria de inscripción o el pedido de cancelación judicial de la inscripción.

Es obvio que una sociedad externa que no puede realizar su principal objeto en su país y que viene a operar aquí es porque aquí realizará su principal objeto siendo aplicable en consecuencia la LSC art. 124.

2) Es cuestionable la exigencia de la acreditación del cumplimiento de las resoluciones de la AFIP para las sociedades inscriptas.

Es cierto que el CCom. art.29 dispone que la inscripción en el Registro será ordenada *siempre que no haya motivo para dudar que el peticionante goza del crédito y probidad que deben caracterizar a un comerciante de su clase* lo que obviamente incluye el cumplimiento con el Fisco.

Es cierto que la LSC art.167 prescribe que el *contrato constitutivo* (de la anónima) *será presentado ante la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales.*

Empero todo ello se refiere al pedido de matriculación y al pedido de inscripción de contratos constitutivos de una anónima y obviamente de sus modificaciones, pero no a la conducta o inconducta tributaria del comerciante matriculado o de la sociedad inscripta.

La conducta fiscal de las sociedades inscriptas es ajena a la competencia de la IGJ conforme a la ley 22.315.

La inconducta fiscal de las sociedades inscriptas incumbe a la ley de procedimiento tributario 11.683 y a la ley penal tributaria 24.769.

3) Es cuestionable que la IGJ aprecie con criterio restrictivo la inscripción de sociedades creadas en jurisdicciones de baja o nula tributación aunque tal legislación no establezca prohibiciones o restricciones de actuación en su propio territorio (IGJRG N° 7/05 “A” art. 192).

Esto es cuestionable porque: (i) nada tiene que hacer la tributación del país de origen con la LSC art. 124; ii) la política fiscal no es de incumbencia de la IGJ.

4) Es cuestionable que el temperamento anterior se aplique a sociedades externas constituidas en jurisdicciones que aunque no fueren consideradas de baja o nula tributación sean consideradas como jurisdicciones no colaboradoras en la lucha contra el lavado de dinero o el crimen internacional (IGJRG N° 7/05 art. 192).

Esto es cuestionable porque: (i) la política penal no es de incumbencia de la IGJ; (ii) de mediar un delito el funcionario que lo conozca en ejercicio de sus funciones deber denunciarlo (CPPN art. 177 inc. 1).

5) Es cuestionable la denegatoria de inscripción de acuerdos asamblearios en los que haya participado una sociedad externa no inscripta.

La presunta inconducta de la sociedad participante no puede imputarse a la sociedad participada porque ello implicaría una desestimación descendente de la personalidad de la participante achacando a la participada la seudotorpeza de aquélla, lo que sólo podría tener lugar mediante el debido proceso (CN art. 18).

La presunta inconducta de la sociedad participante sólo generaría para la misma: (i) la responsabilidad solidaria por los daños causados (CCom regla I, art.207, CCiv arts. 1072/1081); (ii) la responsabilidad del socio oculto (LSC art.34).

A su vez la IGJRG N° 7/05 “A” “Actos Aislados” arts. 229/236 en cuanto mantiene las soluciones de la IGJRG N° 8/2003 sobre la adquisición de bienes inmuebles por sociedades constituidas en el extranjero para determinar si tal actuación encuadra en la LSC art.118 “ejercicio habitual” o en la LSC art. 124, es cuestionable por los siguientes motivos.

Con referencia a la LSC art.118 “ejercicio habitual” cabe tener en cuenta que:

1) Las operaciones sobre inmuebles son ajenas al comercio (C. Com. art. 452 inc. 1) por lo que no afectan al crédito mercantil no siendo comerciante quien las realiza.

Una excepción podría darse si la sociedad externa tuviera por objeto el tráfico inmobiliario y adquiriera o enajenara inmuebles en el país.

Empero aunque así fuera no corresponder a exigir la inscripción de dicha sociedad porque ello es una carga y no una obligación.

Las consecuencias del incumplimiento de la carga serían las responsabilidades de la sociedad informal (LSC art. 21/26).

Respecto a la LSC art. 124 cabe tener en cuenta que:

1) Si la sociedad externa *legitimara activos de origen ilícito* (Ley 25.246) *o hiciera indebido uso de la planificación fiscal internacional con finalida-*

*des de evasión o elusión lesivas del ordenamiento y la soberanía tributarios argentinos* (Ley 24.769), procedería la denuncia penal pertinente (CPPN art. 177).

2) La IGJ como autoridad de contralor (Ley 22.315 art.8) podría demandar judicialmente la liquidación de los bienes de dicha sociedad existentes en el país por razones de interés público (arg. LCQ 24.522 art. 2 inc. 2).

Hasta aquí lo que se ha visto consiste en que por razones de soberanía y control, cabe considerar que la inscripción para la sociedad externa es una obligación cuyo incumplimiento lleva a que la IGJ demande judicialmente la liquidación de sus bienes u operaciones o la disolución y liquidación.

Empero hay opiniones que van allende desconociendo la legitimación activa de la sociedad externa no inscripta para actuar en juicio.

Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala F el 05.06.2003 en el controvertido fallo “Rolyfar SA c. Confecciones Poza SA s/ ejecución hipotecaria (ED T.203 p. 415 nro. 52.181) admitió la excepción de inhabilidad de título opuesta en una ejecución hipotecaria a la cesionaria de una sociedad extranjero no inscripta.

La Corte Suprema (ED T.209 p.136 nro. 52912) dejó sin efecto el pronunciamiento.

Cabe resaltar que la Corte Suprema no fundó su decisorio en la LSC art.118 “Actos aislados” sino en el CPCC art. 544.

Así el Proyecto de la Ley de Reforma de Sociedades Comerciales de 2005 redactado por los profesores Jaime L. Anaya, Raúl A. Etcheverry y Salvador D. Bergel en: (i) sus artículos 118 y 119 dispone que el incumplimiento por una sociedad constituida en el extranjero de la inscripción en el Registro Público de Comercio *torna inoponible el acto constitutivo con relación a los actos cumplidos en la República. Mientras subsista el incumplimiento no podrá ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en la República. Por esos actos o hechos que preceden a la inscripción responden solidariamente quienes hayan actuado en nombre de la sociedad*”; (ii) en su artículo 123 que la sociedad constituida en el exterior mientras no se haya inscripto para participar en una sociedad local *no podrá ejercer los derechos de socio en la sociedad participada*; (iii) en su artículo 124 que la sociedad constituida en el extranjero con

sede u objeto principal en la República *será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento, En tanto se mantenga el incumplimiento, serán de aplicación los efectos establecidos por el artículo 119”*.

En suma se trata de una opción legislativa.

O se mantiene para la sociedad externa la inscripción como carga, tal como para las sociedades internas, con la consecuencia de la responsabilidad solidaria de socios y representantes por las obligaciones sociales (LSC art. 23) en caso de incumplimiento.

O se impone a la sociedad externa la inscripción como obligación con las consecuencias en caso de incumplimiento que: (i) no podrá ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en la República; (ii) sólo responderán ante terceros solidariamente quienes hayan actuado en nombre de la sociedad, pero no los socios.

La primera solución cuadra más con la razón de ser de la inscripción comercial y no obsta a la aplicación en su caso de la ley 22.315 (Adla, XL-D, 3988) art. 8. de la LSC (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319) arts. 18/19, 301 inc. 2, 303 inc. 3 y de las leyes penales.

#### **IV. La tendencia desregulatoria. Algunas de sus manifestaciones**

Singularmente la misma nota institucional que dio pie a la tendencia ultraregulatoria fue la que abrió camino a la tendencia desregulatoria.

1. La tendencia desregulatoria se desarrolló en un proceso evolutivo generado por el art. 30 de la LSC.

En la misma medida que en la anónima hay un interés público, para preservar la tutela de ese interés público que prescribió en el LSC art.30 de 1972 que las sociedades por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones.

Pocos años después estalló la crisis del petróleo con la creación de Organización de los Países Exportadores de Petróleo.

Esto generó el interés para ubicar petróleo en países ajenos a la OPEP y entre ellos la Argentina.

Como el negocio petrolero es un negocio de gran envergadura se suele utilizar para el mismo el *unincorporated joint venture* norteamericano en una versión muy parecida a la de nuestra sociedad accidental o en participación (LSC art. 361).

Empero el LSC art. 30 era un grave obstáculo incrementado por el LSC art. 386 inc. h que sanciona el incumplimiento con la irregularidad (LSC art. 21) de las sociedades intervinientes aunque atenuado por la jurisprudencia no quitó inseguridad al negocio.

Para suprimir el obstáculo del art. 30 en 1978 se sancionó la ley 21.778 (Adla, XXXVIII-B, 1385) que excluyó de la aplicación de dicho artículo en los contratos petroleros (ley 21.778 art. 8).

Este fue un precedente que llevó a generalizar la solución respecto de otros negocios.

Así en la reforma de 1983 se introdujo la unión transitoria de empresas con las características que ya hemos dicho.

La UTE tiene a su vez una gran similitud con el *consórcio* brasileño (Ley brasileña de sociedades por acciones 6404/976 art. 278 mantenida en el Código Civil brasileño ley 10.406/2002 art. de 2002 art. 1089).

Empero el *consórcio* brasileño tiene una finalidad distinta de la del LSC art. 30, pues apunta a diferenciar al *consorcio* del *grupo de sociedades* regulado en la ley 6404 art. 265 y ss.

2. De allí en mas tomo cuerpo la idea de flexibilizar el ordenamiento societario y a la misma se sumó una *vexata questio*, la de la unificación de los Códigos Civil y de Comercio ya planteada en el primer Congreso de Derecho Comercial de 1940.

Las comisiones de distinguidísimos juristas redactores de los Proyectos de Unificación, él de 1987 devenido en la Ley 23.042 (Adla, XLIV-A, 4) vetada por decreto 2719/91, los dos de 1993 y él de 1998, muchos participantes en varias de ellas, abogaron por un nuevo sistema que permita coparticipar en una actividad comercial sin responsabilidad ante terceros y prescindiendo de inscripción alguna, aunque con distintas variantes.

Por razón de brevedad se abordará el último Proyecto de 1998.

En el mismo se propuso un régimen de *contratos asociativos* aplicables al comercio pero que no son sujetos de derecho ni les caben las normas sobre la sociedad (art. 1333) y son informales (art. 1336) o sea que están exentos del LSC art. 30 y de la inscripción del LSC art. 7; (ii) la calificación de *contrato asociativo* a cargo de los socios lo que excluye la invocación de *sociedad* entre los contratantes y respecto de los terceros concededores del contrato, siendo presunción contraria a la existencia de *sociedad* para los terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del contrato (art. 1335), solución ésta cuestionable (1); (iii) un *contrato asociativo* denominado *negocio en participación* (art. 1338) similar a la actual sociedad accidental o en participación (LSC art. 361) que se deroga (Anexo II Legislación complementaria art. 14) pero mientras ésta tiene por objeto *una o más operaciones determinadas y transitorias* el objeto de aquélla es la *realización de operaciones determinadas*.

A la corriente doctrinaria anterior se sumaron las Comisiones de destacadísimos juristas redactoras de los Proyectos de reforma de la LSC.

El Proyecto de 1993 de la Comisión designada por resolución MJ 465/91 para la reforma de la LSC sugirió: (i) la supresión del régimen de las sociedades no constituidas regularmente; (ii) la adopción de un sistema de negocios en participación aplicables al comercio (art. 339) pero informales (art. 343) y en los que puede haber partícipes irresponsables ante terceros (art. 348, 349): (ii) la modificación del art. 30 vedando a las anónimas y en comandita por acciones formar parte de sociedades colectivas ni de capital e industria ni ser socios comanditados.

El Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales ya mencionado elevado a consideración del Sr. Ministro de Justicia en Abril 2005, aconsejó:

1) La oponibilidad de las cláusulas de los contratos de sociedad no escritos o no inscriptos a los terceros si se prueba que estos *lo conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de relaciones jurídicas disponibles por la autonomía privada* (art. 23); esta solución es similar a la del Proyecto 1998 art. 1335 y motiva los mismos cuestionamientos.

2) La supresión del último párrafo del actual art. 34 que dispone *La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el artículo 125*.

Todas estas propuestas alteran el régimen de publicidad de la sociedad comercial que tiene gran relevancia.

Tiene gran relevancia porque comerciar en sociedad implica comerciar indirectamente actuando bajo reglas de responsabilidad diferentes de las aplicables de comerciar directamente.

Quien comercia directamente recurre al crédito respondiendo por las obligaciones contraídas conforme al C. Civil art. 1197.

Quien comercia indirectamente vía societaria responderá por las obligaciones contraídas conforme a las reglas del tipo social operante.

Para que dichas reglas sean oponibles a terceros, las mismas deben tener adecuada publicidad y esto es lo que justifica la necesidad de la registración de las escrituras de sociedad tal como dispuso el C. Com. español de 1829 arts. 22 y 28, adoptó nuestro C. Com. de 1862 arts. 47 y 52 lo que mantuvo la reforma de 1890 arts. 38 y 41 y hoy perdura en la LSC arts. 7, 21 y concs.

La falta de la inscripción del contrato constitutivo lleva a la responsabilidad solidaria directa de los socios sin poder invocar el beneficio de excusión de los bienes sociales *ni las limitaciones que se funden en el contrato social* (LSC art. 23).

No ocurre lo mismo con la sociedad accidental o en participación que no requiere inscripción (LSC art. 361) y en que solo responden ante terceros el socio o los socios gestores solidariamente (LSC art. 362).

La solución es congruente porque el objeto de dicha sociedad *es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias* (LSC art. 361) o sea que no hace del comercio su *profesión habitual* (C. Com. art. 1).

Por ende la sociedad accidental o en participación no recurre habitualmente al crédito y en consecuencia sería superfluo requerirle inscripción.

Lo anterior va dicho sin olvidar la controversia doctrinaria sobre su regulación en el C. Com. 1890.

Otro tanto sucede con la sociedad civil (C. Civil art. 1648) pues de por sí es ajena al comercio maguer puede adoptar un tipo comercial (LSC art. 1) y cuyos socios responden ante terceros virilmente y no solidariamente salvo pacto en contrario (C. Civil art. 1747) aunque deben cubrir la cuota de los insolventes (C. Civil arts. 1751, 1731).



El recaudo de inscripción de la sociedad comercial para que sus *limitaciones* respecto de la responsabilidad de los socios sean oponibles a terceros (LSC art. 23), se complementa con la responsabilidad solidaria del socio oculto (LSC art. 34).

De poco serviría el régimen de responsabilidad de la sociedad no inscrita si una sociedad inscrita contara con socios ocultos que comercian indirectamente sociedad mediante pero sin responder como si se tratara de una sociedad accidental o en participación (LSC art. 363).

Quizás fuera mejor suprimir o modificar el LSC art. 30 causa fuente de las iniciativas mencionadas.

## V. Conclusiones

Sería conveniente reconsiderar la LSC de acuerdo a las siguientes pautas:

1. Una mayor apertura a la autonomía de la voluntad con resguardo del orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19) y una menor regulación respecto de las Disposiciones Generales (Capítulo I de la LSC) y de las sociedades personalistas (Capítulo II De las sociedades en particular, Secciones I, II, III y IV).

2. Distinguir entre la anónima cerrada privada (LSC art. 300) la anónima cerrada pública (LSC art. 299 incs. 2/6) y la anónima abierta (LSC art. 299 inc. 1, Decreto Ley Delegado 677/01).

Respecto de la anónima cerrada privada utilizar igual temperamento que el propuesto para las sociedades personalistas, por estar aplicada a negocios privados en los que no hay interés público alguno estando muy difundida.

Respecto de la anónima cerrada pública, mantener el régimen actual por ser de interés público: (i) el monto máximo del capital de una anónima cuestión ya planteada bajo el régimen de la autorización (Corte Suprema integrada por los ministros Roberto Repetto, Antonio Sagarna, Francisco Ramos Mejía y Tomás Casares, "Standard Oil Co S.A. v/Gobierno Nacional, 07.12.1945. J.A. 1946-I p. 712 n° 5706), y que reitera la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 art. 8; (ii) las sociedades de economía mixta o las comprendidas en la Sección VI; (iii) las operaciones previstas en el LSC

art. 299 incs. 4 y 5 salvo las sujetas a ordenamientos especiales para evitar trámites superfluos.

Respecto de la anónima abierta: (i) conciliar con nuestro régimen de estructura de la anónima con las prácticas del gobierno corporativo propias de la estructura de la *corporation* norteamericana, lo que es ineludible para no cerrar el paso a inversores institucionales; (ii) ubicar dicho régimen en una Sección del Capítulo II de la LSC tal como se hace en la Sección VI atinente a la Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

3. Mantener el Capítulo III de la LSC sobre los contratos de colaboración empresaria con: (i) la supresión o modificación del LSC art. 30 y de la negación de su condición de sociedad y de sujeto de derecho incongruente en la UTE (LSC art. 377) dada su semejanza con la sociedad accidental o en *participación* que es una sociedad pero no un sujeto de derecho (LSC art. 361) y superflua en la AdeC (LSC art. 377) que por su finalidad desinteresada (LSC art. 368) es una asociación y no una sociedad; (ii) la aplicación de las pautas propuestas para las sociedades personalistas.

4. La LSC tendría que completarse con:

1) Un régimen sancionatorio contravencional o infraccional tal como propone el Proyecto de modificación de la LSC de 2005, régimen a cargo de la justicia comercial tal como fue la calificación de conducta falencial que ejerció una función preventiva innegable.

2) Un régimen sancionatorio penal renovado debiendo analizarse la conveniencia de la multiplicidad de fueros.

## **VI. Nota**

Lo antedicho fue la base *mutatis mutandi* de una conferencia en el “VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y X Congreso Argentino de Derecho Societario” celebrado en La Falda, Córdoba en Octubre de 2007 y de una comunicación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en Diciembre de 2007.

# III

## ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen a continuación resultan de los respectivos informes elevados a la Presidencia por los académicos directores de cada uno de los institutos.



## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo realizó una intensa actividad durante el año 2007, llevando a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus distintos integrantes, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina, que fueron objeto de interesantes debates, poniendo en evidencia el interés y la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el 24 de abril, se comunicó el plan de acción para el período y se comentaron diversas novedades académicas. A continuación los doctores Fabián O. Canda y Javier López Calderón expusieron sobre los siguientes temas: “Cuestiones de derecho disciplinario en el fallo ‘Spinosa Mello’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” y “Nueva reglamentación acerca de los requisitos de la admisibilidad formal del recurso extraordinario federal y recurso de queja (acordada por la CSJN 4/07)”.

En la segunda reunión, llevada a cabo el 22 de mayo, el Director del Instituto abordó el tema concerniente a “Las fuentes de la Constitución nacional y el derecho administrativo”.

En la siguiente reunión, efectuada el 26 de junio, el Procurador General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, doctor Agustín Zbar, expuso sobre “La Corte Suprema frente a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires”.

El 28 de agosto, fue invitado a exponer el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, doctor José Osvaldo Casas, quien lo hizo sobre “Tasas y coparticipación tributaria”.

A su vez, en la reunión del 9 de octubre se abordó el proyecto de ley modificatorio de la Ley de Expropiación N° 21.499, modificación del artículo 1º, a raíz de la consulta formulada a la Academia por la presidenta de la Comisión de Legislación General de la H. Cámara de Diputados de la Nación, diputada doctora Ana María Carmen Monayar.

En la última sesión del año, realizada el 27 de noviembre, el doctor Jorge Muratorio expuso sobre “Una agenda legislativa para el Derecho Administrativo Nacional”. Asimismo, se intercambiaron ideas acerca del plan de acción para el año 2008.

## INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes y la subdirección del académico doctor Jorge H. Alterini, el Instituto dispuso realizar diferentes trabajos en materia de sucesiones hereditarias.

Al efecto se distribuyó un temario para que los miembros del Instituto se orientaran en la elección de los temas, sin perjuicio de admitir otros que ellos propongan.

Se han elaborado ocho colaboraciones y se espera la entrega de algunas que fueron ya anunciadas.

A fin de cerrar el ciclo se dispuso como fecha final para las entregas la del 19 de diciembre.

De este modo, tal como tradicionalmente el Instituto ha efectuado sus tareas años anteriores, para finales de 2007 se contará con las colaboraciones suficientes para abarcar una publicación autónoma, sobre una materia nunca tratada por los institutos de la Academia.

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el Instituto desarrolló una importante labor durante las reuniones llevadas a cabo en el año, contando todas ellas con un buen nivel de asistencia de sus miembros, que coincidieron en continuar durante el año 2007 el desarrollo temático con la misma profundidad y seriedad académica como la que hasta el presente se ha venido realizando, en total consonancia con los fines que inspiraron la creación del Instituto.

Con tal propósito en la reunión del 17 de abril, se planificó la labor a desarrollar durante el año, se fijaron los temas y se invitó a los miembros presentes a manifestar qué aspectos del temario preferían abordar. Luego de la reunión inicial se realizaron otras seis, a razón de una por mes, reiterándose como día fijo de reunión el tercer martes de cada mes.

En la reunión del 15 de mayo el doctor Juan Vicente Sola sumó a su sólido conocimiento sobre “Los derechos de incidencia colectiva” el valioso aporte de antecedentes del derecho comparado, fundamentalmente de los Estados Unidos de América.

El 18 de junio, el doctor Eugenio Palazzo expuso con solvencia sobre “Juez natural, tribunal militar: el caso López”.

El 17 de julio, el doctor Jorge R. Vanossi abordó en profundidad el tema “A medio siglo de la Convención Nacional Reformadora de 1957: debate en torno al poder constituyente”. En dicha reunión se contó con la presencia e invaluable participación del doctor José Claudio Escribano, quien también hizo novedosos aportes.



El 21 de agosto, el doctor Antonio Martino se refirió a “La influencia de las nuevas tecnologías en el pensamiento jurídico”. Su sólida y fundada exposición se vio enriquecida por la proyección de gráficos y material ilustrativo.

El 18 de septiembre, el doctor Antonio Castagno expuso con claridad sobre “Veto presidencial e insistencia. El art.83 de la Constitución Nacional”, proporcionando interesantes antecedentes y aportes doctrinarios.

El 16 de octubre se había programado una reunión a la que concurrirían en carácter de expositores el doctor Gerardo Ancarola y la doctora María Angélica Gelli. Dicha reunión debió cancelarse a raíz de un grave problema de salud que afectó al doctor Ancarola.

El 20 de noviembre, la Corporación y el Instituto tributaron un homenaje al señor académico doctor Segundo V. Linares Quintana, Director Honorario del Instituto, y de larga y brillante trayectoria, reconocido como un verdadero maestro del Derecho Constitucional, que ha formado discípulos en el país y en el extranjero. El distinguido homenajeado presentó la 2º edición actualizada de su libro “Tratado de interpretación constitucional” y dictó una clase sobre “El incumplimiento de la ley”. El acto fue abierto por el señor Presidente de la Academia, doctor Julio César Otaegui, y el suscripto señor académico doctor Juan R. Aguirre Lanari tuvo a su cargo la presentación del disertante, ante una nutrida concurrencia. Con esta reunión pública se dio por finalizada la labor académica del Instituto correspondiente al año 2007.

En todas las reuniones, después de escuchar al expositor, se generó un interesante cambio de opiniones entre los miembros, que siempre han asistido en número considerable y han evidenciado interés a través de una participación activa.

La primera reunión del año próximo se fijó para el tercer martes de abril, ocasión en la que se propondrán diversos temas para su desarrollo.

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se iniciaron en marzo, oportunidad en la que el doctor Mariano Gagliardo brindó una muy interesante disertación sobre el tema “Panorama de la simulación en la sociedad anónima”.

Dividió su exposición en cuatro capítulos. En primer lugar, realizó consideraciones generales sobre el instituto de la simulación, consignando la bibliografía nacional y extranjera que abordan el tema, un precedente jurisprudencial que contiene un ilustrado voto del doctor Guillermo Borda, y una breve mención a la letra del art. 955 del Código Civil. También en este capítulo puso de resalto el doble tratamiento que existe de la simulación, en el Código Civil, y en la Ley de Sociedades, puntualizando las proyecciones que tal dualidad podría introducir en materias como la prescripción.

El segundo aspecto considerado fue el interrogante respecto a si cabe aplicar la simulación a las personas jurídicas, y a la sociedad anónima en particular. Expuso brevemente las opiniones de la más autorizada doctrina nacional e italiana.

En tercer término se refirió a distintos supuestos de simulación en la sociedad anónima, identificando casos en las suscripciones de capital, sociedad de objeto ilícito, falso accionista, interés contrario, dividendos ficticios, el caso del socio aparente.

Por último, aludió a algunos casos jurisprudenciales en los que se juzgó configurada la simulación en la sociedad anónima.

La disertación despertó vivo interés entre los miembros del instituto, motivando las intervenciones de los doctores Julio César Otaegui, Edgar

Jelonche, Guillermo Ragazzi, Rafael Manóvil, Jaime L. Anaya, María Celia Marsili y Héctor Alegría.

A la sesión del mes de abril, en la que el doctor Raúl Etcheverry expuso sobre el tema “Reflexiones sobre la revisión de la teoría de la personalidad jurídica en el derecho”, fue invitado el Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, doctor Ramiro Moreno Baldívieso.

El orador postuló inicialmente que el concepto jurídico de contrato, contemplado en el art. 1137 del Código Civil, se encuentra en crisis en la actualidad, por su desajuste con la realidad. En su opinión, el autor del Código sólo consideró los contratos de cambio, sin contemplar las estructuras asociativas, al proyectar la norma citada. Del mismo modo, señaló que el art. 1143 sería también aplicable solamente a los contratos de cambio.

A continuación indicó que en general se suele asimilar la idea de personalidad jurídica con limitación de la responsabilidad, cuando dichos conceptos no necesariamente se verifican simultáneamente. Señaló como ejemplo el de las ACE, UTE, Consorcios de Cooperación y el Fideicomiso, que son estructuras jurídicas que no son personas, pero que en la práctica se encuentran “personificados” (v.gr. por la legislación tributaria).

Luego aclaró que la sociedad puede o no surgir de un contrato, de donde derivó que tales negocios de organización plurilaterales, sean de cooperación – sociedades accidentales, fondos comunes de inversión, etcétera – o de dominación – grupos de derecho o de hecho –, deben ser excluidos de su tratamiento como contratos. Propuso en consecuencia repensar los sistemas de organizaciones colectivos o negocios de organización, ya que la noción de personalidad se encuentra superada.

Terminada su exposición, varios de los asistentes expusieron sus puntos de vista y consultas al orador sobre diferentes aspectos del tema desarrollado.

En mayo, a iniciativa del doctor Guillermo E. Ragazzi, se realizó una sesión pública, a la que fue invitada como expositora la Inspectora General de Justicia, doctora Déborah Cohen. El tema considerado fue la ley 26.047 de organización y puesta en funcionamiento de los Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, de Sociedades No Accionarias, de Sociedades Extranjeras y de Asociaciones Civiles y Fundaciones.

El doctor Ragazzi relató los antecedentes normativos del proyecto que luego se plasmó en ley y la importancia de su función. Enfatizó sobre el carácter local de cada Registro, de lo que se deriva que el control de legalidad sobre los actos y personas a ellos sujetos es privativo de cada jurisdicción. Agregó, en tal sentido, que se trata de una competencia no delegada por las provincias y, por la forma de su organización, deben considerarse como una base centralizada de datos llevada por medios informáticos. Por dicha razón, no se reemplaza ni modifica el contenido y efectos de la inscripción registral originaria, siendo la autoridad local la única que expide certificaciones sobre sus propios asientos.

Recordó que la nueva ley organiza los Registros Nacionales creados por las leyes 18.805 – luego reemplazada por la ley actual ley 22.315 –, 19.550 de Sociedades Comerciales y por el decreto N° 23/1999.

La doctora Cohen puso especial énfasis en la necesidad de profundizar los trabajos sobre informatización y digitalización de la documentación obrante en los registros, no sólo en el ámbito local, sino también en el ámbito nacional, y destacó los avances en la digitalización de los protocolos en la Inspección General de Justicia, a efectos de contar con un resguardo tecnológico de la documentación registral.

Comentó también que en forma gradual se ha avanzado en la puesta en funcionamiento de los Registros Nacionales que organiza la ley 26.047 y destacó el apoyo de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), sin que el mismo implique interferencia de competencias. Agregó que ambos organismos se hallan abocados a la preparación de normas reglamentarias que se dictarán en conjunto, siendo uno de los objetivos vincular las inscripciones en trámite con el alta de la nueva sociedad ante la AFIP y otorgar la CUIT desde la IGJ a las sociedades que se constituyen, simultáneamente con la entrega del testimonio de la inscripción, simplificándose de esta manera, ambos trámites.

El doctor Ignacio Escuti fue orador de la sesión del mes de junio, en la que comentó el fallo “Pardini”, dictado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el que se analizó el tema de la desestimación de la personalidad jurídica.

En particular destacó del precedente citado la circunstancia de haberse hecho lugar a la desestimación de la personalidad para condenar a dos directores de la sociedad, pero bien que dando a entender – a su criterio –

que primero deben ejecutarse los bienes de la sociedad, desde que remitió a la responsabilidad de la sociedad colectiva.

El expositor evocó la evolución del concepto de personalidad de las sociedades comerciales, recordando los antecedentes “Swift” y “Artesiano”, para luego analizar el art. 54 de la ley de Sociedades Comerciales, y señalar a partir de allí que el fallo aplicó la inoponibilidad activa directa.

En la sesión del mes de julio la doctora Ana Isabel Piaggi trató el tema “Análisis económico del Derecho” (AED). Inició su exposición señalando que el “nuevo” AED postula que no es posible entender las instituciones jurídicas sólo con argumentos legales sino que resulta esencial considerar qué efectos tienen estas instituciones sobre la sociedad y qué resultados generan para los ciudadanos. El AED no es una corriente de pensamiento uniforme, sino que presenta diferentes concepciones con divergencias teóricas notables.

Su ubicación metodológica lo ubica como una rama de la ciencia económica, casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía, cuyo objetivo es analizar y evaluar el rol de las normas jurídicas a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes económicos, y su repercusión en las cantidades y los precios.

Agregó que el punto de arranque de esta construcción es que no trata de explicar el derecho, sino de diseñar lo que debe ser; aparece como una necesidad de solucionar problemas concretos que no pueden resolverse desde la monodisciplina jurídica.

Otro aspecto destacado es que las externalidades, el análisis de costo-beneficio y el principio de maximización de la riqueza, son un conjunto de hipótesis sustantivas diseñadas para abarcar las características esenciales de una realidad compleja.

Para terminar diciendo que el predominio de la filosofía subyacente en la codificación decimonónica mantuvo vigentes las estructuras lógico-conceptuales en que se asienta la dogmática tradicional, en una exposición que generó un rico intercambio de ideas entre los asistentes.

El fallo “Terrabusi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que abordó el tema del *insider trading*, fue el tema tratado por el doctor Edgar Jelonche en la sesión del mes de agosto

Señaló que desde el punto de vista económico está discutido que el *insider trading* perturbe el comportamiento de la plaza como tal, asignando mayor importancia entonces a salvaguardar los principios de la buena fe contractual y la lealtad comercial.

Hizo un repaso sobre el origen y evolución del concepto y citó varios fallos señeros de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América y añadió que la ley de valores de ese país no legisla sobre *insider trading* pero le otorga facultades a la *Securities Exchange Commission* para reglamentar supuestos de fraude.

Repasó luego la legislación dictada en Europa, y analizó las leyes 17.811, 23.697, 24.307, y finalmente el decreto 477, que son las normas que deben considerarse en el país para la materia.

Asimismo, destacó aspectos sobresalientes del fallo, que ponderó por seguir las líneas centrales de los supuestos actuales de la tipología sancionatoria. En ese sentido puntualizó: a) que el fallo da buenos fundamentos para revitalizar la doctrina de la delegación del Congreso al Poder Ejecutivo en materias de complejidad técnica, bien que sujetas a la revisión judicial; b) confirma que no se trata de una sanción penal sino administrativa, por lo que no están sujetas a las restricciones propias del análisis de la figura penal; c) enfatizó que en el caso había obligación de abstenerse de operar; y d) analizó la operatoria alegada de ventas y compras como costumbre en la empresa.

En setiembre, el doctor Jorge Labanca se ocupó de “La revisión 2007 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios” llevada a cabo por la Cámara de Comercio Internacional (Publicación No. 600).

Refirió que se trata de un cuerpo de normas mejor organizado que el anterior, fruto de la labor de cinco años de revisión, y recordó que la última databa del año 1995.

Señaló también que varios países han dictado su propia normativa sobre la materia – Estados Unidos de América, varios países latinoamericanos y árabes-, lo que conspira contra la posibilidad de establecer reglas uniformes.

Apuntó que las reglas han evolucionado hacia enfatizar la independencia de la obligación del banco en relación con la operación base, y la idea

de que las entidades bancarias no tienen ninguna vinculación con las mercaderías, sino con la documentación de la operación.

Tras la exposición del doctor Labanca, distintos miembros del Instituto efectuaron comentarios sobre el tema tratado.

En el mes de octubre, el doctor Pablo D. Heredia expuso sobre el tema “Nuevas orientaciones sobre los efectos subjetivos de los contratos”.

Dio inicio a su erudita exposición analizando el texto de los arts. 1195, 1199, 1161 y 1162 del Código Civil, y sus fuentes. Señaló que el codificador quiso que el régimen argentino fuera más rígido que aquéllas, de modo que no contempló las excepciones a los efectos relativos de los contratos que contenían.

El orador analizó distintos supuestos en los cuales se plantea la cuestión sobre los efectos relativos de los contratos, entre los que cabe incluir la situación de un socio comprador de acciones de una sociedad frente a pactos de adquisición preferente hechos por otros socios, situación donde analizó la aplicabilidad del art. 1711 del Código Civil También abordó la problemática del contrato en perjuicio de terceros, que no ha tenido una recepción general en nuestro régimen pero sí aplicada a institutos puntuales, como el supuesto del arrendamiento del constituyente hipotecario hecho en perjuicio de su acreedor.

En relación con esta temática, mencionó los casos de conexidad contractual, por ejemplo en materia automotriz, en donde podría no haber acciones directas de origen contractual pero sí podría ser responsabilizado un tercero por aplicación de la doctrina de la actuación aparente, o por conceptos como el riesgo empresarial.

Tras esta interesante disertación, hicieron sus comentarios los doctores Alicia J. Stratta, Rafael Manóvil, Ignacio Escuti, Edgar Jelonche y Horacio P. Fargosi.

En la última reunión del año, el doctor Rafael Manóvil comentó el fallo dictado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa “Ruberto, Guillermo M. C/ Atanor S.A. s/ precio equitativo de acciones”, de octubre de 2007.

Se trata de un cuestionamiento de un accionista al valor ofrecido por Atanor a la compra de las acciones de los minoritarios. La impugnación se

basó en que el precio no era “equitativo” (art. 32, inc. d., del Dcto). Hubo un laudo emitido por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, a cuya instancia había recurrido el impugnante. La pericia a que se refiere el cuarto párrafo del art. 30 del Dcto estableció como precio equitativo el de \$ 7,97, utilizando como metodología para la valuación de la empresa la de flujos de fondos descontados.

El Tribunal de Arbitraje (en laudo dividido) fijó un precio “equitativo”. Para ello tomó en cuenta un método diferente: sumó al valor patrimonial según el último balance anual, la diferencia entre los valores contables y los montos de los seguros de los bienes del activo, y al resultado de esa suma, le agregó, en concepto de “equidad” un 20 por ciento adicional. La sentencia de la Sala “D” confirmó el laudo en cuanto a que el precio de la OPA no había sido “equitativo” y que tampoco lo era el pretendido por el impugnante, pero lo modificó estableciendo el de la pericia, o sea, \$ 7,97, pero incrementado en un 1 por ciento, en concepto de “prima de control”.

Si bien no se decidió sobre la constitucionalidad del decreto 677/01, porque las partes no introdujeron la cuestión, el doctor Manóvil recordó que sobre dicho aspecto se han pronunciado algunos autores, el de mayor influencia entre ellos el doctor Jaime L. Anaya. Añadió que el tema de la constitucionalidad no es de importancia menor, y se pronunció por la constitucionalidad formal de la norma.

Tras la exposición del doctor Manóvil, se confirió el uso de la palabra a los doctores Jelonche, Vergara del Carril, Marzorati y Alegria.

### ***Sección Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial***

Bajo la dirección del académico doctor Antonio Vázquez Vialard, esta sección comenzó sus actividades en el mes de marzo y las finalizó en noviembre. Se realizó una reunión mensual en la sede de la Academia, generalmente los primeros martes de cada mes por cuanto, en algunas oportunidades, y por razones de agenda, se alteró dicho día.

A principios de año, en la primera sesión, se estableció un temario para las sucesivas reuniones. En cada una de ellas, uno de los integrantes del grupo, previamente designado, la inició con una exposición del tema antes determinado, y luego se efectuó un cambio de ideas y de información sobre el mismo.



Seguidamente se detallan las reuniones, fecha de las mismas, temario y expositor en cada una de ellas:

El 13 de marzo, “*Descentralización productiva*”, por el doctor Juan Ángel Confalonieri.

El 10 de abril, “*Descentralización por contratación y subcontratación*”, por el doctor Jorge Rodríguez Manzini.

El 8 de mayo, “*Descentralización productiva. Enfoque socioeconómico*”, por la doctora Luisa Montuschi.

El 5 de junio, “*La contratación temporal de trabajadores por el contratista y/o subcontratista*”, por el doctor Mario Zuretti.

El 10 de julio, “*La contratación temporal de trabajadores por el contratista y/o subcontratista*”, por el doctor Mario Zuretti.

El 14 de agosto, “*Descentralización por escisión. Filialización (art. 31 LCT). Identificación del empleador. Sujetos trasnacionales e internacionales*”, por el doctor Lorenzo Gnecco.

El 4 de setiembre, “*Descentralización por escisión. Filialización (art. 31 LCT). Identificación del empleador. Sujetos trasnacionales e internacionales*”, por el doctor Lorenzo Gnecco.

El 2 de octubre, “*Cesión de establecimiento*”, por el doctor Alberto Rimoldi.

El 13 de noviembre, “*Transferencia de establecimiento*”, por el doctor Hugo Carcavallo.

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos el Instituto, al inicio del nuevo año académico se procedió en la primera reunión a reelegir a sus autoridades e integrantes, decidiéndose por unanimidad la continuidad de los actuales miembros y autoridades del Instituto, con la colaboración como secretarios de los doctores Silvina González Napolitano y Orlando Pulvirenti.

Siguiendo con las pautas que fueran definidas en la primera reunión en el año 2005, se intensificaron las reuniones y el trabajo de los relatores elegidos para los temas en tratamiento. Se continuó, por tanto, con la metodología inspirada en la del Institut de Droit International, de la que son miembros el doctor Hugo Caminos y el doctor Raúl Vinuesa. Por otra parte, este año coincidió con la realización de la 73 reunión del Institut de Droit International en Santiago de Chile en la que, además de la participación de los mencionados integrantes de este instituto, se distinguió al doctor Orlando Pulvirenti, secretario de este Instituto, designándosele secretario redactor de la misma. No puede dejar de mencionarse que el doctor Marcelo Cohen, quién fuera invitado en el curso del año anterior a brindar una conferencia a este Instituto, con motivo de su designación como miembro correspondiente de la Academia en Suiza, fue asimismo elegido miembro asociado del Instituto Internacional. Estas participaciones permiten acercar aún más el conocimiento y los estándares de trabajo aquí seguidos a los más altos a nivel internacional.

Desde el punto de vista de la actividad académica, se ha entregado el primer proyecto para tratamiento de todos los miembros del Instituto del trabajo que, en relatoría, le fuera encomendado a la doctora Gladys Sabia, consistente en analizar los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de

la Nación, a efectos de establecer de qué manera, conforme a las sentencias del más Alto Tribunal de la Nación, se interpretan el derecho internacional público y el derecho interno. La novedad de este trabajo, no desconociéndose anteriores estudios realizados por el Instituto de Derecho Constitucional de esta Academia, radica en analizar el tema desde la óptica del Derecho Internacional Público, aspecto en el cual esta investigación es original y estimamos que, una vez aprobado a principios del año 2008, será un valioso aporte para el análisis integral del tema.

Próximo también a su conclusión se halla el trabajo sobre “*Nacionalidad de los buques y relación auténtica*”, que fuera asumido por la doctora Frida Armas Pfirter. Finalmente, un tercer grupo de investigación, cuya relatoría recayó en el doctor Osvaldo Mársico, está dedicado al estudio de “*Las consecuencias de la ampliación del concepto de amenaza a la paz y seguridad internacionales en la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el período post – guerra fría*”. En el curso del año a que se refiere esta memoria el doctor Mársico produjo un primer informe con la bibliografía pertinente.

En todos los casos anteriores se llevaron a cabo diversas jornadas tanto en la sede de la Academia como en otros ámbitos, que se informaron al pleno del Instituto, ricas en intercambios académicos.

Tal como surge de lo expresado, nos hemos propuesto cumplir con los objetivos proyectados en los dos años anteriores: 1) Que el objeto de estudio implicara un tema novedoso y un real aporte al progreso de la ciencia del derecho; 2) Que el objeto de estudio fuese asimismo de interés para la ciencia jurídica nacional y de eventual aplicación para el progreso y desarrollo del país.

Con relación a los planes para el año 2008, se espera poder avanzar en nuevas investigaciones sobre temas internacionales de interés para la República Argentina.

## INSTITUTO DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

Con la dirección del académico doctor José Domingo Ray el Instituto realizó las siguientes actividades:

En el mes de abril, la doctora Griselda Capaldo hizo llegar un trabajo sobre la emisión electrónica de documentos de transporte en la actividad aerocomercial.

En el mes de mayo se programó la realización de un acto de homenaje al doctor Federico N. Videla Escalada, que se concretó en una sesión pública de la Academia. En este acto, el doctor Ray se refirió a la personalidad del recordado académico ex Presidente, en tanto que el académico doctor Santos Cifuentes destacó su labor en el campo del Derecho Civil, y el doctor Eduardo Cosentino hizo lo propio, respecto del Derecho Aeronáutico.

Los miembros del Instituto que, además, forman parte de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, abordaron el tema que en el Instituto se consideró prioritario referente a la limitación de responsabilidad del propietario y armador de buques.

Así, el principio de la limitación de responsabilidad es uno de los tradicionales del derecho marítimo. Desde muchos años atrás, la Dirección del Instituto ha considerado que el sistema forfatorio es el más conveniente, en especial cuando se elaboraron las instrucciones para la delegación que debía concurrir a la Conferencia de Bruselas de 1957, en la que se aprobó la nueva Convención siguiendo el sistema inglés.

En ese sentido, deben tenerse en cuenta las tendencias actuales en materia indemnizatoria y la crisis del sistema del abandono en especie o en el

valor del buque adoptado por nuestra ley que, en algunos casos, podría llegar a traducirse en ninguna indemnización para los acreedores por daños materiales.

En el curso del año, además, se planteó en el Instituto la conveniencia de aprobar la Convención de 1976 con su protocolo complementario.

En la Jornada convocada por la Asociación Argentina de Derecho Marítimo en el mes de noviembre, se encomendó al doctor Ray hablar en la ceremonia de clausura, ocasión en la que hizo referencia a la tesis sostenida por el autor del proyecto de la Ley de la Navegación, doctor Atilio Malvagni, aprobada por la Comisión Asesora Consultiva y Revisora, y a las razones que llevaron a no modificar el texto aceptado por la Comisión, sin perjuicio de estudiar sus cambios.

Hoy día debe encararse la reforma sobre la base del texto vigente en materia internacional y deben establecerse límites razonables tanto para daños materiales como para los personales. Una solución podría ser inspirarse en el sistema de la Convención de Montreal en Derecho Aeronáutico para los daños de carácter personal.

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Augusto M. Morello el Instituto, debido a que la mayoría de los miembros del Instituto integran la Asociación Argentina de Derecho Procesal y otras instituciones internacionales de la materia, la tarea se concentró en actuaciones externas a la Academia, todas ellas de significativa importancia.

Efectivamente durante 2007, los miembros realizaron más de veinte jornadas preliminares en toda la República para desarrollar y preparar los temas del Congreso Nacional de Derecho Procesal, que fueron, sintéticamente, los siguientes: Principio de congruencia (civil y penal); Reformulación del proceso de amparo; Prueba Científica; Prisión preventiva y condiciones de detención; Ejecución de la sentencia constitucional; Vías de impugnación en el procedimiento de verificación concursal; Consecuencias procesales y organizacionales de la revisión integral de la sentencia condenatoria; Efectos *erga omnes* de la sentencia constitucional, además del seguimiento de las reformas en el Derecho Procesal Civil, Penal y Concursal. El Congreso se llevó a cabo con gran éxito en la ciudad de Mar del Plata los días 8 al 10 de noviembre, con la participación de numerosos profesores extranjeros. A consecuencia de este Congreso y de la designación que previamente había recibido el doctor Federico Carpi como presidente durante el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal en Salvador de Bahía, Brasil, del 16 al 22 de setiembre, de la International Association of Procedural Law, fue recibido en acto público por esta Academia como miembro correspondiente en Italia, en el lugar que ocupara el fallecido Mauro Cappelletti. Las tareas realizadas en las oportunidades indicadas revertirán en el año siguiente en las reuniones del Instituto, donde se profundizarán estos y otros temas, teniendo a la vista las publicaciones de los Congresos mencionados, con importantes y significativos trabajos.

# IV

XVI REUNION CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS  
NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE CORDOBA Y BUENOS AIRES





# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

Señor académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Dr. Luis Moisset de Espanés.

Señor ex Vicepresidente de la Nación, miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Doctor Víctor Martínez

Señores académicos honorarios y ex Presidentes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba doctores Pedro Frías y Olsen A. Ghirardi

Señoras y señores académicos:

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de todos sus integrantes agradezco la invitación de la hermana Academia de Córdoba a participar en la XVI Reunión conjunta de ambas corporaciones

Agradezco también la cordial bienvenida.

Desde la primera reunión celebrada en Córdoba en noviembre de 1982 hace casi 25 años ambas Academias han continuado reuniéndose en cum-

---

(\*) Palabras del Académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la apertura de la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007.

plimiento de su esencial función de servir mediante el estudio del derecho a la República.

Y lo han hecho en dos ciudades que simbolizan aspectos fundantes de la Argentina.

Córdoba, la docta, con su universidad la primera de estas tierras fundada hace casi cuatro siglos, y con su moderna pujante industria.

Buenos Aires, la porteña, con su universidad, la segunda de estos lugares, que ya lleva más de un siglo y medio, y con su condición de capital de la República.

Me he referido a las universidades de Córdoba y de Buenos Aires, porque son la expresión cultural de su medio.

Me he referido a las universidades de Córdoba y de Buenos Aires porque de las mismas, que eran esencialmente academias dedicadas al cultivo desinteresado del saber, descienden nuestras actuales academias de Derecho y Ciencias Sociales.

En un complejo proceso histórico la Universidad, sin dejar su actividad clásica por la que sigue otorgando el grado de doctor, sumó la de la habilitación profesional y de su seno se separaron las academias destinadas exclusivamente a la tarea científica.

En su misión exclusivamente académica estas corporaciones hermanas de Córdoba y Buenos Aires aplicadas al derecho tienen una función relevante.

Obviamente deben estudiar el derecho como ciencia para indagar mediante la observación de la sociedad y de sus costumbres y empleando la razón cuáles serían las normas más adecuadas para una buena convivencia conforme a la naturaleza del país.

Pero su tarea va mas allá, porque el derecho no es solamente una ciencia sino fundamentalmente un arte, el arte de lo bueno y de lo justo.

En nuestro ordenamiento la caracterización de lo justo resulta del orden público plasmado en la Constitución de 1853 ideada por Alberdi.

El orden de su texto es simbólico.

En la primera parte se refiere a las declaraciones de derechos y garantías y la segunda parte a las autoridades de la Nación.

Esto significa que prevalecen los derechos del hombre sobre las prerrogativas de los funcionarios.

Estos derechos del hombre previstos en la Constitución de 1853 son los derechos políticos a los que sumó el constitucionalismo social los derechos del trabajador recogidos en la reforma de 1957 y a los que la reforma constitucional de 1994 añadió los derechos de tercera generación, el derecho al ambiente sano, el derecho al consumo satisfactorio y el derecho a un mercado competitivo

Los derechos políticos de la Constitución de 1853 son procedentes por sí mismos con prescindencia de otra consideración pero los derechos de segunda y tercera generación, y particularmente el derecho a un ambiente sano, deben ponderarse de manera diversa.

Es inequívoco que el derecho a la libertad es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así porque sin el derecho a la libertad no puede un hombre realizarse plenamente, derecho a la libertad culminado por el principio señero consistente en que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella prohíbe, a salvo el orden y la moral públicos.

Es inequívoco que el derecho a la propiedad es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así porque sin el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad sería ilusorio; derecho a la propiedad que veda tanto la confiscación explícita como la implícita de la tributación opresiva, ello sin mengua de la función social de tal derecho.

Es inequívoco que el derecho a la justicia es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así porque sin el derecho a la justicia los derechos a la libertad y a la propiedad serían ficticios, derecho a la justicia según el que nadie puede ser privado de su libertad sin ley previa siendo inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Es inequívoco que el derecho a la vida es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así, porque sin el derecho a la vida, los derechos a la propiedad y a la justicia carecerían de razón de ser; derecho a la vida implícito en la Constitución de 1853 y explícito en posteriores convenciones internacionales de jerarquía constitucional.

Es inequívoco que el derecho a la forma de gobierno representativa, republicana y federal es procedente por sí mismo sin otra consideración.

Esto es así, porque responde a nuestra tradición histórica que aventa tanto la anarquía como la tiranía.

Diversamente el derecho al ambiente sano garantizado por la Constitución Nacional art. 41 y regulado para su ejercicio por la Ley General del Ambiente, la Ley de Residuos Peligrosos y el Código de Minería, no es sino procedente por sí mismo sin otra consideración.

Ello es así, porque el derecho al ambiente sano tiene particulares características propias que dan lugar a diversos problemas.

En primer lugar el problema del conflicto entre la tutela del ambiente sano y el desarrollo, dado que un buen nivel de vida requiere industrialización y las técnicas modernas de industrialización afectan al ambiente.

Ello hace a los países desarrollados o industrializados que quieren mantener su alto nivel de consumo, aunque se deprede el ambiente.

Ello atañe también a los países en vías de desarrollo o industrializantes que tienen interés en elevar el nivel de vida de su población.

Y qué decir de los países subdesarrollados que precisan industrializarse para suprimir la miseria.

En segundo lugar el problema de los conflictos internacionales entre países con intereses contrapuestos.

En tercer lugar el problema motivado por la necesaria reglamentación que debe hacer el estado mediante reglamentos administrativos según la naturaleza de distintas industrias, de ser muy severos, serían devastadores o desobedecidos; y de ser muy laxos, serían inútiles

En cuarto lugar el problema consistente en la interpretación judicial, por ejemplo, sobre la extensión del daño causado por la alteración del ambiente, con lo que repite el planteo anterior.

Una interpretación estricta llevaría a cerrar fuentes de trabajo; una muy amplia, a ser estéril.

Sobre esta cuestión la ley general del ambiente estructura una serie de principios sobre política ambiental de los que a mi entender el de mayor relevancia para el caso es el de progresividad, en cuanto dispone que *los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.*

Los problemas a resolver están planteados en los trabajos presentados para esta reunión conjunta.

El tema del conflicto por el señor académico doctor Víctor Martínez.

La necesaria tutela del ambiente en los trabajos de la señora académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci y del señor académico doctor Pedro Frías.

El problema de los daños en las colaboraciones de los señores académicos doctores Ramón Daniel Pizarro, Juan Carlos Cassagne y Efraín Hugo Richard a los que por mi parte agregué la cuestión de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas ante el resarcimiento de daños significativos.

Aquí las academias deben aportar su opinión prudente.

Señores académicos: queda abierta la XVI Reunión Conjunta de nuestras Academias.

# RESPONSABILIDAD DIRECTORIAL Y DAÑO AMBIENTAL

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

## 1

El derecho a un ambiente sano garantizado por la Constitución Nacional artículo 41 integra el orden público del país conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: la Ley General del Ambiente LGA 25.675, la Ley de Residuos Peligrosos LRP 24.051 y el Código de Minería CM t.o. Decreto 456/1997.

Dichas leyes regulan la obligación de resarcir los daños causados por una alteración del ambiente o sea el régimen de responsabilidad civil pertinente (LGA arts. 27/33, LRP arts. 45/48, CM art.263).

Ello sin perjuicio de convenciones internacionales v.g. la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático aprobada por ley 24.295, el Protocolo de Kyoto aprobado por ley 25.438.

Se ha dicho que *“El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante: “se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”* (Franza Jorge Atilio, “Tratado de Derecho Ambiental – Una visión holística sistémica y transversal del derecho como instrumento del desarrollo sustentable”, Ediciones Jurídicas (Bs. As. 2005).

---

(\*) Disertación del Académico Presidente, en la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007.

Los regímenes de responsabilidad previstos en la LGA, la LRP y el CM en cuanto implican la configuración de ilícitos y con ello la obligación de resarcir el daño causado con las consecuencias resarcitorias pertinentes deben completarse con el tratamiento que el Código Civil en el Libro Segundo, Secciones Primera y Segunda da a las obligaciones en general salvo en cuanto lo modifiquen.

Con todo hay que tener en cuenta que según LGA art. 28 la primer obligación resultante del daño ambiental es el restablecimiento al estado anterior a su producción y en caso de que no fuera factible procederá la indemnización sustitutiva.

En igual orientación el CM art, 263 prescribe que todo él que causare un daño actual o residual al patrimonio ambiental estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según el caso.

Es de notar que este temperamento concuerda con la solución del Código Civil art. 1083.

## 2

La LGA art. 27 define al daño ambiental como *toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.*

En la misma medida que el daño requiera una alteración relevante va de suyo que en caso de proceder una indemnización la misma será económicamente significativa..

En caso de ser la causante del daño ambiental una anónima deberá resarcirlo (LGA art. 28) y además tendrá que responder por el daño que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones (C. Civil art. 43).

Esta responsabilidad es palmariamente extracontractual.

Como la administración de la anónima incumbe al directorio (LSC art. 255) tienen los directores entre otras funciones la de decidir los actos propios de las actividades (LSC arts. 63 inc. 1 ~ b,c; 64 inc. I ~a; 66) configurativas del objeto social (LSC art. 11 inc. 3).

De decidir la realización de un acto ilícito (C.Civil art. 1066) como lo sería él que comportara un daño ambiental con su resarcimiento cargará la anónima (LGA art. 28) pero los directores a su vez responderán ante la anónima por su mal desempeño del cargo (LSC art. 274).

Autorizada doctrina sustentada por redactores del proyecto de la LSC sostiene que la responsabilidad del director ante la anónima es de naturaleza contractual (Halperín I., "Sociedades Anónimas" p. 454, Ediciones Depalma Bs. As. 1974; Zaldívar E., Manovil R.M., Ragazzi G. E y Rovira Alfredo L., "Cuadernos de Derecho Societario - Volumen III Sociedades por acciones" 2° edición p. 653 n° 46.1.21, Abeledo - Perrot Buenos Aires 1980) temperamento que es compartido (Gagliardo Mariano, "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas" p. 289 n° 130, Abeledo -Perrot Bs As 1981; Vanasco Carlos Augusto, "Sociedades Comerciales, T. 2 Parte Especial, p. 642 n° 348, Astrea 2006 Bs. As.)

Vale decir que la responsabilidad de la anónima ante terceros por el daño ambiental es extracontractual pero la responsabilidad del director causante de dicho daño ante la anónima según la doctrina antedicha, sería contractual debiendo tenerse en cuenta que el C. Civil regula diferentemente ambas suertes de responsabilidades (C. Civil art. 1066 y conc.; 522 y concs).

A su vez juegan en el caso la naturaleza dolosa (C.Civil art. 1072) o culposa (C.Civil art. 512) del acto ilícito (C. Civil art. 1066).

Del doble régimen de responsabilidad extracontractual y contractual con sus variantes en ambos supuestos de dolo y de culpa resultan, las siguientes diferencias en orden a la extensión del daño indemnizable que señalé en otro trabajo ("Administración societaria" p. 376 n° 83, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma 1979).

La responsabilidad extracontractual dolosa comprende la reparación de: (i) los daños materiales, sean consecuencia inmediata, mediata o casual del ilícito; (ii) y del agravio moral provocado por el mismo.

La responsabilidad extracontractual culposa comprende la reparación de: (i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del ilícito; (ii) y del agravio moral provocado por el mismo.

La responsabilidad contractual dolosa abarca la reparación de: (i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del incumplimiento (ii) y eventualmente del agravio moral.



La responsabilidad contractual culposa abarca los daños materiales que sean consecuencia inmediata del incumplimiento.

Estas apreciaciones concernientes a las responsabilidades de la anónima ante los terceros y de los directores frente a la anónima también interesan a la limitada y a sus gerentes (LSC art. 157).

Dada la diferencia entre el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable a las relaciones de la anónima ante terceros y el de responsabilidad contractual vigente para las relaciones entre la anónima y sus directores, cabe analizar las consecuencias de tal discrepancia.

### 3

Repasemos las normas pertinentes de las leyes mencionadas.

Como ya se señaló las leyes reglamentarias del artículo 41 de la Constitución deben relacionarse con la normativa del C. Civil.

#### 3.1

La LGA artículo 28 establece que: *“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”*

La responsabilidad prevista en dicho artículo 28 y explicitada en el artículo 29, coincide con la responsabilidad del C. Civil art. 1113 párrafos segundo y tercero.

La responsabilidad del C. Civil art. 1113 es una responsabilidad de causa extracontractual (C. Civil art. 499) que puede ser objetiva o cuasiobjetiva.

Es objetiva en el primer párrafo por no requerir dolo o culpa en el responsable ni admitir supuestos de excusación.

Es cuasiobjetiva en los párrafos segundo y tercero por admitirse en ellos supuestos de excusación: (i) de mayor amplitud consistente en la

inexistencia de culpa en el dueño o guardián de la cosa; (ii) y de menor amplitud fincante en la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o haber sido usada la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

La responsabilidad extracontractual del causante de un daño ambiental comporta la consiguiente obligación de restablecer el estado anterior y de ser imposible indemnizar en lo que concuerda con C.Civil art. 1083.

La coincidencia con la solución del C. Civil art. 1083 es sugerente.

Es sugerente porque dicho artículo corresponde a la obligación de reparar los daños causados por un delito (C. Civil art. 1072) reparación que debe ser plena (C. Civil art. 1077) abarcando las consecuencias inmediatas y mediatas (C. Civil arts.901/904) así como las casuales *según las miras que tuvo (el autor) al ejecutar el hecho* (C. Civil art. 905) y también el *agravio moral ocasionado a la víctima* (C. Civil art. 1078).

Con todo no procedería vincular a la LGA art. 28 con la regla del C.Civil art. 1078 por la coincidencia con el C.Civil art. 1083 pues *a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiese una disposición de la ley que la hubiese impuesto* (C. Civil art. 1066).

Ergo la responsabilidad cuasi objetiva de la LGA art. 28 es una responsabilidad extracontractual culposa pues no da lugar a la reparación del agravio moral, ello sin perjuicio de que procediera el régimen de la responsabilidad extracontractual dolosa de haber tenido el dañante en sus miras la causación del daño ambiental (C. Civil arts. 905, 1072).

Así lo corrobora la LGA art. 29 pues prescribe que el dañante sólo podrá eximirse de responsabilidad por el daño *acreditando que a pesar de haberse tomado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.*

Reitera el texto del segundo párrafo del C. Civil art. 1113 añadido por la ley 17.711 sumándole *la acreditación de haberse tomado todas las medidas destinadas a evitarlo.*

A lo anterior en su parte final dicho artículo 29 añade que:

*Se presume juris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas.*

Hasta aquí la LGA sigue el régimen cuasiobjetivo de responsabilidad prescripto por el C.Civil art. 1113 para el dueño o guardián de la cosa riesgosa aplicándolo al empresario y lo acentúa con la responsabilidad *juris tantum* antedicha.

Hasta aquí podría inferirse que la responsabilidad extracontractual imputada por la LGA art. 28 tiene los alcances que el C. Civil prevé para la responsabilidad extracontractual culposa con divisibilidad en caso de coautoría.

Empero esto no es así.

En el régimen objetivo de responsabilidad del C. Civil art. 1113 de haber codañantes *no serán solidariamente obligados a la indemnización del daño; sino que cada uno de ellos responderá por la parte que tuviere, a no ser que se probare que el hecho fue ocasionado por culpa de uno de ellos exclusivamente, y en tal caso sólo el culpado responderá del daño* (C. Civil art. 1121).

Diversamente la LGA art. 31 establece un régimen de solidaridad entre los codañantes prescribiendo que *Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o mas personas, o no fuere posible la determinación precisa del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.*

Ello corrobora que la LGA estatuye una responsabilidad cuasiobjetiva extracontractual culposa pues cabe el derecho de reintegro admitido en el C. Civil para la misma (C.Civil art. 1109) pero no para la responsabilidad aquiliana dolosa en la que no cabe tal derecho (C.Civil art.1082).

Por lo tanto el afectado contaría con el régimen de la extensión de la reparación propios de la responsabilidad aquiliana culposa o sea la inversión de la prueba y la reparación de los daños provenientes de las consecuencias inmediatas y mediatas más la reparación del agravio moral (C. Civil arts. 1107, 1109, 1078)

Por ello si pretendiera además el resarcimiento por los daños provenientes de las consecuencias casuales o sea las mediatas no previsibles, debería probar que el autor las tuvo en sus miras al ejecutar el hecho (C. Civil art. 905).

Además la LGA en el párrafo final de su artículo 31 prescribe que *en el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.*

Esto tiene incidencia respecto de la responsabilidad de los directores de la anónima (LSC art. 255) y de los gerentes de la limitada (LSC art. 157).

### 3.2

En cuanto a la LRP en su artículo 45 se remite sin modificaciones al C. Civil art. 1113 pues dispone:

*“ Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711*

Vale decir que la LRP mantiene el régimen de corresponsabilidad extracontractual culposa divisible del C. Civil art. 1121 y no la responsabilidad extracontractual culposa solidaria del C. Civil art. 1109.

### 3.3

Por su parte el CM distingue entre daños comunes o mineros y daños ambientales.

Conciernen a los primeros los artículos 161 a 170 prescribiendo el artículo 161 que: *El propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos. aunque estos perjuicios provengan de accidentes o casos fortuitos*

Atañen a los segundos los artículos 246 a 266 de los que particularmente interesan los artículos 246, 248 y 263.

El artículo 246 establece que *La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, que pueda ser afectado por la actividad minera, se regirán por las disposiciones de esta sección.*

El artículo 248 dispone que *Las personas comprendidas en las actividades indicadas en el art. 249 serán responsables de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de los establecido en la presente sección, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentren bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo causa el riesgo o vicio de la cosa.*

Hay aquí una reiteración del C. Civil art. 1113 sin modificar el régimen del mismo o sea el mismo temperamento seguido por la LRP art. 45.

Vale decir que el CM art, 248 mantiene el régimen de corresponsabilidad extracontractual culposa divisible del C. Civil art. 1121 y no la responsabilidad extracontractual culposa solidaria del C. Civil art. 1109.

El artículo 263 ordena que *Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el que cause daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según correspondiere.*

Aquí se vuelve a encontrar la coincidencia con el C. Civil art. 1083 sobre lo que reiteramos que no puede dar pié a entender que de ello resulte una responsabilidad extracontractual dolosa.

#### 4

En suma de la normativa de la LGA, de la LRP y del CM reglamentarias de la Constitución Nacional art. 41, reviste particular interés el LGA art. 31 respecto al LSC art. 274.

Como antes se dijo el régimen de responsabilidad de la anónima por daño ambiental a terceros implica una responsabilidad extracontractual en principio culposa y excepcionalmente dolosa.

Diversamente la responsabilidad del director ante la anónima es –según la doctrina mencionada- una responsabilidad contractual que puede ser culposa o dolosa según el caso.

Es culposa la violación del deber de diligencia (LSC arts. 274, 59) aplicable a las gestiones operativa y organizativa de la administración (LSC art. 255) que son discrecionales.

Conciernen las primeras a las operaciones propias de las actividades configurativas del objeto social como mas arriba se dijo ((LSC arts. 63 inc. 1 ~ b,c; 64 inc. I ~a; 66; art. 11 inc. 3).

Atañen las segundas a la organización de la empresa aneja a la sociedad, empresa destinada a *la producción o intercambio de bienes o servicios* (LSC art. 1).

Es dolosa la violación del deber de lealtad (LSC art. 59; 241, 271/273) referido a las gestiones discrecionales operativa y organizativa de la administración (LSC art. 255).

Es dolosa la violación de la ley, el estatuto y el reglamento (LSC art. 274) gestiones que están regladas.

La violación de la ley finca en: (i) el incumplimiento del estatuto del comerciante (C. Comercio art. 33 y concs.; (ii) el estatuto de la sociedad comercial (v.g. LSC arts. 61, 73); (iii) la comisión de delitos penales o civiles (C. Civil art. 1072); (iv) en la comisión de cualquier otro acto que dañe a la sociedad *por dolo, abuso de facultades o culpa grave* (LSC art. 274) con lo que la LSC equipara el abuso de derecho y la culpa grave al dolo.

Un acuerdo asambleario bajo ciertas condiciones puede extinguir la responsabilidad culposa del director (LSC art. 275).

Un acuerdo asambleario no puede extinguir la responsabilidad dolosa del director (LSC art. 275 *a contrario*).

La anónima ante un daño ambiental tiene una responsabilidad extracontractual en principio culposa y por excepción dolosa y el director tiene ante la sociedad una responsabilidad contractual culposa o dolosa según el caso como antes se vió.

A resultas de ello :

1)En un caso de responsabilidad dolosa:

1.1)La anónima responderá ante el tercero por la reparación de: (i) los daños materiales, que sean consecuencia inmediata, mediata y en su caso las casuales o; (ii) y del agravio moral provocado por el mismo.

1.2) Pero sólo podría demandar a sus directores por la reparación de los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del incumplimiento.

En cuanto al daño moral la opinión prevaleciente descarta su existencia en una sociedad.

2) En caso de responsabilidad culposa

2.1) La anónima responderá ante el tercero por la reparación de: (i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del incumplimiento (ii) y eventualmente del agravio moral.

Como ya se dijo en cuanto al agravio o daño moral la opinión prevaleciente descarta su existencia en una sociedad.

2.2) Pero sólo podría demandar a sus directores por la reparación de: (i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata del incumplimiento.

El sustento de dos reparaciones distintas por un mismo hecho consistente en la imputación a la anónima de una violación del ambiente causada por sus directores, evidenciaría una confrontación entre el derecho ambiental y el societario.

## 5

Como más arriba se dijo, cuadra indagar las consecuencias de tal eventual confrontación.

Para ello se analizarán tres supuestos: (i) que la confrontación deba resolverse por la primacía del derecho ambiental sobre el derecho societario; (ii) que la confrontación deba solucionarse mediante una distinta interpretación de la responsabilidad de los directores ante la anónima; (iii) que no exista tal confrontación.

### 5.1

El derecho al ambiente sano por estar incluido en la Constitución Nacional art. 41 es de orden público (Bustamante Alsina Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", novena edición ampliada y actualizada, p. 662. n° 1794, Abeledo-Perrot 1997 Bs As).

Contrariamente no hay un orden público societario.

Es cierto que suele mentarse tal orden público societario que de existir confrontaría con el orden público ambiental.

Empero tal afirmación es cuestionable.

Lo que hay en el derecho societario es un interés público en el régimen de la anónima.

Este interés público en el régimen de la anónima está explicitado en la fiscalización estatal prevista para la misma a cargo de una autoridad de contralor (LSC arts. 299 y concs.) facultada para solicitar judicialmente la disolución y liquidación de una anónima por razones de interés público (LSC arts. 303 inc. 3, 301 inc. 2).

La razón de ello estriba en el origen de la sociedad anónima descendiente de la compañía colonial y ésta a su vez de la corporación medieval, todas personas fictas enteramente distintas de sus miembros autorizadas para funcionar por el gobernante por tener por principal objeto el bien común (C. Civil arts, 39, ex art. 33), objeto no contrario al interés público (C. Comercio ex art. 318).

Rastros de esta génesis se encuentran en el derecho norteamericano que denomina *corporation* a la anónima y en nuestro derecho con las reglas del buen gobierno corporativo (Decreto Ley Delegado 677/01 “Considerandos”; Comisión Nacional de Valores Resolución General del 19.04.07, “Código de buenas prácticas de gobierno societario”).

Cuando la LSC cambió el régimen de la autorización del citado C. Comercio ex art. 318 por el actual régimen normativo (LSC art. 167) mantuvo el principio del interés público mediante la ya mencionada fiscalización estatal.

Empero el interés público no es el orden público.

Es de interés público que en la anónima haya derecho de receso (LSC art. 245) y voto acumulativo (LSC art. 263) pero no se afectaría el orden público si se suprimieran.

Por cierto que se afectaría el orden público si se desconociera el derecho constitucional a un ambiente sano (C.N. art. 41) conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (Constitución Nacional. art. 14).

Esto significa que en el caso de una eventual confrontación entre la LGA y la LSC debería prevalecer la primera.



## 5.2

La interpretación que atribuye responsabilidad contractual al director está sostenida por autorizadísima doctrina ya citada .

Empero cabe una interpretación diversa (este autor “Administración societaria” p. 376 n° 83, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma 1979).

El director no es un mandatario de la anónima como lo era anteriormente (C.Comercio ex art. 336) pues de serlo su responsabilidad sería obviamente contractual, ello sin perjuicio de su responsabilidad extracontractual “por la violación de las leyes, estatutos o reglamentos” conforme al C.Comercio ex art. 337 (este autor, “Responsabilidad civil de los directores”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 11 p. 1285, Ediciones Depalma Bs As. 1978.)

El director es un funcionario cuyo cargo es personal e indelegable (LSC art. 266) y que responde ante la anónima por dolo o culpa en el desempeño de sus funciones como ya se vió (LSC art. 274).

Por ser un funcionario no podría ser dispensado su dolo al asumir el cargo (C. Civil art. 507), la sociedad podría extinguir su responsabilidad por culpa pero no por dolo como ya se vió (LSC art. 275) pero inclusive tal extinción sería *ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursada* (LSC art. 275).

En una orientación concordante se entiende que *las obligaciones derivadas de la función orgánica directorial son de carácter legal* (Martorell Ernesto Eduardo, “Los directores de sociedades anónimas – Derechos. Obligaciones. Responsabilidades” p. 392 n° 38, Depalma Bs. As. 1990).

En consecuencia de interpretarse que la responsabilidad del director ante la anónima es extracontractual. desaparecería la posibilidad de una confrontación con el régimen de responsabilidad extracontractual de la LGA.

## 5.3

Finalmente cabe otra visión que desvanece la hipótesis de conflicto.

Los daños que tuviera que reparar la anónima por la conducta torpe de los directores, serían una consecuencia inmediata (C. Civil art. 901) de dicha conducta.

Por las consecuencias dañosas inmediatas del ilícito siempre se responde tanto a la luz de la responsabilidad extracontractual dolosa o dolosa como según la responsabilidad contractual dolosa o culposa.

## 6

En síntesis:

1) La responsabilidad ambiental según la LGA es extracontractual cuasiobjetiva por riesgo empresario, similar a la responsabilidad cuasiobjetiva por riesgo de la cosa del C. Civil art. 1113 aunque en caso de coautoría la responsabilidad es solidaria sin derecho de reintegro en caso de dolo y con tal derecho en caso de culpa.

2) La responsabilidad ambiental según la LRP es extracontractual cuasiobjetiva por riesgo empresario, similar a la responsabilidad cuasiobjetiva por riesgo de la cosa del C. Civil art. 1113.

3) La responsabilidad ambiental según el CM es extracontractual cuasi objetiva por riesgo empresario, similar a la responsabilidad cuasi objetiva por riesgo de la cosa del C. Civil art. 1113.

4) La responsabilidad directorial en la LSC según autorizadas interpretaciones es contractual.

5) La eventual confrontación entre el régimen de responsabilidad ambiental de la anónima ante terceros y el régimen de responsabilidad de los directores ante la anónima tiene tres respuestas que la evitan:

5.1) La primacía de la LGA por ser de orden público sobre la LSC que no es de orden público.

5.2) Considerar que la responsabilidad del director ante la anónima es extracontractual como lo es la responsabilidad de la anónima ante el tercero afectado.

5.3) Considerar que el daño causado al tercero es una consecuencia inmediata de la conducta torpe de los directores.

Julio C. Otaegui.

## BIBLIOGRAFIA

Bustamante Alsina Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil" novena edición ampliada y actualizada, p. 662. n° 1794, Abeledo-Perrot 1997 Bs As

Franza Jorge Atilio, "Tratado de Derecho Ambiental – Una visión holística sistémica y transversal del derecho como instrumento del desarrollo sustentable", Ediciones Jurídicas 2005 Bs. As.).

Gagliardo Mariano, "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", Abeledo – Perrot 1981 Bs As.

Halperín I., "Sociedades Anónimas" p. 454, Ediciones Depalma 1974 Bs. As.

Martorell Ernesto Eduardo, "Los directores de sociedades anónimas – Derechos. Obligaciones. Responsabilidades" Depalma 1990 Bs. As.

Zaldívar E., Manovil R.M., Ragazzi G. E y Rovira Alfredo L., "Cuadernos de Derecho Societario - Volumen III Sociedades por acciones" 2° edición p. 653 n° 46.1.21, Abeledo – Perrot 1980 Bs As.

Otaegui Julio C. "Responsabilidad civil de los directores", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 11, Ediciones Depalma 1978 Bs As. "Administración societaria", Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma 1979 Bs As.

# SOBRE EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (\*)

## Sumario

**I. Liminar. II Razones que abonan el carácter público del derecho ambiental. III. La problemática del medio ambiente. IV. El derecho constitucional a un ambiente sano.** 1. *El núcleo del derecho al medio ambiente.* 2. *El deber legal de preservación ambiental. Prohibiciones.* **V. La configuración del daño ambiental colectivo. El paralelismo de instituciones afines y las categorías ambientales.** 1. *Diferentes tipos de daño ambiental.* 2. *El daño ambiental colectivo y el factor de atribución. La alteración ambiental negativa relevante como concepto jurídico indeterminado.* 3. *La obligación de recomponer. La constitución del Fondo de Compensación Ambiental. La legitimación para accionar judicialmente.* **VI. Esbozo de la jurisprudencia sentada por la Corte en el caso “Mendoza”.**

## **I. Liminar**

Hace pocos años, como una suerte de destilación de un trabajo anterior (1), nos ocupamos de este tema (2), a raíz de la sanción de la ley 25.675 –llamada

---

(\*) Disertación del Académico, en la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007.

(1) CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la protección ambiental”, La Ley 1995-E-1217.

(2) En un artículo titulado: “El daño ambiental colectivo”, La Ley 2004-E-1426.

Ley General del Ambiente (LGA)- verdadera “ley marco” (3) que recogió muchas de las orientaciones provenientes de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, estableciendo los presupuestos mínimos de la regulación ambiental.

La principal conclusión que sostuvimos entonces puede desdoblarse en dos premisas que, en lo sustancial, creemos haber demostrado. La primera, es que el derecho ambiental traduce una regulación propia del derecho público que pertenece básicamente al derecho administrativo, pues, por más que se trata de una rama especial con una relativa autonomía, sus principios y técnicas demuestran esa pertenencia, fundamentalmente a la policía ambiental (4). Interesa poner de resalto que tanto en la doctrina vernácula (5) como en el derecho comparado (6) se ha reconocido la configuración de un Derecho Administrativo Ambiental.

En segundo lugar, y como efecto de tal condición, se impone distinguir entre el daño ambiental colectivo (daño al medio ambiente) como figura típica del derecho público cuyo núcleo central apunta a preservar y recomponer el perjuicio antes que a resarcirlo, con una serie de notas peculiares (v.gr. el principio de progresividad y del equilibrio), y el daño individual, causado en las personas y en sus patrimonios, regulado conjuntamente por el derecho civil y por el derecho administrativo (este último, en la medida concerniente a la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión).

---

(3) Cfr. KEMERLMAJER de CARLUCCI, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, julio 2006, p. 3.

(4) En Brasil, la materia ambiental es considerada como uno de los sectores de la policía administrativa, vid: BANDEIRA de MELLO, Celso Antonio, “Curso de Direito Administrativo”, 12ª ed., San Pablo 2000, p. 683.

(5) En la doctrina argentina se ha reconocido la configuración de un Derecho Administrativo Ambiental, véase: LORENZETTI, Ricardo Luis, “el paradigma ambiental”, en Investigaciones 2006, publicación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires 2007, p. 216, aunque también la cuestión ambiental se introduce en otras ramas como el Derecho Laboral; vid asimismo BOTASSI, Carlos Alfredo, “Derecho Administrativo Ambiental”, ed. Librería Editorial Platense, La Plata 1997, ps. 91-92.

(6) FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de, “Curso de Direito Administrativo”, 14 ed. Editora Forense, Río de Janeiro 2006, p. 507.

Como se verá hacia el final de este trabajo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado un criterio similar en el caso “Mendoza”, con una serie de precisiones adicionales en punto, a los requisitos que debe reunir un conflicto para determinar la configuración de una causa civil que torne procedente la jurisdicción originaria de la Corte en los términos del art. 117 de la Constitución Nacional.

## **II. Razones que abonan el carácter público del derecho ambiental**

En esta materia, el problema fundamental radica en el hecho que puedan transgredirse los objetivos que persigue el derecho ambiental, desde la óptica del derecho público, como consecuencia de una visión que pone el acento más que en la protección del medio ambiente, en la reparación de los daños ambientales que padecen las personas, en forma individual o colectiva, sobre la base de la teoría objetiva del riesgo del derecho civil (que en esta disciplina tiende a suplantarse el tradicional criterio de la culpa, como factor subjetivo de atribución de responsabilidad).

Ello explica el creciente interés de la doctrina privatista por estudiar esta problemática ampliando la perspectiva del derecho civil pasando a ocuparse también de distintos aspectos jurídicos que, en rigor, apuntan más al interés público que al privado.

Al propio tiempo, como el desarrollo del derecho procesal condujo a una extraordinaria ampliación del círculo de legitimados para promover acciones judiciales, la problemática ambiental ha sido también objeto del abordaje de los procesalistas que, mediante la técnica de la protección de los intereses difusos o colectivos, han puesto en segundo lugar la protección prioritaria que tenían los derechos subjetivos y los intereses legítimos, al punto tal que hoy día resulta difícil establecer –en el contencioso administrativo- la línea divisoria entre una acción de base objetiva (pretensión de ilegalidad o ilegitimidad) con una mínima legitimación subjetiva (interés legítimo) y la acción popular o pública, que puede ser promovida por cualquier habitante.

Lo notable, es que esta última proyección, que puede significar la desnaturalización de la justicia subjetiva, se haya extendido en el derecho ambiental (y con menos énfasis en el campo de los derechos del consumidor) a las relaciones entre particulares no regidas tradicionalmente por el derecho administrativo, cuya protección judicial no había encontrado justificación ni andamiaje a través de las acciones populares, propias del

derecho público (en España se las denomina acciones públicas porque el accionante encarna algo así como la representación del interés público como único requisito de admisibilidad al proceso).

Pese a que con anterioridad propiciamos una postura favorable al reconocimiento del derecho ambiental como una disciplina especial, bien que con una relativa y limitada autonomía, actualmente, a la vista de la evolución operada, en concordancia con la posición que sustenta la doctrina española más autorizada (7), creemos que es necesario efectuar una básica disección que muestre el lado público, por una parte, y las fuentes propias del derecho privado, por la otra. Veamos por qué pensamos de este modo.

En primer lugar, porque el derecho civil apunta fundamentalmente a proteger los intereses privados de las víctimas (y sólo de un modo excepcional el interés público que, en cualquier caso, tiende a prevalecer, con las debidas garantías constitucionales). Sus recetas son algunas veces insuficientes (por limitarse a las relaciones de vecindad y algunos supuestos de responsabilidad colectiva, inaplicables al derecho público –v.gr. art. 1118 CC-) y otras resultan excesivas, como la tendencia que procura aplicar analógicamente la teoría del riesgo creado al derecho administrativo (art. 1113 CC) (8).

Por el contrario, pertenecen al derecho administrativo, tal como lo reconoce el propio Código Civil, en su art. 2311, las normas y actos emanados del poder de policía estatal que establecen restricciones al dominio privado impuestas por razones de interés público, lo cual comprende toda especie de prohibiciones. Es obvio entonces que si el propio Código Civil reconoce la separación de las instituciones públicas y privadas en ésta como en otras materias, no puede hacerse un menjunje o cóctel doctrinario mezclando lo público con lo privado o lo que es aún peor, trasladando

---

(7) Martín Mateo, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 95, sostiene que el derecho ambiental es sustancialmente un derecho público.

(8) Ver al respecto: Marcelo J. LÓPEZ MESA, “La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 27/29, p. 435 y ss. y PERRINO, Pablo E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

al derecho privado técnicas procesales que encuentran su sentido y justificación sólo en el derecho público.

En tal sentido, el Derecho Administrativo mira siempre al conjunto de las partes involucradas en cualquier relación jurídica con el Estado (y a veces también entre particulares, cuando está en juego el interés público) bajo el prisma de los intereses de la comunidad y los criterios de las llamadas justicia legal y distributiva.

La realización del bien común es el objetivo básico y central que persigue el Derecho Administrativo, lo cual se logra a través del equilibrio de intereses, dando a cada uno lo suyo, según los criterios de justicia del derecho público, en los que la conmutación y/o compensación juegan un papel subordinado. Estas razones son precisamente las que explican por qué en el derecho ambiental (regido hoy día básicamente por el derecho constitucional en sus principios básicos y abarcado por el derecho administrativo en su faz regulatoria y aplicativa) prevalece el objetivo de la preservación de daños al medio ambiente y la recomposición “in natura” del daño ambiental antes que la compensación o reparación dineraria de los perjuicios. En este marco de principios no encuentran justificación las denominadas licencias para contaminar y la fórmula conocida como la del que contamina paga sólo encuentra sentido en el plano de la justicia legal (como una contribución o colaboración para las obras de bien común vinculadas a la recomposición “in natura”) (9).

En suma, el derecho ambiental forma parte del Derecho Administrativo que, por su peculiaridades, configura una suerte de derecho administrativo especial, con principios y técnicas de derecho público (10). Esto no impide que otros derechos como el civil puedan regular la reparación de los daños causados a las personas privadas de rebote (par ricochet) como consecuencia de daños provocados al medio ambiente.

Lo expuesto no es óbice para que los juristas que cultivan otras ramas del derecho se ocupen de la problemática ambiental así como los publi-

---

(9) Este principio se encuentra decepcionado en el art. 28 de la LGA.

(10) BOTASSI, Carlos Alfredo, “Derecho Administrativo Ambiental”, ed. Librería Editorial Platense, La Plata, 1997, ps. 91-92, afirma que ninguna otra rama del derecho se vincula tan intensamente al Derecho Ambiental como el Derecho Administrativo.



cistas llevaron a cabo, a veces, el análisis de instituciones privadas, bajo la óptica y con los principios del derecho civil y/o comercial (v.gr. las sociedades anónimas de capital estatal). Pero, en cualquier caso, el estudio de la problemática ambiental requiere el conocimiento de los principios y fines del derecho público, sin perjuicio de que existan instituciones y aspectos regulados por el derecho civil. En este sentido, hay que advertir que la interrelación entre ambos derechos no es automática y que, en algunos casos, deben prevalecer las normas y las técnicas del derecho administrativo habida cuenta de la primacía que corresponda asignar al interés público, aunque siempre en el marco de las garantías constitucionales (v.gr. la garantía de que todo sacrificio impuesto por razones de utilidad pública debe ser compensado conforme al art. 17 CN).

### III. La problemática del medio ambiente

El actual proceso de deterioro obedece a varios factores, que, al combinarse, han generado la situación que padecen, con mayor o menor magnitud, todos los países del mundo. Uno de ellos radica en el hecho de que si todo desarrollo industrial provoca siempre algún daño al ambiente la disyuntiva política (desarrollo económico vs. preservación ambiental) resulta difícil de resolver y generalmente se había orientado por la opción desarrollista, afectando la calidad de vida de la futura población. En segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia naturaleza de los bienes y recursos naturales (muchos de ellos no renovables) que sufren daño a raíz, principalmente, de las actividades industriales o de una masiva utilización, por parte de los particulares, de los instrumentos y productos que fabrican las empresas. El problema que aquí se plantea es la complejidad y el alto costo de las operaciones de recuperación o saneamiento, a lo que se une, todavía, el tiempo que a veces ello demanda (v.gr. limpieza y saneamiento de un curso de agua). Y, por último, otro de los factores significativos que han conducido al actual deterioro del ambiente es, indudablemente, la inexistencia de una política ambiental por parte de los Estados y, en algunos casos, la ausencia de medidas administrativas de aplicación y ejecución de las normas vigentes. Este vacío, que fue reemplazado en su momento por una anarquía sin precedentes, donde cada individuo se convirtió en un sujeto impune del daño a la naturaleza, es el que vino a cubrir el moderno derecho ambiental.

Para complicar aún más el análisis de este panorama irrumpió, en el centro del debate, la cuestión ideológica, ya que no faltaron sectores que atribuyeron (y aún hoy lo hacen) la responsabilidad por la degradación

del ambiente al sistema capitalista. Sin embargo, el deterioro ambiental ha corrido parejo y en ciertos casos ha sido más intenso en aquellos países donde gobernó el socialismo (v.gr. el accidente de Chernobyl) lo cual demuestra que la agresión al ambiente no es el efecto de un sistema determinado sino de la imprevisión, impericia y falta de solidaridad. En suma, el Estado, como comunidad superior que es, no supo ver ni advertir la magnitud del problema que se estaba generando en el ambiente tanto doméstico como global.

El proceso de deterioro que hemos descrito, después de alcanzar su punto culminante, ha comenzado a detenerse dando origen a un proceso de signo inverso que procura el saneamiento del ambiente, tanto con medidas positivas tendientes a restablecer la situación anterior de los bienes y recursos dañados como a través de políticas preventivas que estimulan la realización de actividades de conservación de los recursos naturales.

En ese escenario el aporte de los juristas especializados en Derecho Ambiental es hoy día más necesario que nunca como consecuencia del crecimiento constante de la legislación protectora del medio ambiente.

Hay quienes creen que una de las características singulares que posee el derecho ambiental es su naturaleza multidisciplinaria (11) (en lo que excede al Derecho). Esta opinión implica confundir la ciencia jurídica que se ocupa del ambiente con el fenómeno o problemática ambiental, que siempre demanda la estrecha colaboración entre técnicos y juristas para modelar el sistema normativo. Una consecuencia extrema que deriva de esa creencia ha llevado muchas veces a los técnicos a prescindir de los juristas en la elaboración de las recetas normativas, lo que entraña un grave peligro para la seguridad jurídica.

#### **IV. El derecho constitucional a un ambiente sano**

Se ha dicho que la protección del medio ambiente tiene dos sentidos (12). De una parte, la configuración de la política ambiental con sus contenidos

---

(11) JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia, "El derecho ambiental y sus principios rectores", Madrid, 1991, p. 350.

(12) LOPEZ, Ramón Fernando, en el "Tratado de Derecho Comunitario", dirigido por GARCIA DE ENTERRIA – GONZALEZ CAMPOS – MUÑOZ MACHADO, T. III, Madrid, 1986, p. 503.

sectoriales y diferentes técnicas; de otra, traduce un sentido más general y teleológico que hace que la finalidad tuitiva del ambiente se infiltre en todas las actividades públicas o privadas, lo cual plantea una serie de problemas interpretativos, como es el relativo a la jerarquía y dimensión de peso de otros valores y principios frente a los que informan la protección ambiental.

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, el análisis de la problemática jurídica ambiental tiene su punto de partida en art. 41 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de la legislación que complementa dicha norma básica, la cual prescribe:

*“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.*

Al efectuar la disección constitucional lo primero que se advierte es la configuración de un derecho al medio ambiente (derecho a un ambiente sano, equilibrado, etc.) a favor de todos los habitantes. Es obvio que este derecho, al igual que los consagrados en el art. 14 de la Constitución Nacional, se encuentra sometido a las leyes que reglamentan su ejercicio (salvo que tuviera operatividad *per se*) y si bien, conforme a una reiterada doctrina y a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, no se conciben los derechos absolutos, la ley, al reglamentar los derechos constitucionales, no puede degradarlos ni alterar su esencia (art. 28, Constitución Nacional).

Con todo, no puede hablarse de una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica, ya que su eficacia opera y se proyecta desde diversos ángulos al centro de la problemática jurídica en cuanto:

a) informa el ordenamiento jurídico al cual penetra como factor determinante en materia interpretativa respecto de la legislación, reglamentos y actos administrativos;

b) su violación habilita la impugnación de aquellas leyes o actos de la Administración (de contenido general o individual) que cercenen el derecho al ambiente sano, equilibrado, etcétera;

c) genera la responsabilidad estatal por las conductas lesivas del derecho ambiental que ocasionen daños a las personas;

d) se completa con la ampliación del círculo de quienes están legitimados para promover la acción de amparo, al incluir al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa ambiental registradas conforme a la ley (la cual determina los requisitos y las formas de su organización) (13).

### *1. El núcleo del derecho al medio ambiente*

Del análisis del precepto constitucional se desprende que el núcleo del derecho al medio ambiente se configura por dos elementos:

a. el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Mientras la primera parte de la frase se asemeja a la fórmula existente en la Constitución de Portugal (art. 66.1) la última guarda similitud con el precepto contenido en el art. 45 de la Constitución Española de 1978;

b. la exigencia que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Se trata de una cláusula excesivamente genérica ya que el criterio rector para regir la trascendencia de una actividad productiva en el futuro no puede ser otro que la configuración del daño ambiental el cual requiere siempre de una doble valoración: incidencia actual y proyección futura.

### *2. El deber legal de preservación ambiental. Prohibiciones*

La norma constitucional también prescribe el deber de preservar el medio ambiente a cargo de todos los habitantes. Si bien esta cláusula no permite determinar por sí misma los sujetos obligados –pues como todo deber

---

(13) Art. 43, segunda parte, Constitución Nacional.

opera en dirección genérica- (14)el precepto constituye la norma de habilitación de la competencia del Congreso para reglamentar dicho deber.

Correlativamente, el art. 43 de la Constitución Nacional impone a las autoridades una serie de deberes: 1) la utilización racional de los recursos naturales (al igual que la Constitución Española, art. 45); 2) la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica; 3) la información (15), lo que contribuye a favorecer la participación ciudadana (16) y 4) la educación ambiental.

El incumplimiento de estos deberes puede generar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios (en la medida que haya daño) aún cuando las respectivas conductas no fueran directamente exigibles, pues de admitirse la exigibilidad, el particular tendría a su cargo la determinación del contenido del deber, convirtiéndose en legislador.

Al propio tiempo la norma constitucional establece la interdicción de ingresar “al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos u de los radiactivos”, cuyas respectivas definiciones corresponden a la legislación ambiental. (17)

## **V. La configuración del daño ambiental colectivo. El paralelismo de instituciones afines y las categorías ambientales**

### *1. Diferentes tipos de daño ambiental*

Corresponde distinguir los daños provocados al medio ambiente en sí mismo de aquellos que afectan la salud o los bienes de las personas que

---

(14) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo – FERNANDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, T. II, Madrid, 1991, ps. 33-34; ver también GARRIDO FALLA, Fernando, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, Madrid, 1987, p. 359, puntualiza que mientras el deber tiene carácter abstracto la obligación se refiere a un bien determinado.

(15) Para MARTÍN MATEO el derecho a la información supone la previa adopción del principio de la transparencia y la paulatina eliminación de los secretos públicos (*Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, 1994, p. 163).

(16) Ampliar en: BRAIBANT, Guy y otros, *Le contrôle de la Administration et la protection des citoyens*, Paris, 1977.

(17) Ley 24.051 (Adla, LII-A, 52) (El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista “Antecedentes Parlamentarios”, t. 1996-B, p. 1637).

son causa del menoscabo de un patrimonio concreto. (18) Los primeros, que son los que interesan al objeto de este estudio, se hallan sometidos a las normas y principios del derecho constitucional (en sus elementos básicos) y del derecho administrativo, mediante la regulación que establecen las leyes y reglamentos dictados en ejercicio del poder de policía o potestad legislativa ambiental, mientras que los segundos se encuentran sustancialmente regidos por el derecho civil sin perjuicio de las regulaciones penales o de derecho público.

La circunstancia de no advertir esta distinción es la causa de la mayor parte de las confusiones existentes que suelen extrapolar las concepciones más extremas de cada rama del derecho (trasladando la responsabilidad objetiva por riesgo del derecho civil y la acción popular del derecho público al ámbito de las acciones entre particulares).

En efecto, en el derecho civil, la responsabilidad objetiva por riesgo se ha convertido prácticamente en el eje de la responsabilidad por daño ambiental privado. Al no existir el factor subjetivo de atribución de responsabilidad el causante del daño debe responder aunque no exista culpa de su parte pudiendo sólo liberarse de responsabilidad si demuestra que el daño obedeció a la culpa de la víctima (lo cual es prácticamente imposible o al menos de muy difícil probanza) o de un tercero por quien no debe responder.

De ese modo, el derecho civil en esta materia de responsabilidad por daño ambiental (19), ha dado una vuelta de tuerca completa al sistema de responsabilidad y a sus fundamentos, imponiendo al dueño o industrial una suerte de carga o garantía de soportar los daños producidos por el riesgo o vicio de las cosas (20), incluso por las actividades riesgosas.

El peligro de esta tendencia es doble. Por una parte, implica una socialización de la responsabilidad sobre una base totalmente objetiva, en la

---

(18) DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, ed. Civitas, Madrid, 1994, ps. 87-88; GOMIS CATALA, Lucía, *Responsabilidad por daño al medio ambiente*, ed. Aranzari, Alicante, 1998, p. 64, cit. por CAFFERATA, Néstor A. en "Daño Ambiental Colectivo y Proceso Ambiental Colectivo (Ley 25.675)", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año V, n° 2, Buenos Aires, 2003, p. 52.

(19) Véase al respecto: TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. III, ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 533 y ss.

(20) Art. 1113 CC.

que la responsabilidad surge prácticamente del daño (y de la relación de causalidad, en la que se sostiene una tendencia a establecer la solidaridad entre los partícipes, sin acotar o tasar la responsabilidad). Ello es, simplemente, la consecuencia de que el derecho civil antes que mirar el efecto global de una concepción sobre el conjunto mira preferentemente el interés de la víctima del daño (este último desde una óptica individualista, dada la inexistencia de topes o criterios para limitar o distribuir la responsabilidad sobre el universo de los causantes de los daños (v.gr. las personas que provocan daños al ambiente con las emanaciones de gases que generan los motores de los automóviles). Es evidente también que en esta concepción hay, más que justicia conmutativa, una suerte de justicia *sui generis*.

De otra parte, la transformación de la responsabilidad personal o individual en una especie de responsabilidad colectiva en materia ambiental, poco contribuye al objetivo esencial y primero de la política ambiental que consiste en preservar el medio ambiente y evitar la producción de daños ambientales, de difícil recomposición ulterior (21). Más aún, la concepción que actualmente prevalece provoca una serie de enfrentamientos entre las personas e instituciones que desarticulan y desmenuzan los intereses de la sociedad, en vez de armonizarlos. Los conflictos son así inevitables y el grado de litigiosidad aumenta a niveles desproporcionados, con dos riesgos adicionales representados por la fabricación de pretensiones artificiales (una suerte de negocio del pleito, realizado con intenciones extorsivas o meramente crematísticas) y por la conflictividad social y política.

Esto es lo que está aconteciendo en la realidad y es probable que muchos, incluso de buena fe, no quieran verlo por razones ideológicas o profesionales o hasta meramente doctrinarias.

En este ámbito, la solución de esta problemática, que puede llevar a la virtual extinción de las fuentes de trabajo y a desalentar el espíritu de iniciativa o la realización de actividades riesgosas, quizás se encuentre en la institución de un sistema de seguro de riesgo ambiental, con factor objetivo de atribución pero con indemnizaciones tasadas para hacer previsible los riesgos y las actividades industriales de investigación o incluso profesionales, todo ello sin perjuicio del funcionamiento de las institu-

---

(21) Sobre las dificultades que plantea la recomposición del medio ambiente, ver: HUTCHINSON, Tomás, *Daño Ambiental*, T° II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 137-139.

ciones que consagra el derecho administrativo ambiental para prevenir los daños al medio ambiente y recomponerlos “*in natura*”.

2. *El daño ambiental colectivo y el factor de atribución. La alteración ambiental negativa relevante como concepto jurídico indeterminado*

La LGA ha regulado, en diversos artículos, el llamado daño ambiental de incidencia colectiva o simplemente, el daño ambiental colectivo (art. 30). Como se verá seguidamente, ambas denominaciones son sinónimas ya que aluden a daños provocados “al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos” (art. 27) o al “daño ambiental colectivo... para obtener la recomposición del ambiente dañado” (art 30), haciéndose referencia inclusive a la “reparación frente a la sociedad” (art. 31). Se trata, en suma, de una responsabilidad administrativa en la que el Estado actúa como representante de la sociedad, siendo el Estado Nacional y las Provincias administradores de los aportes que realicen los sujetos responsables de la carga ambiental (art. 34).

En concordancia con ello, el art. 29, 2° parte de la LGA prescribe que la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa.

El factor de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo es el incumplimiento, por acción u omisión, del deber de preservar y/o recomponer el ambiente negativamente (argumento del art. 27 de la LGA), deber que, como hemos señalado antes, tiene base constitucional.

Se trata de un factor de atribución de tipo objetivo en el sentido de que prescinde de la culpa o del dolo como presupuestos de la responsabilidad. Sin embargo, cuando el factor de atribución concierne al obrar estatal la idea es similar a la de la falta de servicio que la Corte Suprema adoptó, a partir del caso “Vadell” con apoyo en el artículo 1112 CC, para fundar la responsabilidad (22) extracontractual del Estado por lo que no

---

(22) Cfr. LINARES, Juan Francisco, “En torno a la responsabilidad civil del funcionario público”, LL, T° 153, p. 602, sección Doctrina y nuestro *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 537 y ss. En el año 1985 la Corte Suprema adoptó la tesis que consagra la responsabilidad directa y objetiva del Estado por falta de servicio que venimos sosteniendo desde las primeras ediciones de nuestro *Derecho Administrativo*, en el caso “Vadell” (*Fallos*, 300:2036). Véase al respecto: PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, ED 185-785.



cabe hacer aplicación, en esta clase de responsabilidad a la teoría del riesgo creado (23) que reposa en una justificación diferente y cuyo grado de objetividad es mayor pues, en los hechos, el factor de atribución viene a derivar del propio daño, ya que el riesgo es un elemento independiente de la acción u omisión que provoca el daño.

Por esas razones no resulta congruente con el sistema de responsabilidad por daño ambiental colectivo la adopción de similares causas (24) exonerativas de responsabilidad que la segunda parte del art. 1113 CC prescribe para liberar al demandado (culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder).

A su vez, antes de ser vetado por el Poder Ejecutivo, el régimen que la LGA consagraba para la configuración del daño ambiental establecía una presunción *iuris tantum* de responsabilidad.

La presunción *iuris tantum* (la cual, como es sabido, admite prueba en contrario) consiste en suponer la responsabilidad del autor del daño ambiental si “existen infracciones a las normas ambientales administrativas” (25). Va de suyo, entonces, que si el causante ha cumplido con todas las normas del poder de policía ambiental, no se configura dicha presunción sino, implícitamente, una presunción favorable a la legalidad de su actuar.

¿Pero qué sucede en punto a la responsabilidad administrativa si quien provoca el daño ambiental ha cumplido con todas las normas ambientales?

La respuesta a este interrogante está dada por la prescripción contenida en el art. 27 en cuanto indica que la responsabilidad por daño ambiental colectivo también se genera por el acto lícito del causante. A nuestro juicio, se trata de una norma inconstitucional, habida cuenta que siendo una carga pública no respeta el principio constitucional de igualdad (art. 16 CN) ni la garantía de la propiedad, toda vez que la norma impone un

---

(23) Vid: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed. ampliada y actualizada, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 405 y ss.

(24) Art. 29, primera parte de la LGA.

(25) Tal como la preceptuaba el art. 29, 2ª parte de la LGA, vetado por el Poder Ejecutivo.

sacrificio especial por acto lícito sin indemnización (art. 17 CN). La paradoja en este supuesto es que la indemnización constitucional debida y la compensación ambiental vayan a coincidir por el simple hecho de que el monto del sacrificio especial es el valor de la contribución al Fondo de Compensación Ambiental. Es evidente pues que ello implica una norma confiscatoria ya que, en definitiva, el Estado termina trasladando su responsabilidad por la legislación ambiental deficiente en cabeza de los particulares en vez de asumirla como propia, dividiendo la carga de recomponer los daños ambientales producidos por sus errores, aquiescencias o criterios establecidos para determinar los riesgos ambientales tolerables.

El segundo presupuesto que tipifica la responsabilidad por daño ambiental colectivo viene dado, en la LGA, por un concepto jurídico indeterminado que se circunscribe a una “alteración ambiental negativa relevante” (art. 27). En este sentido, la doctrina del derecho administrativo ha desarrollado la concepción de los conceptos jurídicos indeterminados como opuesta a la de los actos discrecionales (26). Siendo, entonces, el concepto jurídico indeterminado un supuesto de remisión legal que no admite opciones o variantes discrecionales va de suyo que su configuración o no resulta, en principio, la única opción posible, la cual viene a constituir, mediante una suma de elementos reglados y criterios de justicia, una regla que escapa tanto a la discrecionalidad administrativa como a la judicial.

Para que se configure el concepto jurídico indeterminado de “alteración ambiental negativa relevante” se requiere formular algunas precisiones básicas. La primera es que su determinación responde a un haz de conceptos vinculados a los recursos del ambiente, al equilibrio de los ecosistemas, los bienes o valores colectivos (v.gr. art. 27 LGA) lo cual conduce al establecimiento de pautas para establecer los riesgos ambientales soportables o mínimos, al desarrollo sustentable de las actividades humanas, especialmente las industrias. Ello exige que se establezcan los índices soportables de contaminación ambiental que una comunidad está dispuesta a tolerar por sus habitantes (v.gr. nivel de polución) sin grave riesgo para sus vidas y patrimonios.

Obsérvese que el calificativo “relevante” está indicando un grado mayúsculo de alteración del ambiente y no una mera alteración que naturalmente viene produciendo la actividad industrial a partir del maquinismo, situación que no parece haberse superado en la era tecnológica.

---

(26) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo* cit., T° I, p. 231 y ss.

La segunda precisión se refiere a que, por la propia función que cumple como gestora de los intereses generales o del bien común, la competencia para discernir tales pautas y, por ende, la configuración de los criterios y requisitos susceptibles de generar una alteración ambiental negativa relevante corresponde básicamente a la ley y, en su caso, a la Administración y no a los jueces, los cuales, sin embargo, tienen a su cargo llevar a cabo el control de legalidad y de razonabilidad de las normas ambientales y de los actos administrativos de aplicación.

Por fin, corresponde distinguir entre “daño ambiental colectivo” e “impacto ambiental”. Este último se refiere a aquellas alteraciones concomitantes de determinada actividad sujetas a las medidas razonablemente preventivas, mitigadoras y correctivas que deben implementarse a tales fines. El daño ambiental, en cambio, deriva en principio de acciones que degradan en forma relevante el ambiente y los recursos naturales en contravención de las normas aplicables, mientras que el impacto supone modificaciones en el ambiente debidamente identificadas y previstas por el interesado, además de conocidas y auditadas por la autoridad administrativa.

En lo que concierne a los efectos de los impactos, las normas aplicables los diferencian de los daños cuya consecuencia jurídica principal se constituye en la obligación prioritaria de recomponer. En cambio, los impactos ambientales generan la obligación de adoptar las medidas necesarias para que éstos tengan lugar dentro de parámetros de alteración ambiental razonables y de conformidad con una gestión responsable.

### *3. La obligación de recomponer. La constitución del Fondo de compensación Ambiental. La legitimación para accionar judicialmente*

#### *a) La obligación de recomponer*

El deber genérico de preservar el ambiente se descompone, al menos, en dos facetas específicas constituidas por: a) la obligación de evitar el daño ambiental y realizar acciones positivas o negativas para mantener “un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano...” (art. 41 CN); y b) la obligación de recomponer frente a la ocurrencia del llamado daño ambiental (art. 41 CN), en obvia referencia al daño ambiental colectivo.

El criterio para determinar cuándo se está en presencia de un daño ambiental colectivo es eminentemente técnico y no puede ser cubierto con interpretaciones subjetivas ni discrecionales (27).

Como se ha visto, el art. 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994 introduce un precepto que, si bien consagra, prioritariamente, la obligación de recomponer el daño ambiental, reserva a la ley el contenido y las formas que configuran dicha obligación, dirigida fundamentalmente a los particulares causantes del daño (28), sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caberle al Estado por aplicación de los principios generales que fundamentan la reparación patrimonial.

Corresponde advertir, asimismo, que la cláusula constitucional asigna un rango de prioridad a la recomposición del ambiente por sobre la indemnización pecuniaria (29), la que no se encuentra referida de un modo expreso en el citado art. 41 de la Constitución Nacional.

En este último sentido, el criterio de la LGA, al reglamentar la obligación de recomponer, comprende la restitución de las cosas al estado anterior (como lo prescribe el art. 1083, CC). Sin embargo, nada impide que de no ser ello posible *in totum*, se adopten (art. 34, 2ª parte) aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que tiendan a la recomposición, al menos en forma progresiva, del daño ambiental común (v. gr. plantación de árboles en nuevas autopistas) o en acciones antipolutorias que hagan que los daños anormales que sufren los habitantes se transformen en molestias consideradas normales, dentro de los límites de contaminación que determine la legislación (30).

---

(27) La jurisprudencia ha señalado que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos (v.gr. necesidades de comunicación) para la comunidad (en el caso "Louzan, Carlos c/ Ministerio de Economía s/ acción de amparo", resuelto por la sala I de la Cámara Federal de San Martín, con fecha 26/07/93 publicado en ED, 156-59).

(28) TAWIL, Guido Santiago, "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", en obra colectiva Estudios sobre la reforma constitucional, Juan Carlos Cassagne (director) Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 57.

(29) GAMBIER, Beltrán – LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", separata *Revista El Derecho, Temas de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1995, p. 27.

(30) CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la protección ambiental" cit., p. 1221.

b) *La constitución del Fondo de Compensación Ambiental. El seguro ambiental y el fondo de restauración ambiental*

El art. 28 de la LGA prescribe que en el supuesto de que la recomposición del daño ambiental colectivo no sea técnicamente factible, nace la obligación de indemnizar a cargo del causante del daño. Esta indemnización, en el sistema de la LGA, la fija sólo la justicia ordinaria interviniente y su monto pasa a integrar el Fondo de Compensación Ambiental.

Un poco más adelante, el artículo 34 de la LGA, regula la creación del Fondo de Compensación Ambiental previéndose que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción. Su finalidad es la de garantizar “la calidad ambiental, la prevención y mitigación de aspectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales y, asimismo, la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente”.

Esa ampulosa enumeración de destinos del Fondo, que bien podría haberse circunscripto a un par de conceptos básicos, no ha tenido consecuencias en la realidad en virtud de que aún no se ha dictado la ley especial que reglamenta su integración, composición, administración y destino (art. 34, 3ª parte). Mientras esto no ocurra es evidente que, al menos en este aspecto, la LGA, carece de operatividad dado que todo el sistema de recomposición del daño ambiental colectivo se basa en la constitución del Fondo de referencia.

De otra parte, el art. 22 de la LGA prescribe la obligación de contratar un seguro ambiental para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que “en su tipo pudiere producir” toda persona física o jurídica que realice actividades riesgosas para el ambiente. Es evidente que la reglamentación que se dicte entraña una cuestión compleja y difícil pues requiere instrumentar un sistema de seguros cuyo costo dependerá de las posibilidades económico-financieras de cada industria u operador, existiendo grandes dificultades para determinar el riesgo asegurable en la medida en que no se establezcan criterios tasados o límites para la extensión de la responsabilidad objetiva.

En este sentido, se puede decir, parafraseando a Vanossi, que la legislación no puede contener un “catálogo de ilusiones” sino, en cualquier caso, un sistema posible, en materia ambiental, adaptado a la realidad del país.

c) *La legitimación para accionar en sede judicial y otras cuestiones vinculadas a la acción por recomposición del daño ambiental colectivo*

En cuanto a la legitimación, concebida como la aptitud para ser parte en un proceso concreto (31), el art. 30 de la LGA, en línea con lo preceptuado en el art. 43 CN, establece que se encuentran legitimados para demandar la recomposición del ambiente dañado (daño ambiental colectivo) los siguientes sujetos: a) el afectado, b) el Defensor del Pueblo y c) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. La norma agrega que quedará legitimada la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción (sic), disposición que resulta superflua o sobreabundante habida cuenta que el concepto de “afectado” es abarcativo del supuesto que describe.

Tal como está diseñada esta especie de legitimación para promover la acción de recomposición por daño ambiental es evidente que no configura una acción popular (con legitimación abierta a todos los ciudadanos) dadas las limitaciones subjetivas que prescribe, las cuales son taxativas.

En cambio, para promover un amparo, cuya pretensión procesal consista en la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo, el art. 30 *in fine* de la LGA consagra la acción judicial a favor de “toda persona”, instituyendo de este modo una acción popular o pública (32).

Sobre el punto, cabe recordar que, una parte de la doctrina ha sostenido que el reconocimiento de la acción popular sería inconstitucional (33), en la inteligencia de que la atribución de promover la acción pública a favor de cualquier persona viola el principio representativo (art. 22 CN) al arrogarse la representación de los derechos del pueblo, es decir, del conjunto de la Nación.

---

(31) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tº I, ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 450 y CASSAGNE, Juan Carlos, “La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo” ED, 120-979.

(32) SAGUÉS, Néstor P., “El amparo ambiental, Ley 25.675”, *La Ley*, 2004-D-ps. 1194-1195; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, op. cit. p. 26.

(33) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., “La legitimación en las acciones contra el Estado”, LL, 1986-C, p. 899 y ss. Esta opinión del Maestro fue compartida por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, en su *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 141-142, respecto a las acciones promovidas entre particulares. Es también la postura que exponemos en diferentes trabajos.

A su vez, la LGA sienta dos principios llamados a tener una enorme repercusión en el plano de la responsabilidad por daño ambiental colectivo, a saber: a) el principio de concentración procesal que establece la interdicción de promover otras acciones similares una vez que fuera deducida una determinada demanda por daño ambiental, sin perjuicio de la intervención de terceros (art. 30, 2ª parte (34)) y b) la regla de la solidaridad cuando no sea posible la determinación precisa del daño provocado por cada sujeto responsable (art. 30, 3ª parte).

*d) Carácter prescriptible de la acción*

No puede haber duda acerca de la prescriptibilidad del derecho a demandar la recomposición del daño ambiental colectivo. Así lo imponen la seguridad jurídica y la necesidad pública de no generar riesgos futuros imposibles de todo cálculo racional. Quienes sostienen la imprescriptibilidad de este tipo de acciones no piensan en que ello introduce una grave cuña en la certeza y en la estabilidad de las inversiones privadas. De otra parte, se aplican al caso, en forma análoga, las normas del Código Civil que prescriben tanto el principio de que los derechos reales y personales se pierden por la prescripción (art. 3947) como el plazo de dos años establecido para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual (art. 4037), el cual, si bien se ha considerado demasiado breve para estas situaciones (35), no está muy lejos de los plazos que se han fijado en la legislación comunitaria europea (tres años) para diversas acciones por daño ambiental.

**VI. Esbozo de la jurisprudencia sentada por la Corte en el caso “Mendoza”**

La doctrina jurisprudencial que la Corte ha sentado en el precedente “Mendoza Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros” (36) esta llamada a proyectar consecuencias de suma trascendencia para el correcto encauza-

---

(34) La doctrina ha criticado la inclusión de estas reglas procesales sosteniendo que ellas exceden el contenido de los “presupuestos mínimos” que consagra el art. 41 de la CN; cfr. LAGO, Daniel H., “La Ley General del Ambiente (ley 25.675) y sus reglas procesales. Reflexiones sobre su constitucionalidad”, JA 2003-III-1272 y ss.

(35) Véase: HUTCHINSON, Tomás, op. cit., ps. 299-300.

(36) Publicado en La Ley 2006-D, 281, con nota de Daniel Alberto Sabsay.

miento de las causas ambientales, tanto en aspectos sustantivos como procesales.

El juicio fue promovido, en instancia originaria, por un grupo de actores contra el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires así como también a cuarenta y cuatro (44) empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental de dicho río.

Para el Alto Tribunal (37), como las pretensiones se plantearon en forma acumulativa (mezclando la pretensión colectiva con la individual) resulta necesario distinguir y separar dos pretensiones que difieren en punto a su régimen sustantivo y a la jurisdicción competente, a saber:

- 1) la vinculada a la lesión de bienes individuales (daños a las personas físicas y a sus patrimonios), y;
- 2) la concerniente a la protección del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente.

La Corte, al rechazar la acumulación de acciones que pretendían los actores en su instancia originaria, puntualizó que a diferencia de los bienes individuales, el bien de incidencia colectiva es de uso común e indivisible, hallándose tutelado de manera no disponible para las personas individuales.

Además, en materia de daño colectivo señaló, que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y finalmente, recién en ausencia de toda posibilidad de recomponer, procede el resarcimiento (38).

Importa destacar otra afirmación relevante del fallo como es la de sostener que conforme al art. 27 de la ley 25.675 el único daño regulado y alcanzado por dicho “estatuto especial” es el daño de incidencia colectiva, que comprende las pretensiones que persiguen la recomposición y al resarci-

---

(37) Considerando 6°.

(38) En el considerando 18<sup>a</sup>, primera parte, se afirma que la prevención del daño futuro tiene prioridad absoluta.



miento del referido daño (39), las cuales corresponde separar de la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por los actores (40) (daños individuales).

En cuanto a estos últimos, la Corte sostiene que por hallarse en juego el incumplimiento de atribuciones públicas (en rigor, la omisión de ejercerlas), provenientes del ejercicio del poder de policía local, no corresponde la jurisdicción federal en razón de la materia por tratarse de supuestos que configurarían supuestos de responsabilidad, como entre otros la falta de servicio, que no podrían encuadrarse en el concepto de causa civil, entendida ésta como aquella que concierne a "... litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado..." (41). Por tal causa, cuando para resolver la controversia, sea necesario acudir, en forma parcial o exclusiva, al derecho local, la causa no se considera "civil" por lo que corresponde tramitar en jurisdicción de la justicia provincial (42).

Es decir que mientras la jurisdicción originaria en materia de conflictos en que se plantea la recomposición del daño ambiental colectivo en los que una Provincia sea demandada conjuntamente con el Estado Nacional, se configura la competencia federal en razón de la materia tanto por tratarse de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7º, LGA) como por el daño de incidencia colectiva que constituye el único presupuesto atributivo de la competencia federal (art. 27 LGA) (43).

---

(39) Considerando 7º, tercera parte.

(40) Considerando 8º.

(41) Considerandos 8º, segunda parte, y 9º.

(42) In re "Barreto Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios". B-2303 XL de fecha 21 de marzo de 2006.

(43) Considerando 7º, tercera parte.

# EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (\*)

*Los derechos fundamentales son cadenas que las sociedades se echan encima en momentos de lucidez, para no tener que suicidarse en momentos de locura.*

## **1. Preliminares. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su método de interpretación. Propósito de estas líneas.**

Como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en más TEDH), con sede en la ciudad de Estrasburgo, es el órgano encargado de decidir las denuncias formuladas contra los Estados Europeos por violaciones a la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales.

Desde antiguo, este prestigioso tribunal se ha pronunciado a favor de una interpretación dinámica de los textos cuyo cumplimiento se encarga de controlar. Reafirma que el objeto y el fin de la Convención Europea de Derechos Humanos exigen que sus disposiciones se comprendan y apliquen de una manera práctica y efectiva, y reclama a los operadores del derecho el esfuerzo necesario para perfeccionar y profundizar este instrumento normativo al que califica de “*vivo y dinámico*” (1).

---

(\*) Disertación de la Académica, en la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007.

(1) Compulsar Catala I Bas, Alexandre, Comentario introductorio a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 27/10/1994. Caso “Kroon y otros c/ Países Bajos”, Rev. General del Derecho, año LIII n° 632, Mayo de 1997, pág. 5361.

De este modo, el TEDH adhiere a la interpretación dinámica, no originalista (2); en este sentido, no se cansa de repetir que la Convención debe ser interpretada “de modo evolutivo, teniendo en cuenta las costumbres y las necesidades sociales, preservándola de todo anacronismo”. La Convención es, entonces, “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de la vida actual” (3).

Esta interpretación dinámica ha creado una riquísima jurisprudencia en áreas sorprendentemente numerosas.

Me propongo comentar algunas sentencias (4) emanadas de esta Corte vinculadas al derecho a un ambiente sano, especialmente cuando la persona afectada se ve privada de su vivienda, y por efecto de esa privación o perturbación se viola el derecho a la vida familiar y el derecho al domicilio (5).

Para comprender más adecuadamente las decisiones elegidas, comenzaré con un brevísimo análisis de los textos y de otras nociones básicas originadas en la jurisprudencia de la Corte.

## **2. El derecho de propiedad en el sistema europeo de Derechos Humanos: Art. 1 del Protocolo nº 1.**

Llamativamente, el texto originario de la Convención Europea de Derechos Humanos no mencionaba el derecho de propiedad (6). Desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la protección de la

(2) Compulsar Braconnier, Stéphane, *Le droit au respect de la vie familiale des étrangers non mariés dans le contentieux de la reconduite à la frontière*, Recueil Dalloz, 1997, pág. Jurisprudence-528

(3) Compulsar, entre muchos, Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, 2º ed., Paris, Puf, 1995, nº 149, pág. 206; De Salvia, Michele, *Droits et devoirs en matière d'environnement selon la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1999, pág. 253.

(4) Todas las decisiones que se citan en el texto pueden ser compulsadas en la página web del tribunal ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)) en inglés o en francés.

(5) No se trata del primer planteo de este tipo en la República Argentina. La misma visión aparece en el capítulo III Cossari, Nelson, *Daños por molestias intolerables entre vecinos. Exceso de la normal tolerancia*, Bs. As., ed. Hammurabi, 2006. Dejo de lado la riquísima jurisprudencia sobre el derecho al medio ambiente que no se vincula a vivienda, como son todos los casos de denuncias por los daños nucleares y otros riesgos intolerables.

(6) Para la influencia de los derechos humanos sobre el derecho de propiedad, ver Macías, F., *L'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le droit de propriété*,

propiedad se hace expresa recién al aprobarse el Protocolo n° 1, cuyo art. 1 dice:

*“Toda persona física y jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes.*

*Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.*

*Las disposiciones precedentes no impiden el derecho de los Estados a poner en vigencia las leyes que juzguen necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general, o para asegurar el pago de los impuestos, o de otras contribuciones o multas”.*

Esencialmente, la norma transcripta se refiere a dos aspectos: la *privación* de la propiedad, y la *reglamentación del uso*.

### **3. El derecho a la vida íntima y familiar y al respeto al domicilio: art. 8 de la Convención Europea. Las injerencias y la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados.**

El derecho a la *vida íntima y familiar* está expresamente consagrado en el art. 8 de la Convención que dice:

*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

“La garantía de un espacio físico a salvo de injerencias de terceros en el cual el individuo desarrolla su vida privada ha sido tradicional en el derecho constitucional histórico; constituye uno de los derechos básicos del *status libertatis* y comporta el reconocimiento de una esfera de libertad individual

---

en *European Review of Private Law*, vol. 2 n° 12, 1994, pág. 47; Barnés, Javier, La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada, en Barnés, J. (coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Madrid, Tecnos, pág. 124.

negativa de los ciudadanos, es decir, la garantía de la no intromisión estatal en determinadas materias. Incardinado entre los derechos de primera generación, claves en el Estado liberal, uno de cuyos objetivos esenciales es garantizar el disfrute apacible de la independencia privada” (7).

Como se verá, el TEDH ha ampliado el concepto, desde que el derecho al respeto al domicilio no sólo ampara contra las acciones ilegítimas, sino contra las omisiones del Estado en el cumplimiento de las obligaciones positivas para su protección efectiva. Efectivamente, a partir del caso *Marckx contra Bélgica* (1979), la Corte ha diseñado el concepto de injerencias inválidas, que abarca no sólo la interdicción de la acción del Estado introduciéndose en la vida privada y familiar (obligación negativa) sino la omisión de tomar medidas positivas con el fin de que esa vida familiar no sea desconocida. Me explico brevemente: no sólo hay injerencias inválidas cuando el Estado se inmiscuye o interfiere en la vida familiar, sino cuando ilegítimamente no asume las obligaciones positivas, es decir, no toma las medidas para que esa vida sea respetada (8).

La distinción de los dos tipos de injerencias es especialmente importante en el tema a desarrollar. Se ha dicho que el derecho al respeto de la vida privada y familiar representa un vector extremadamente útil para el derecho al ambiente, a punto de convertirse en el terreno de aplicación privilegiado de la noción de obligaciones positivas forjado por la jurisprudencia europea (9). En otras palabras, la noción maleable de vida íntima y familiar, que engloba el derecho del individuo a generar y desarrollar sus relaciones con los semejantes, sirve también para resolver problemas ambientales (10).

---

(7) Catala I Bas, Alexandre, El derecho al respeto del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Rev. General de Derecho, año LIII, n° 631, Abril 1997, pág. 3621.

(8) El *leading case* citado muestra claramente este doble perfil: el régimen sucesorio belga (que, al igual que el francés y el argentino de la época de Vélez, negaba derecho sucesorio al nieto extramatrimonial de hijo extramatrimonial), violaba el derecho a la vida familiar desde que una relación parental extremadamente próxima, precedida de relaciones fácticas igualmente fuertes (abuelo-nieta), era desconocida por el legislador; o sea, el Estado belga no había tomado las medidas necesarias para que esas relaciones parentales, que hacen a la vida familiar, fuesen efectivamente reconocidas.

(9) Sudre, Frédéric, La protection du droit à l'environnement par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Jean Claude Maslet (sous la direction de), La Communauté européenne et l'environnement, Paris, La documentation française, 1997, pág. 213.

(10) Sudre, Frédéric, La protection du droit à l'environnement par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Sandrine Maljean Dubois (sous la direction de),

De cualquier modo, ningún derecho es absoluto. Por eso, sobre el derecho a la vida íntima y familiar y el respeto al domicilio se permiten injerencias estatales siempre que respondan a las siguientes exigencias: (a) Estar prevista en la ley; (b) Tener un fin legítimo (cualquier de los enunciados en la norma transcrita: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud y de la moral, protección de los derechos y libertades de otras personas); (c) Ser necesaria en una sociedad democrática, recaudo que exige que responda a una *necesidad social imperiosa* y sea *proporcionada* a la finalidad legítima perseguida. Evidentemente, el tercer requisito es altamente significativo, desde que no basta el fin legítimo si la injerencia no resulta proporcional y compatible con una sociedad democrática.

Adelanto que, como regla general, puede decirse que el juez europeo no parece decidido a sancionar una violación del derecho al respeto al domicilio y a la vida privada y familiar si el ataque al ambiente no se muestra particularmente grave (11); pero aún así, como se verá, la jurisprudencia es de importancia muy alta, especialmente, frente la nueva visión que tiende a diluir la línea demarcatoria entre las obligaciones positivas y negativas de los Estados. En este sentido, la Corte ha dicho que “las fronteras entre las obligaciones negativas y positivas de los Estados no siempre llevan, por sí mismas, a precisar la definición de injerencia. En ambos contextos la mirada debe apuntar al justo balance o equilibrio entre el derecho del individuo y el de la comunidad, por lo que se le aplican principios similares” (12).

#### 4. La doctrina del “margen de apreciación de los Estados”.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que integran el sistema; se

---

Les Nations Unies et la protection de l'environnement: la promotion d'un développement durable, Paris, ed. Pedone, 1999, pág. 139. Una posición análoga empieza a tomar el Tribunal Constitucional español (Ver referencias en Álvarez Cienfuegos Suárez, José M., La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica. Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales, Rev. Jurídica española La Ley 2001-7-D-271, pág. 1577.

(11) Sudre, Frédéric, La protection du droit à l'environnement par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Jean Claude Masclat (sous la direction de), La Communauté européenne et l'environnement, Paris, La documentation française, 1997, pág. 214.

(12) Paulik v/ Slovakia, 10/1/2007.

trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista.

Estos principios permiten que tengan cabida sistemas jurídicos nacionales diferentes siempre que respeten las bases mínimas exigidas por el Convenio. “La doctrina del margen de apreciación recoge la preocupación del tribunal europeo por incluir en la interpretación de las normas internacionales europeas la diversidad de las realidades jurídicas nacionales”. Hay ciertos conceptos jurídicos indeterminados como “utilidad pública”, “protección de la moral”, “seguridad nacional”, “moral pública” etc. cuya interpretación puede dejarse a la apreciación de las autoridades nacionales de cada Estado, por “estar mejor situadas” para determinar las necesidades y los riesgos existentes. Por eso, en determinadas áreas, el tribunal resuelve que no hay violación al derecho consagrado porque son aspectos que han quedado a consideración de los Estados.

Se reconoce que no hay una determinación preestablecida, clara y explícita de cuál es el margen de apreciación que el Convenio otorga a las autoridades nacionales; en efecto, el TEDH ha reconocido expresamente que la extensión del margen de apreciación varía según las circunstancias, las áreas y el contexto.

De cualquier modo, la discrecionalidad del Estado siempre queda limitada por dos conceptos “gemelos”, el de proporcionalidad y justo equilibrio, utilizados por el TEDH en numerosas sentencias como factor de control del margen de apreciación nacional (13). En esta materia, como en tantas otras, el principio de proporcionalidad es de significativa importancia porque configura el instrumento usado por las autoridades europeas para poder comprobar si las restricciones y limitaciones impuestas por las autoridades públicas locales al ejercicio de ciertos derechos pueden ser calificadas de “injerencias necesarias en una sociedad democrática” (14).

Algunos autores critican decididamente la teoría del “margen de apreciación” y sostienen que afortunadamente no ha sido seguida en América

---

(13) García San José, Daniel, Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche, en *Rev. española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, n° 64, pág. 250.

(14) García San José, Daniel, Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche, en *Rev. española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, n° 64, pág. 251.

Latina (15); entienden que la doctrina no es una feliz creación en el seno de los órganos europeos, tanto por el peligro de la vaguedad e imprecisión de sus modalidades, extensión y ámbitos de aplicación, como por la falta de coherencia en la utilización de los criterios que la fundamentan.

Señalo que aún quienes apoyan la teoría, advierten que el margen de apreciación no constituye una simple regla de prueba (*in dubio pro reo*), una especie de presunción de inocencia, sino una suerte de autolimitación judicial (*judicial self restraint*) que se justifica en el mejor conocimiento de la realidad interna por parte de los Estados (16).

Como se verá, esta teoría ha jugado un rol preponderante para la decisión de algunos casos vinculados a las inmisiones, el derecho al medio ambiente y el derecho a la vida íntima y familiar.

## **5. Derecho de propiedad, derecho a la vida familiar y a un ambiente sano (17).**

En los párrafos que siguen, abordaré el contenido de este título a través del comentario de cinco sentencias relevantes.

---

(15) Valiña, Liliana, El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, en obra colectiva coordinada por Abregú-Courtis, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Bs. As., ed. Cels-del Puerto, 1997, pág. 179.

(16) Carrillo Donaire, J.A., y Galán Vioque, R., ¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto *López Ostra c/España*, Civitas, Revista española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 278.

(17) La visión del derecho ambiental desde la óptica de los Derechos Humanos está bastante extendida en la doctrina. Ver, a vía de ej., Felgueras, Santiago, Derechos Humanos y Medio Ambiente, Bs. As., ed. Ad Hoc, 1996; Mariño Menéndez, Fernando, El derecho internacional del medio ambiente y el desarrollo y la protección de los derechos humanos, en Rev., Derechos y Libertades, Madrid, ed. Universidad Carlos III, año I, 1993, n° 1, pág. 285. Con alguna frecuencia, también el derecho de dominio comienza a ser objeto de tratamiento desde la óptica del derecho ambiental. Compulsar, Falque, M. et Massenet, M., *Droits de propriété et environnement (sous la direction de)*, Paris, Dalloz, 1997. Las sentencias que comento a lo largo del artículo han traído nuevas reflexiones sobre las conexiones entre el derecho al ambiente, el derecho a la propiedad, y el derecho a la vida íntima y familiar (Ver Bouazza Ariño, Omar, Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Rev. de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, n° 160 pág. 175). Este artículo comenta la interesantísima sentencia *Coster c/Reino Unido*, del 18/1/2001, vinculada al derecho a la vida familiar de los gitanos y los inconvenientes urbanísticos generados por las caravanas, desde que los miembros de estas minorías no logran acostumbrarse a vivir en lugares cerrados. Excluyo el tratamiento de estas decisiones porque no abordan la cuestión que motiva estas líneas, o sea, el derecho al ambiente sano.



## 6. López Ostra, Gregoria v/Reino de España (9/12/1994) (18).

### 6.1. Hechos.

La Señora Gregoria López Ostra vivía con su familia en “Diputación del Río, el Lugarico”, cerca del centro de la ciudad de Lorca (Murcia). Lorca reúne una gran concentración de fábricas de curtido del cuero. Muchas curtiembres instaladas pertenecientes a una sociedad anónima llamada Sacursa hicieron construir una planta de depuración de aguas y desechos, a doce metros del domicilio de la Sra. López Ostra, sobre un terreno perteneciente a la comuna; contaron con subvención del Estado.

No obstante que así lo exige un reglamento relativo a las actividades calificadas de insalubres, nocivas y peligrosas, la planta comenzó a funcionar en julio de 1988, sin licencia de la comuna, y sin que ni siquiera se hubiese seguido el procedimiento reglado para obtener esa autorización. Las instalaciones eran defectuosas y comenzaron a despedir gases y malos olores, ocasionando problemas de salud a muchas personas del ve-

---

(18) La sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios. Ver, entre otros, Marguénaud, Jean Pierre, *Les troubles de voisinage combattus par le droit au respect du domicile et de la vie privée*, RTD Civil, 1996-2-Avril-juin 1996 pág. 507; Déjeant-Pons, Maguelonne, *Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales*, en *Liber amicorum Marc André Eissen*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1995, pág. 85 y 93; Egea Fernández, Joan, *Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994*, en *Derecho privado y constitución*, Madrid, ed. Centro de estudios constitucionales, 1996, pág. 323; Faramiñan Gilbert, Juan Manuel de, *El Tribunal Europeo de los derechos humanos y la protección del medio ambiente*, LL 1995-E-1135; García San José, Daniel, *El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización*, en *Rev., Derechos y Libertades*, Madrid, ed. Universidad Carlos III, año IV, 1999, n° 7, pág. 241 y ss; Albanese, Susana, *Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Bs. As., ed. Belgrano, 1997, t. II, pág. 449. A partir de pág. 579 se transcribe enteramente la decisión; Carrillo Donaire, J.A., y Galán Vioque, R., *¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto López Ostra c/España*, Civitas, *Revista española de Derecho Administrativo*, 1995, pág. 271; Catala I Bas, Alexandre, *El derecho al respeto del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Rev. General de Derecho*, año LIII, n° 631, Abril 1997, pág. 3621; Jimena Quesada, Luis y Tomás Mallén, B., *El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Rev. General de Derecho*, año LII, n° 618, Marzo 1996, pág.2151; a partir de pág. 2165 se encuentra texto completo de la decisión; Bandres Sánchez Cruzat, José M., *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, ed. Civitas, 1996, pág. 74; Baño León, José M., *La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales*, en Esteve Pardo, José (coordinador), *Derecho del medio ambiente y administración local*, Madrid, ed. Civitas-Diputació de Barcelona, 1996, pág. 623; García Jiménez, Encarna, *El derecho humano a un medio ambiente sano. A propósito de la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “López Ostra c/España”*, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. José R. Casabó Ruiz*, Valencia, ed. Universitat de Valencia, 1997, t. I pág. 825.

cindario. Por esta razón, el Consejo Municipal evacuó a los residentes de este barrio y los alojó gratuitamente en el centro de la ciudad durante 3 meses. En Octubre, la Sra. López Ostra y su familia volvieron a la casa que habitaban cerca de la planta y allí vivieron hasta febrero de 1992. Desde Octubre de 1992 a Febrero de 1993, la familia fue realojada en el centro de la ciudad de Lorca; el Ayuntamiento se hizo cargo del pago del alquiler hasta que, finalmente, pudo mudarse a una nueva vivienda.

Mientras tanto, el 9 de septiembre de 1988, como consecuencia de numerosas quejas y del informe de las autoridades sanitarias de la "Agencia para el Medio Ambiente y la Naturaleza de la región de Murcia", el Ayuntamiento ordenó el cese de una de las actividades de la planta (la decantación de los residuos químicos y orgánicos), pero permitió que continuara la depuración de las aguas residuales del cromo. Los efectos de este paro parcial de las actividades fueron objeto de controversia, pero pericias y testimonios de los años 1991, 1992 y 1993 acreditan que persistían molestias nocivas para la salud de los ribereños.

Frente al fracaso de las tratativas con la comuna, la Sra. López Ostra interpuso un reclamo ante la Audiencia territorial de Murcia; se quejaba de una injerencia ilegítima en su domicilio y en el goce pacífico de su vivienda; adujo que la actitud pasiva de la municipalidad frente a las molestias y riesgos causados por la planta de depuración significaban una violación a su derecho de elegir libremente un domicilio y un ataque a su integridad física y moral; en definitiva pedía el cese temporáneo o definitivo de las actividades. El tribunal recogió numerosos testimonios y encargó a la Agencia Regional del ambiente y la naturaleza un informe sobre las condiciones de funcionamiento y situación de la planta. Ese informe constató que los residuos que se volcaban en el río provocaban malos olores y concluyó que el emplazamiento de la planta no era el adecuado. El Ministerio Público dictaminó a favor de la Sra. López Ostra. No obstante, la Audiencia Territorial rechazó la demanda el 31/1/1989; el tribunal entendió que si bien el funcionamiento de la planta podía causar molestias, olores, humos y ruidos, no constituía un peligro grave para la salud de las familias que vivían en los alrededores sino más bien un deterioro en la calidad de vida que no era suficientemente importante como para ser calificado de violación a los derechos fundamentales. En todo caso, ese deterioro no podía ser imputado a la comuna, que había tomado todas las medidas, y la ausencia de permiso municipal para funcionar no podía ser valorada en un procedimiento especial como el amparo constitucional, por el que no se canaliza la mera violación de la legalidad ordinaria.

La Sra. López Ostra recurrió ante el Supremo de España; el Ministerio público la apoyó, pero el recurso fue rechazado el 27/7/1989. El Supremo entendió que la decisión era conforme a las disposiciones constitucionales porque no se había producido un ataque a la integridad física, y ningún agente público había *penetrado* en la vivienda de la interesada, quien era libre de mudar de domicilio.

La peticionante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; alegó violación de los arts. 15 (derecho a la integridad física), 18 (derecho a la vida privada e inviolabilidad del domicilio familiar) y 19 (derecho de elegir libremente el domicilio), todos de la constitución española. El 26/2/1990 su petición fue rechazada por manifiesta falta de fundamentación. Se señaló que la violación al respeto de la vida íntima no había sido invocada ante los tribunales ordinarios, y que la existencia de humos, olores y ruidos no constituían en sí mismos una violación al derecho a la inviolabilidad del domicilio porque ninguna autoridad había invadido su casa.

Paralelamente, dos cuñadas de la Sra. López Ostra que vivían en el mismo inmueble hicieron una denuncia por delito ecológico. El juez de instrucción instruyó la causa contra la Sociedad Sacursa, y las denunciantes se constituyeron en parte civil. El juez dispuso el cierre de la planta, pero esa orden fue suspendida por un recurso interpuesto por el Ministerio Público. En ese juicio penal se rindió prueba pericial que beneficiaba a una y otra parte. En efecto: un primer informe de un experto en ciencias químicas de la Universidad de Murcia determinó la presencia de sulfuro de hidrógeno (gas incoloro, soluble en el agua, con olor característico del huevo podrido) a niveles superiores a los autorizados; además, juzgó inaceptable que esas aguas servidas se volcaran al río. En cambio, el Instituto Nacional de Toxicología estimó que, probablemente, el gas tenía niveles superiores a los máximos permitidos, pero que no constituía un riesgo para la salud de los vecinos; no obstante, en un segundo informe, aclaró que no se podía excluir que la ocupación de las viviendas durante 24 horas no constituyera un peligro para la salud porque los cálculos anteriores habían sido hechos teniendo en cuenta que se estaba en la vivienda 8 horas por día durante cinco días a la semana. Por otro lado, la Agencia regional para el ambiente y la naturaleza concluyó que el nivel de ruido no era superior al de otros barrios de la ciudad. Un pediatra certificó que Cristina, la hija de la Sra. López Ostra, presentaba un cuadro clínico de náuseas, vómitos, reacción alérgica, anorexias etc., que no reconocían otra explicación posible que no fuese el hecho de vivir en una zona altamente

contaminada, y recomendaba el alejamiento de la niña de ese sitio. El Instituto médico-legal de Cartagena del Ministerio de Justicia relevó que el nivel de emisión de gas sobrepasaba el autorizado y constató que la Cristina y su primo Fernando presentaban un estado típico de la impregnación crónica del gas en cuestión que se manifestaba bajo la forma de una infección bronco pulmonar aguda; en suma, concluyó que existía una relación de causa-efecto entre el estado clínico y el nivel de concentración de gas. Además, tres policías testimoniaron que los olores de la planta eran extremadamente fuertes y que provocaban náuseas.

## **6.2. El procedimiento ante los organismos europeos de Derechos Humanos y la decisión de la Corte.**

Ante el rechazo de su demanda por el Tribunal Constitucional español, la Sra. López Ostra se quejó a la Comisión de Derechos humanos. Denunció que los olores, ruido y humos contaminantes causados por la planta de tratamiento de residuos situada a pocos metros de su domicilio violaban los derechos a la vida privada y familiar (art. 8), y las inmisiones configuraban un verdadero trato inhumano o degradante, violatorio del art. 3 de la Convención (19). Conforme el sistema existente por entonces, la Comisión acogió la denuncia y remitió el caso a la Corte.

España se defendió con una serie de argumentos: (a) el amparo no era la vía adecuada; la Sra. López Ostra debió, como sus cuñadas, acudir a las vías ordinarias, y éstas todavía estaban pendientes, por lo que no estaba agotada la vía interna; (b) Las molestias ya no existían a la época en que el tribunal debía pronunciarse porque la planta se había cerrado definitivamente en 1993; (c) la Sra. López Ostra dejó de ser víctima cuando se la trasladó a otro inmueble (donde el ayuntamiento pagó el alquiler, y posteriormente se mudó a otro inmueble que ella compró).

El TEDH rechazó las razones formales. Dijo que el amparo español, conforme su legislación interna, era una vía adecuada, rápida, que permitía llegar razonablemente en término a la suspensión de las molestias; por otro lado, la Señora López Ostra no estaba obligada a esperar la conclusión de las vías ordinarias llevadas adelante por sus cuñadas, pues no era parte en esos procedimientos. Afirmó que la clausura de la planta en 1993 no implicaba que “alguien que fue obligado a abandonar su hogar por

---

(19) Art. 3: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

razones medio ambientales, deje de ser una víctima”. Ni la mudanza de la Sra. López Ostra, ni la clausura de la planta de tratamiento de residuos borra el hecho que la recurrente y su familia vivieron durante años a sólo doce metros de la fuente de olores, ruido y humos. En todo caso, el hecho que la recurrente puede ahora volver a su domicilio anterior en virtud de la orden de clausura de la planta, es sólo un factor a tener en cuenta al determinar la indemnización, pero no significa que haya perdido el carácter de víctima.

En cuanto al fondo de la cuestión, la Corte dijo que la cuestión puede ser analizada en términos de obligaciones positivas del Estado, o sea, obligación de tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos (como lo proponía la denunciante), o de las clásicas interferencias o injerencias del poder público; en los dos casos se llega a resultados similares.

En ambos contextos debe tenerse cuidado, desde que el fin es lograr un equilibrio justo entre los interés del individuo y de la comunidad; en todo caso, el Estado goza de un cierto margen de apreciación.

El tribunal consideró que no había violación del art. 3. Las condiciones en las que la familia debió vivir fueron difíciles pero no constituyen un tratamiento degradante en el sentido de esa norma. En cambio, estimó que existía violación al derecho de la vida íntima y familiar y al respeto de su domicilio. Para llegar a esa solución razonó del siguiente modo:

– Está claro que la planta se hizo construir para resolver un grave problema de polución por la concentración de taninos. Sin embargo, desde su entrada en funcionamiento, provocó inconvenientes en la salud de los vecinos

– La Comisión ha constatado que desde el mismo comienzo del proceso judicial estaba acreditado que la emanación de sulfuro de hidrógeno proveniente de la planta sobrepasaba el límite autorizado, y que entre esa infracción y la enfermedad de la hija de la petitionerante existía un nexo adecuado de causalidad.

Está puesto, pues, en evidencia que *“los ataques graves al ambiente pueden también afectar el bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera de dañar su vida privada y familiar”*.

– El Estado no fue responsable de las inmisiones en forma directa. Sin embargo, permitió que la planta se edificara; más aún, subvencionó su

construcción sin percatarse de los problemas ambientales que continuaban aún después del cierre parcial de la planta. El Consejo municipal reaccionó a tiempo cuando trasladó a los vecinos e hizo cesar una de las actividades, pero no pudo desconocer que los inconvenientes continuaban y las múltiples peticiones de la Sra. López lo obligaban a actuar con eficacia. Para colmo, otros órganos del Estado contribuyeron a prolongar la situación (decisiones judiciales, recursos interpuestos por el Ministerio público).

– Por lo tanto, y a pesar del grado de apreciación reconocido al Estado demandado, la Corte estima que España no ha sabido mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca (disponer de una planta de depuración) y el goce efectivo del derecho de la peticionante a que sea respetado su domicilio y su vida privada y familiar.

El resultado práctico fue que España debió indemnizar a la Sra. López Ostra. Al analizar los daños, el Tribunal Europeo dijo que no correspondía acoger el costo de la nueva casa; en cambio, estaba claro que el valor de su antiguo departamento había disminuido y que los traslados causaron daños e inconvenientes; también tuvo en cuenta que el municipio había pagado los alquileres por aproximadamente un año y que la planta se cerró en octubre de 1993. Igualmente, hizo lugar al daño moral, que estimó innegable, dado que la continuación de la situación provocó un gran debilitamiento en la salud de la hija. Como el cálculo exacto de estos rubros era muy difícil, los estimó, equitativamente en la suma de 4.000.000 de pesetas.

### 6.3. Importancia de la decisión

Con anterioridad al caso López Ostra, tanto la Comisión como la Corte Europea habían reconocido, en abstracto, que las inmisiones pueden constituir una injerencia en el derecho al respeto del domicilio y de la vida íntima y familiar; no obstante, ninguna de las resoluciones que contienen ese reconocimiento llegaron a verificar, en concreto, la violación de tales derechos.

En efecto, en *S. c/Francia*, el 17/5/1990, la Corte estimó no probada la violación a la vida privada y familiar denunciada, ocasionada por las molestias creadas por una central nuclear próxima a la residencia de la actora; las inmisiones consistían en ruido, fuerte alumbrado durante la noche, cambios en el microclima y riesgos de accidente nuclear. La Comisión

admitió que el ruido y otro tipo de molestias pueden afectar el bienestar físico de una persona y, por lo tanto, acarrear una injerencia en su vida privada. No obstante, en ese caso, consideró que la injerencia estaba justificada en razón del bienestar económico del país

Otro antecedente, aunque referido a la garantía del acceso a la justicia, fue *Zander c/Suecia*, del 25/11/1993; se trataba de un procedimiento iniciado contra una decisión administrativa que autorizaba a una sociedad privada a acumular desechos en un terreno próximo al domicilio de los demandantes; esos desechos contenían un alto grado de cianuro que convertía el agua de pozo en agua no potable. Por entonces, la legislación Sueca no ofrecía a los damnificados recurso administrativo en contra de la autorización. El Tribunal Europeo entendió que en este caso se violaba la garantía del art. 6, esto es, el derecho a recurrir y aplicar a los procedimientos administrativos algunas garantías propias del derecho judicial (20).

Independientemente de estos antecedentes, no puede dudarse de la importancia superlativa de la decisión recaída en el caso *López Ostra*, por las siguientes razones:

a) Muestra la evolución progresiva del derecho internacional de los Derechos Humanos (21). En efecto, la sentencia declara que el derecho al “goce efectivo del derecho al respeto del domicilio y la vida familiar, garantizado por el art. 8, implica la existencia de un derecho a vivir en un ambiente sano”.

---

(20) Sudre, Frédéric, La protection du droit à l'environnement par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Jean Claude Maslet (sous la direction de), La Communauté européenne et l'environnement, Paris, La documentation française, 1997, pág. 219; Carrillo Donaire, J.A., y Galán Vioque, R., ¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto López Ostra c/España, Civitas, Revista española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 277.

(21) Albanese, Susana, Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas, Bs. As., ed. Belgrano, 1997, t. II, pág. 451.

Los autores españoles enseñan que el 9/12/1994, día en que se hizo pública la sentencia López Ostra, España fue condenada en otras dos decisiones, por violación al proceso justo. De allí que se lo señale como un “martes negro”, sobre todo si se tiene en consideración que en trece años sólo se habían producido seis pronunciamientos condenatorios (Jimena Quesada, Luis y Tomás Mallén, B., El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en Rev. General de Derecho, año LII, n° 618, Marzo 1996, pág. 2160; Carrillo Donaire, J.A., y Galán Vioque, R., ¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto López Ostra c/España, Civitas, Revista española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 271).

Según un sector de la doctrina, tal declaración implica el reconocimiento que el derecho al ambiente es un verdadero derecho subjetivo que tiene base en la Convención Europea (22); implica, por así decirlo, el *alumbramiento* de un derecho “de carácter social que se liga al derecho civil de respeto a la vida privada y familiar, y que incorpora de modo envolvente el valor *calidad de vida*” (23). Desde esta perspectiva, la sentencia demostró que la efectiva protección de algunos derechos garantizados en el Convenio no es concebible con abstracción de condiciones medioambientales adecuadas (24).

La importancia de este reconocimiento se advierte fácilmente si se toma conciencia que el derecho al ambiente sano no figura expresamente en el texto originario de la Convención Europea. Es evidente, se ha dicho, “que la dimensión ambiental no estaba en el centro de las preocupaciones del legislador europeo que elaboró la CEDH. Las tradiciones jurídicas en materia de derechos fundamentales de los diferentes países de la Europa occidental y las imperiosas necesidades del momento (la defensa de las instituciones democráticas contra el peligro totalitario) no militaban a favor del reconocimiento de un derecho que, en la época, no se inscribía en la lógica jurídica tradicional” (25).

Para llegar a este resultado, el tribunal utilizó, como tantas otras veces, la técnica del “efecto reflejo” o *protection par ricochet*, o “conexión gradual”, o “en cascada”, según la cual aunque un derecho no esté expresamente establecido (en el caso, el derecho al ambiente sano), entra en la Convención si su violación impide o limita gravemente el disfrute efectivo de un derecho que sí está reconocido (en el supuesto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la vida íntima y familiar) (26).

---

(22) Jimena Quesada, Luis y Tomás Mallén, B., El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en Rev. General de Derecho, año LII, n° 618, Marzo 1996, pág. 2159.

(23) Bandres Sánchez Cruzat, José M., Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, ed. Civitas, 1996, pág. 75.

(24) García San José, Daniel, El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización, en Rev., Derechos y Libertades, Madrid, ed. Universidad Carlos III, año IV, 1999, n° 7, pág. 241.

(25) De Salvia, Michele, Droits et devoirs en matière d'environnement selon la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Les nouveaux droits de l'homme en Europe, Bruxelles, ed. Bruylant, 1999, pág. 256.

(26) Carrillo Donaire, J.A., y Galán Vioque, R., ¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto López Ostra c/España, Civitas, Revista española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 277.



Podría pensarse que aparte de la protección del derecho al domicilio y a elegir libremente el lugar de residencia, la demandante pretendía proteger la concepción patrimonial del domicilio, es decir, la propiedad. Sin embargo, los daños reclamados permiten excluir esta hipótesis. Se invocó el art. 8, por lo que cabe concluir que el TEDH acogió el concepto amplio del domicilio, rechazado en su momento por el Tribunal Constitucional español, quien había argumentado que no había injerencia porque en ningún momento se le había impedido mudar de domicilio (27).

La trabajosa inclusión del derecho al ambiente sano en el listado de los derechos humanos por esta vía (28), no debe ser entendida como un exceso de activismo del tribunal, ni una entrada “por la puerta de atrás” (29),

(27) O sea, el Tribunal Constitucional adhirió a una visión estricta del derecho a la inviolabilidad del domicilio (Egea Fernández, Joan, Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994, en Derecho privado y constitución, Madrid, ed. Centro de estudios constitucionales, 1996, pág. 332 ). Sin embargo, la visión amplia había sido recogida en la decisión del Tribunal Constitucional español n° 22/1984, voto del ponente Luis Díez Picazo (Compulsar Díaz Romero, María del Rosario, La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones, Madrid, ed. Civitas, 2003, pág. 165).

(28) Así la califica Sudre, Frédéric, La protection du droit à l'environnement par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Jean Claude Masclat (sous la direction de), La Communauté européenne et l'environnement, Paris, La documentation française, 1997, pág. 209. Otros autores recuerdan los casos, originariamente rechazados por la Comisión, ante la omisión de este derecho en el listado de los derechos expresamente enunciados (Russo, Carlo, Le droit de l'environnement dans les décisions de la Commission des droits de l'homme et dans la jurisprudence de la Cour européenne, en Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruxelles, ed. Bruylant, 1998, pág. 635 y ss.). Se afirma que el conocimiento de los problemas ambientales por el sistema de Estrasburgo se remonta a los años setenta; en el asunto “X e Y c/República Federal de Alemania” (1976) una asociación ecologista denunció las prácticas militares que se realizaban en unas zonas pantanosas cercanas a la localidad donde vivían los miembros de la asociación, provocándoles, según los denunciantes, un menoscabo en sus derechos a la vida (art. 2) y a la libertad (art. 5) violándose la prohibición de la tortura (art. 3); la Comisión no admitió la denuncia alegando que el Convenio no reconocía expresamente el derecho a la conservación de la naturaleza (Bouazza Ariño, Omar, Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Rev. de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, n° 160 pág. 167).

(29) Así la califican dos autores españoles que, en definitiva, aprueban la solución, pero sostienen que la sentencia implica una peligrosa sombra de incertidumbre al contenido del derecho reconocido por el art. 18.2 de la Constitución española; de cualquier modo, reconocen que la sentencia refleja claramente las deficiencias del sistema español de protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Concretamente afirman: “El aterrizaje de la señora López Ostra ante los órganos del Convenio ha venido en buena medida provocado por la artificiosidad del sistema español de protección jurisdiccional de derechos fundamentales” (Carrillo Donaire, J.A., y Galán Vioque, R., ¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto López Ostra c/España, Civitas, Revista española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 272 y 282).

sino la adaptación a las nuevas circunstancias ambientales que, obviamente, no pudieron tenerse en cuenta en el listado de 1950 (30); dicho en otros términos, es el resultado del método de interpretación dinámica de los textos que, como he dicho, la Corte ha defendido desde siempre, fundada en la necesidad de luchar contra la obsolescencia del Tratado.

Para otros autores, la conexión gradual o en cascada entre el medio ambiente sano y los derechos reconocidos no significa declarar que existe un “derecho a vivir en condiciones medioambientales sin contaminación”; en otros términos, no se está “ante un proceso de creación y de cristalización de un nuevo derecho que por vía de facto amplía el catálogo de los derechos enunciados en la Convención; una declaración de este tipo hubiese sido una interpretación hiper-extensiva y excesivamente elástica del convenio”. Por eso, propician que la interpretación extensiva del Convenio no se detenga allí sino que “se profundice verticalmente de modo que se considere el derecho al disfrute de los bienes y el derecho al respeto del bienestar en la esfera del domicilio privado como implícitos en el sistema de derechos garantizados en el Convenio”. Igualmente, reclaman una expansión horizontal, que tome conciencia de la “perspectiva ambiental de otros derechos garantizados en el convenio, como es el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la integridad física (art. 3), el derecho a la información (art. 10) y el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo adicional) (31).

Cualquiera sea la posición correcta (reconocimiento o no, liso y llano, del derecho al ambiente sano como derecho humano), es necesario recalcar que en el caso, aunque las inmisiones, obviamente, suponían un perjuicio para el medio ambiente, no era éste el derecho alegado, ni en las instancias nacionales ordinarias, ni ante el Tribunal Constitucional, ni ante el TEDH. En otros términos, la demandante no pretendía defender un interés colectivo o difuso plasmado en el menoscabo medioambiental, ni tampoco su propio derecho subjetivo al medio ambiente; ella alegaba la violación de los derechos individuales a la salud, a la integridad física y al domicilio. Consecuentemente, la condena del TEDH a España no tiene en

---

(30) Faramiñan Gilbert, Juan Manuel de, El Tribunal Europeo de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, LL 1995-E-1135.

(31) García San José, Daniel, El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización, en Rev., Derechos y Libertades, Madrid, ed. Universidad Carlos III, año IV, 1999, n° 7, pág. 249.

cuenta los posibles daños medioambientales sino la concreción individual antes referida, aunque de forma indirecta, claro está, tuvo repercusión en la protección medioambiental (32).

b) Ratifica la doctrina judicial de las obligaciones positivas de los Estados; en otros términos, las injerencias deben ser analizadas desde las dos perspectivas básicas: no basta que el Estado no interfiera en la vida privada y familiar, en el domicilio, en la propiedad de la vivienda; es necesario que tome las medidas positivas necesarias para que ese derecho sea realmente resguardado o protegido.

c) Reconoce que el ataque al derecho al medio ambiente sano puede provenir tanto del hecho de los particulares como de los hechos y omisiones del Estado. O sea, la protección del derecho opera bi-frontalmente, tanto en sus efectos verticales (contra el Estado), cuanto en sus efectos horizontales (frente a hechos de los particulares, el denominado “*drittwirkung*”) (33).

d) Alerta a los Estados miembros sobre la necesidad de una protección real al medio ambiente, alejada de los vericuetos procesales. En este sentido, dos autores españoles expresan: “Nuestros órganos internos parecían más animados en participar en una desafortunada carrera de despropósitos –tolerancia en el funcionamiento de una industria ilegal y contaminante, falta de adopción judicial de medidas cautelares, etc.– que en brindar a la demandante una garantía efectiva de sus derechos. Por todo ello, consideramos que el TEDH condenó justa y merecidamente al Estado español” (34).

e) Permite tomar conciencia de que una circunstancia que el código civil argentino visualizaba sólo desde la perspectiva patrimonialista del dere-

---

(32) Egea Fernández, Joan, Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994, en *Derecho privado y constitución*, Madrid, ed. Centro de estudios constitucionales, 1996, pág. 332.

(33) Spielmann, Dean, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention, en Sudre, Frédéric, *L'interpretation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1998, pág. 133.

(34) Carrillo Donaire, J.A., y Galán Vioque, R., ¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto López Ostra c/España, Civitas, *Revista española de Derecho Administrativo*, 1995, pág. 285.

cho de dominio (art. 2618) hoy exige una visión integradora desde la óptica de la persona y su derecho a un ambiente sano, óptica que, indudablemente, debe incidir en la interpretación de los textos legales (35).

## 7. Guerra y otros c/ Italia, 19/2/1998 (36).

### 7.1. Hechos

Los actores vivían en Manfredonia, Foggia, Italia, a un Km. de una fábrica (Enichem) que producía fertilizantes y químicos utilizados para la fabricación de nylon, ubicada en territorio de la comuna de Monte Sant'Angelo. En 1988 la fábrica fue calificada de alto riesgo según la norma italiana que traspuso la directiva 82/501, llamada directiva Seveso, por referencia al gran desastre ecológico conocido con ese nombre.

En el curso del ciclo de su actividad, de la fábrica emanaba gran cantidad de gas inflamable, circunstancia que produjo reacciones químicas explosivas que liberaban sustancias altamente tóxicas, anhídrido sulfúrico, óxido de azote, sodio, amoníaco, hidrógeno metálico, ácido benzoico y, sobre todo, anhídrido de arsénico.

En el pasado, en ese mismo lugar, graves accidentes se habían producido; el peor se remontaba al 26/9/1976, cuando la explosión de la torre de lavado de gas dejó escapar varias toneladas de solución de carbón y bicarbonato de potasio que contenía anhídrido de arsénico. En esa ocasión, 150 personas debieron ser hospitalizadas en razón de una intoxicación aguda.

---

(35) Egea Fernández, Joan, Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994, en *Derecho privado y constitución*, Madrid, ed. Centro de estudios constitucionales, 1996, pág. 349.

(36) El texto en español se reproduce en *Rev. General de Derecho*, año LV, n° 663, Diciembre 1999, pág. 14311. Un resumen en francés con comentario sin título de Jean F. Renucci, se publica en *Recueil Dalloz*, n° 41, 19/11/1998, *sommaires commentés* pág. 369 y ss. Una síntesis en italiano se encuentra en *Responsabilità civile e previdenza*, anno 2001, vol LXVI, pág. 679. Ver, entre otros, comentario de García San José, Daniel, *El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización*, en *Rev. Derechos y Libertades*, Madrid, ed. Universidad Carlos III, año IV, 1999, n° 7, pág. 243. El texto completo en italiano, con nota sin título de G. Sabeono se publica en *Il Foro Italiano*, anno CXXIV, n° 7/8, 1999, pág. 281, parte IV-12.

El 8/12/1988 una comisión técnica designada por la municipalidad de Manfredonia determinó que el estudio de impacto ambiental era incompleto, que a causa de la posición geográfica de la usina, la emisión de sustancias en la atmósfera eran normalmente canalizadas hacia la ciudad, y que las instalaciones de la fábrica para el tratamiento de humo eran insuficientes.

En 1989 la fábrica limitó su actividad a la producción de fertilizantes, no obstante lo cual se la mantuvo, con toda razón, en la categoría de fábricas peligrosas a la luz de la normativa ambiental. En 1993, el Ministerio del Ambiente y el de la Salud, en forma conjunta, adoptaron una decisión administrativa que prescribía las medidas que la fábrica debía tomar para asegurar la producción en curso de los fertilizantes. En 1994 la fábrica dejó de producir fertilizantes y siguió funcionando sólo como central termo-eléctrica e instalación de tratamiento de aguas primarias y usadas.

A raíz de estos hechos, una serie de procedimientos de tipo penal tuvo lugar en Italia. Así, por ej., el 13/11/1985, 420 habitantes de Manfredonia (entre los cuales figuraban los denunciantes antes la Corte Europea) se presentaron ante el pretor de Foggia y denunciaron la presencia de gases tóxicos; siete administradores de la fábrica fueron inculcados; cinco quedaron absueltos del delito, sea por amnistía, sea por el pago de una multa; otros dos fueron condenados a cinco meses de prisión y dos millones de liras de multa por haber dispuesto la salida de desechos sin contar con autorización administrativa previa. Sin embargo, la decisión fue apelada y el tribunal absolvió a los inculcados.

Posteriormente, se creó un comité en el que participaban los gobiernos de la región de la Puglia con el fin de dar efectos a la directiva Seveso. El comité ordenó una encuesta técnica, que concluyó con un mandato administrativo para la toma de diversas medidas. Los problemas vinculados al ambiente provocaron, incluso, una interpelación del Parlamento al Ministro del Ambiente.

## **7.2. El procedimiento ante los organismos europeos de Derechos Humanos y la decisión de la Corte.**

Ante la falta de respuesta local, y conforme el procedimiento vigente por entonces, los vecinos se presentaron ante la Comisión de Derecho Huma-

nos. Se quejaban de la violación del art. 10 (37) (derecho a la información) y del art. 8 (derecho al domicilio y a la vida íntima y familiar).

La Corte sostuvo que el art. 10 no había sido violado desde que la libertad allí mencionada no puede ser interpretada como una imposición al Estado para que genere la obligación positiva de colectar y propagar información por su propia iniciativa.

En cambio, entendió violado el art. 8. Afirmó que Italia no interfirió en la vida privada o familiar desde la óptica de la injerencia mirada desde una perspectiva unilateral, como acto, pero no cumplió su obligación positiva de hacer; o sea, omitió actuar porque no garantizó la efectiva protección de los derechos a la vida privada y familiar. En el caso, los actores carecieron de la información esencial que les hubiese permitido evaluar los riesgos que podían resultar del hecho de permanecer con sus familias en ese territorio, una comuna tan expuesta a los accidentes en razón de la fábrica.

El tribunal recordó lo afirmado en *López Ostra*, en el sentido que las severas poluciones medioambientales pueden afectar el bienestar de los individuos e impedirles disfrutar sus hogares, y que si Italia hubiese tomado las medidas necesarias ese ataque a la vida familiar no se habría producido.

Se fijaron los daños y perjuicios estimados en \$100.000.000 de liras para cada uno de los actores.

### **7.3. Importancia de la decisión**

La decisión ratifica la doctrina *López Ostra*; de allí su importancia. A lo expuesto respecto de aquella decisión, se suma, el hecho, por demás significativo, de la importante cantidad de peticionantes (cerca de cincuenta vecinos).

---

(37) El art. 10 del Convenio dispone: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.....El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

## 8. Hatton y otros c/Reino Unido, sentencias del 2/10/2001 (38) y del 8/7/2003 (39).

### 8.1. Los precedentes.

Las resoluciones relativas a ruidos ocasionados por aeropuertos emanadas de órganos europeos custodios de los Derechos Humanos tienen origen bastante lejano.

El 15/7/1980, en el caso *Arrondelle c/Reino Unido*, la Corte decidió la cuestión planteada por una persona cuya casa estaba situada al final de una de las pistas de aterrizaje del aeropuerto de Gatwik y cerca de una carretera cuyo tráfico creaba un gran ruido. La cuestión no fue decidida por el tribunal porque las partes llegaron a un acuerdo amistoso (40), pero los autores indican que éste es el primer caso en el que la Comisión admitió tratar un tema vinculado al ambiente, y lo hizo a través de la vía del derecho al domicilio y a la vida íntima y familiar (41).

Acuerdos similares concluyeron en otros procesos del mismo tipo: en el caso *Frederick W. Baggs c/ Reino Unido* (42) de 1985, el denunciante, propietario de un terreno en el cual tenía su residencia familiar y, además, criaba aves, se quejaba de ruidos intolerables causados por el aterrizaje y despegue de aviones en el aeropuerto de Heathrow; sin decisión del órgano comunitario, Baggs aceptó el pago de 24.000 libras esterlinas como indemnización total.

---

(38) Ver comentario de esta decisión de García San José, Daniel, Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche, en *Rev. española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, n° 64, pág. 239.

(39) Ver comentario de Haumont, Francis, L'absence de statut spécial aux droits environnementaux de l'homme, en *Recueil Dalloz*, 2003, n° 33, pág. 2273.

(40) Cit. por Jimena Quesada, Luis y Tomás Mallén, B., El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en *Rev. General de Derecho*, año LII, n° 618, Marzo 1996, pág. 2154.

(41) Sudre, Frédéric, La protection du droit à l'environnement par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Jean Claude Masclat (sous la direction de), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La documentation française, 1997, pág. 212; De Salvia, Michele, Droits et devoirs en matière d'environnement selon la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1999, pág. 257.

(42) Cit. por Déjeant-Pons, Maguelonne, Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en *Liber amicorum Marc André Eissen*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1995, pág. 87/88.

En *Powell y Rainer c/ Reino Unido* (21/2/1990), aunque el tribunal no entró en la cuestión de fondo, admitió que en abstracto, “un cierto nivel de intensidad de los ruidos puede afectar la calidad de vida y el respeto del domicilio de las personas; que el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow ha podido disminuir la calidad de vida y el disfrute del hogar de los dos demandantes, aunque en grados muy distintos”. Mas, en concreto, resolvió que “no hay motivo serio para considerar que la manera a través de la cual las autoridades inglesas abordaron el problema o el contenido de las medidas reglamentarias específicas elegidas hayan sido violatorias del art 8”. En definitiva, la Corte estimó que el análisis de las medidas administrativas tomadas para disminuir el ruido encuadraba en el margen de apreciación de los Estados (43).

El caso *Hatton y otro c/ Reino Unido*, bajo comentario, tuvo por objeto decidir las quejas de vecinos de la zona cercana al aeropuerto de Heathrow, uno de los tres grandes aeropuertos de Londres (junto con Gatwick y Stansted), el de más tránsito en Europa, y uno de los más activos del mundo; es usado por 90 aerolíneas y ofrece más de 180 destinos alrededor del planeta.

Las quejas, canalizadas a través de la Comisión conforme el sistema por entonces vigente, fueron resueltas el 2/10/2001 por la Sección 3° de la Corte a favor de los reclamantes. No obstante, posteriormente, y a pedido del Estado demandado, en una especie de recurso de revisión, el tratamiento de la cuestión planteada pasó a la Gran Sala, que se pronunció el 8/7/2003. En esa oportunidad, por mayoría, decidió que no se verificaba violación del art. 8, aunque sí, violación del art. 13.

## 8.2. Los hechos.

Todos los denunciantes sostenían que la modificación de las reglamentaciones administrativas relativas a los vuelos nocturnos de 1993 había

---

(43) Déjeant-Pons, Maguelonne, *Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, en *Liber amicorum Marc André Eissen*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1995, pág. 89/90; Russo, Carlo, *Le droit de l'environnement dans les décisions de la Commission des droits de l'homme et dans la jurisprudence de la Cour européenne*, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1998, pág. 639. Por las razones expuestas en el texto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita el caso Powell en apoyo de su decisión del 21/10/1999 en la que rechazó la petición de más de 5000 vecinos del barrio cercano al Aeropuerto de Barcelona. Sostuvo que en el caso sometido a decisión, al igual que en Powell, y a diferencia de que lo aconteció en López Ostra, la cuestión era verificar la eficacia de las medidas administrativas y técnicas tomadas por el Estado denunciado para inspeccionar y reducir el ruido de los aviones (Ver Rev. General de Derecho, año LVI, n° 664/665, Enero-Febrero 2000, pág. 851).



empeorado sus condiciones de vida. Ese plan de 1993 introdujo un sistema de "cuota de ruido" según el cual a cada tipo de avión se le asignaba una porción de cuota variable según fuese más o menos silencioso; además, el aeropuerto se atribuyó un determinado número de puntos de cuota según la época del año, y si eran vuelos diurnos o nocturnos, de manera tal que el número de vuelos debía mantenerse dentro del total de puntos de la cuota permitida

La señora Ruth Hatton nació en 1963. Ella vivió en East Sheen con su esposo y dos niños entre 1991 y 1997. Su casa estaba situada a 11,7 km del extremo de la pista más cercana de Heathrow. Se quejaba del terrible ruido existente. Decía que para poder dormir necesitaba colocarse tapones en los oídos; sus hijos se despertaban repetidamente por las noches; el tráfico aéreo la despertaba cada cuatro horas; el "bombardeo" comenzaba entre las 5 y las 5.30 en el invierno; etc. La situación descrita les originó depresión por lo que, finalmente, en 1997, decidieron mudarse.

Otros vecinos peticionantes (Peter Thake, John Hartley, Philippa Edmund, John Cavalla, Jeffray Thomas, Richard Bird, Tonny Anderson) contaron molestias similares y dijeron que la mayoría de las casas contaba con ventanas equipadas con doble vidrio; sin embargo, en verano, con las ventanas abiertas el ruido era infernal, y con las ventanas cerradas era imposible dormir, por lo que estaban volviéndose locos. También relataron que en 1997 el aeropuerto de Heathrow puso a disposición una línea telefónica (Heathrow Noise Line) donde toda persona podía quejarse de los ruidos generados por los vuelos indicando la hora; que habían llamado repetidas veces, sin resultado. Muchos de ellos, al igual que la Sra. Hatton habían terminado mudándose a otros lugares, tan pronto encontraron trabajo, aunque muchas veces peor remunerado. También dijeron que la administración del aeropuerto no practicaba, durante ciertos períodos, la alternancia de las pistas; se utilizaba una sola para los aterrizajes durante la mitad de la jornada; los aviones aterrizaban en un 70% de los casos por el este por lo que era imposible dormir.

Las decisiones relatan que las restricciones a los vuelos nocturnos fueron introducidas en 1962 y periódicamente revisadas en 1988, 1993, 1998. Un informe del Reino Unido de 1987 dijo que los vuelos nocturnos no debían reducirse por dos razones: (a) La prohibición del ruido nocturno evitaría a las aerolíneas la posibilidad de programar sus vuelos y tendrían

que lidiar con cancelaciones y retrasos; (b) La veda dañaría la condición de Heathrow como aeropuerto internacional con implicancias dañosas en la atención de las necesidades de los pasajeros por lo que, en definitiva, perdería posición competitiva con otros aeropuertos europeos.

Entre 1988 y 1993 el tráfico aéreo nocturno se reguló sólo a través de la limitación del número de aterrizajes y despegues. En 1990 el Ministerio de Transporte emprendió una investigación interna para la restricción de los vuelos nocturnos a fin de elaborar una nueva clasificación de las aeronaves y un sistema de cuotas. También encargó a la dirección un estudio objetivo sobre los ruidos generados por los aviones y lo inconvenientes que esto causaba al sueño. Las investigaciones sobre el terreno se realizaron durante el verano de 1991. Se encuestaron 400 vecinos. Los resultados fueron publicados en diciembre de 1992 en un documento titulado "Informe de un estudio relativo al ruido ocasionado por las aeronaves y lo inconvenientes causados al sueño". Según este informe, no había prueba que indicara que el ruido generado por las aeronaves fuese susceptible de dejar secuelas.

En enero de 1993 el gobierno publicó un documento concerniente al nuevo plan de reglamentación de los vuelos nocturnos en los tres aeropuertos más importantes. Este documento tenía cuatro objetivos: (a) rever y adaptar las medidas restrictivas de los vuelos nocturnos; (b) continuar protegiendo la población local contra los inconvenientes sonoros excesivos que pudiesen resultar de los vuelos nocturnos; (c) tener en cuenta las exigencias en materia de competencia; (d) tener en consideración la incidencia a largo plazo en la economía.

En definitiva, siguieron haciéndose estudios y trabajos de campo para determinar el impacto que los vuelos nocturnos producían. Esos estudios revelaban que cuando la gente se dormía, difícilmente se despertaba sólo por causa del ruido de los aviones. Por su parte, las compañías *charter* opinaban que sus operaciones podían ser sustancialmente mejoradas si se les permitía mayor movimiento durante el período nocturno, especialmente aterrizajes; que necesitaban operar en la noche para competir y mantener los costos lo más bajo posible desde que la viabilidad de sus negocios dependía altamente de la gran utilización de sus naves, típicamente tres rotaciones diarias.

Obviamente, la IATA (*International Air Transport Association*) y todas las organizaciones inglesas del transporte aéreo estaban a favor de los

vuelos nocturnos; las empresas presentaban informes sobre las pérdidas que podían producirse y que de hecho se habían producido cuando se ordenaron las reducciones.

Un documento de 1995 precisó que contrariamente a lo que el gobierno anunciaba en el documento de consulta de 1993, las orientaciones y proposiciones dadas por el ministro hacían posible la emisión de más ruido causado por las aeronaves de los que había en el verano de 1988. Lo cierto es que en 1995 el ministro de transporte anunció que las cuotas y otras restricciones nocturnas permanecían inalteradas. La corte de apelaciones confirmó la legalidad del plan de 1993, lo que motivó diversos recursos.

En noviembre de 1998 se publicó la segunda parte de los documentos de consulta sobre las restricciones de vuelos nocturnas. Indicaba que la noción de “molestias para dormir” se extendía a perturbaciones del sueño (y dificultades para dormirse, despertarse excesivamente temprano en la mañana con dificultades para volverse a dormir).

Nuevos planes fueron presentados, y en noviembre de 1999 el gobierno anunció que la alternancia de las pistas en Heathrow sería extendida a los períodos nocturnos “desde que fuera posible” y publicó un nuevo documento de consulta.

Después de haber agotado las instancias locales, los peticionantes denunciaron ante la Comisión que la política instaurada por el gobierno en 1993 en materia de vuelos nocturnos significaba un ataque a las garantías previstas en el art. 8 de la Convención.

### **8.3. Las sentencias. El voto mayoritario.**

El 2/10/2001, una Sala del TEDH consideró que las medidas tomadas por el gobierno inglés antes reseñadas eran insuficientes para garantizar el derecho de los individuos a su vida íntima y familiar, pues las autoridades inglesas se habían limitado a revisar la legalidad del proyecto de la secretaría de estado pero no adoptaron las medidas oportunas para restituir la lesión del derecho. En suma, condenó al gobierno inglés a indemnizar a cada peticionante la suma de 4000 libras esterlinas por daños morales. La doctrina final podría ser formulada del siguiente modo: “Cuando las administraciones públicas no ponen todos los medios racionalmente necesarios y posibles para evitar la contaminación acústica, no pueden

invocarse los intereses económicos de la sociedad para justificar la lesión del derecho a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos” (44).

Esa decisión fue recurrida ante el Pleno o Gran Sala por el gobierno inglés. A decir verdad, la sentencia del 2/10/2001 no podía llegar en peor momento para las compañías aéreas, desde que en ese período tenían pérdidas inimaginables sólo unos meses atrás, como consecuencia de la situación de alarma social por nuevos ataques terroristas, tras el atentado a las Torres Gemelas de New York del 11/9/2001 (45).

Como he adelantado, el 8/7/2003, la anterior decisión fue revocada por otra decisión que entendió que Inglaterra no había violado el art. 8.

El razonamiento judicial de la mayoría transita por los siguientes argumentos:

a) Se reconoce que aunque la Convención no menciona expresamente el derecho a un ambiente sano y calmo, cuando una persona sufre directa y gravemente un ruido, u otras formas de polución, la cuestión puede plantearse bajo el ángulo del art. 8, según la doctrina que emana de las sentencias recaídas en los casos *Powell and Rayner c/ Reino Unido* (21/2/1990); *López Ostra c/ España* (9/12/1994); *Guerra y Otros c/ Italia* (19/2/1998). El planteo procede sea que la polución esté causada directamente por el Estado, o que su responsabilidad surja de la ausencia de reglamentación adecuada para la industria privada.

b) No obstante, debe recordarse el rol fundamentalmente *subsidiario* del mecanismo de la Convención. Conforme la doctrina del “margen de apreciación de los Estados”, las autoridades nacionales gozan de legitimidad democrática directa y, por eso, se encuentran mejor ubicadas que el juez

---

(44) Sudre, Frédéric, La protection du droit à l'environnement par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en Jean Claude Masclat (sous la direction de), La Communauté européenne et l'environnement, Paris, La documentation française, 1997, pág. 212.

(44) Álvarez Cienfuegos Suárez, José M., La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica. Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales, Rev. Jurídica española La Ley 2001-7-D-271.

(45) García San José, Daniel, Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche, en Rev. española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, n° 64, pág. 246

internacional para decidir sobre las necesidades y los contextos locales. Cuando cuestiones de política general están en juego y existen sobre ellas profundas divergencias, los Estados democráticos pueden, razonablemente, tomar sus propias decisiones; en este sentido, la Corte ha estimado normal que el legislador nacional disponga de un margen de libertad para llevar adelante una política económica y social.

c) En un caso como éste, el examen correcto lleva a distinguir dos aspectos: (I) el *contenido* material de la decisión del gobierno en miras a asegurar que sea compatible con el art.8; (II) el *proceso* decisorio llevado a cabo para verificar si los intereses de las personas han sido debidamente tenidos en cuenta.

En cuanto al aspecto material, la Corte ha declarado que el Estado debe gozar de un margen de apreciación extenso o amplio. En *Powell and Rayner* y en otras decisiones vinculadas al ambiente, ha afirmado que no pertenece ni a la Comisión ni a la Corte sustituirse en las autoridades locales para determinar en qué consiste una política óptima en un dominio social y técnico difícil, cual es la reglamentación del ruido excesivo de las aeronaves. En este caso, la Corte se enfrenta a dos puntos de vista opuestos sobre el margen de apreciación a aplicar. Por un lado, el gobierno reclama amplitud, fundado en que este asunto está referido a cuestiones de política general; por el otro, los demandantes sostienen que el margen de apreciación debe ser restringido, en razón de que se trata el ataque a la posibilidad de dormir, que tiene carácter individual y personal.

Con relación al aspecto procesal, el tribunal debe analizar el tipo de política o de la decisión en juego, y la medida en la que los puntos de vista de los individuos y las garantías procesales disponibles han sido tenidos en cuenta a lo largo de todo el proceso. El gobierno recurrente reconoce que el ruido generado por las aeronaves durante la noche perturba el sueño, pero pide a la Corte un examen crítico de las alegaciones de los actores relativas a la gravedad de esas molestias. Invoca que todos los grandes aeropuertos centrales de Europa aplican en materia de vuelos nocturnos restricciones más o menos rigurosas o semejantes a las impuestas en los tres aeropuertos londinenses. Sostiene que los aeropuerto de Charles de Gaulle en París y Schiphol en Amsterdam no tienen limitaciones al número de vuelos nocturnos; que en Frankfurt los aterrizajes de las aeronaves están sometidos a restricciones sólo entre la 1 y las 4 de la mañana; por eso, restricciones más severas para Heathrow tendrían graves repercusiones sobre la competitividad de las compañías aéreas británicas.

En coincidencia con el gobierno, la *British Airways*, apoyada por la BATA (*British Air Transport Association*) afirma que una prohibición o una disminución de los vuelos nocturnos causará un daño desproporcionado y reducirá la posibilidad de opción de los consumidores. Sostiene, además, que la pérdida de vuelos nocturnos será altamente perjudicial para la economía británica en general.

d) La Corte no duda que la puesta en marcha del plan de 1993 ha podido atender a la calidad de la vida privada de los peticionantes y a la posibilidad de gozar de sus viviendas respectivas y, por lo tanto, están implicados los derechos protegidos por el art. 8 de la Convención. Cada uno de los peticionantes ha descrito los efectos producidos por las modificaciones introducidas por el plan de 1993 y no hay razón para dudar de la sinceridad de sus manifestaciones; es verdad que no han provisto al tribunal de elementos objetivos relativos a la gravedad de las perturbaciones alegadas y que no han refutado los datos provistos por el gobierno relativos a las curvas de los niveles de ruido diurno. Sin embargo, el mismo gobierno admite, y esto surge claramente del estudio de 1992 sobre el sueño, que la sensibilidad al ruido comporta una parte de subjetividad; unas personas son más susceptibles que otras; la molestia sufrida por unos y otros depende no sólo de la situación geográfica de los domicilios respectivos en relación a las diversas trayectorias del vuelo, sino también de la predisposición de cada uno de ser incomodado por los ruidos. En el caso, el grado de las molestias puede variar de un actor al otro, pero la Corte no puede seguir al gobierno cuando parece considerar que el plan discutido en este caso no ha tenido ningún efecto, o al menos ningún efecto notable sobre los actores.

e) Las molestias sonoras denunciadas no han sido causadas por el Estado, pero resultan de la actividad de las compañías aéreas privadas y puede sostenerse que las modificaciones introducidas por el plan de 1993 son una injerencia directa del Estado en el ejercicio del derecho de las personas implicadas. Se reconoce que en materia de ambiente, la responsabilidad del Estado puede derivarse del hecho que no ha reglamentado la actividad de la industria privada de manera que asegure el respeto de los derechos consagrados por el art. 8. El caso, pues, debe ser abordado bajo el ángulo de una obligación positiva a cargo del Estado. Por eso, la cuestión que debe resolver es si la puesta en marcha de la política de 1993 en materia de vuelos nocturnos ha mantenido un justo equilibrio entre los intereses de las personas que padecen los ruidos nocturnos y los de la sociedad en su conjunto.

f) Advierte que, en general, en los casos anteriores en los que debió abordar problemas ambientales, las decisiones se fundaron en que las autoridades nacionales habían inobservado la reglamentación interna. Así por ejemplo, en *López Ostra*, la autoridad española había permitido el funcionamiento de una planta de depuración sin el permiso pertinente; en *Guerra c/ Italia* la violación también era semejante porque el Estado no había provisto a los actores de suficiente información.

Este elemento de irregularidad respecto del derecho interno está ausente en el caso. La política en materia de vuelos nocturnos instalada en 1993 fue impugnada por las colectividades locales y, después de un cierto número de modificaciones, juzgada compatible con el derecho interno. Los actores no afirman que las medidas, tal como fueron modificadas, contradigan el derecho inglés. Tampoco alegan la ilegalidad, según el derecho interno, de tal o cual vuelo nocturno generador de inconvenientes en el sueño.

g) Para justificar la reglamentación de los vuelos nocturnos, tal como está en vigor después de 1993, el gobierno invoca no sólo los intereses económicos de las compañías aéreas y otras empresas, sino especialmente el interés económico del país en su conjunto. La Corte observa que el segundo párrafo del art. 8 autoriza, entre otras, las restricciones necesarias al bienestar económico del país y a la protección de los derechos y las libertades de otros. Por lo tanto, es legítimo para el Estado tener en cuenta los intereses económicos antes mencionados cuando elabora su política.

h) El tribunal debe examinar si el Estado pudo haber llegado a un justo equilibrio entre estos dos intereses, en otras palabras si ha transpuesto el margen de apreciación. La respuesta es negativa; se constata que la introducción del plan de 1993 concerniente a los vuelos nocturnos era una medida general que, aún cuando ha significado consecuencias para los actores y otras personas que se encontraban en situación análoga, no han significado un ataque a su vida privada de la misma gravedad que algunas medidas penales que la Corte ha tenido en cuenta en otros juicios (Dudgeon) que justificaban disminuir el margen de apreciación del Estado. El Estado está obligado a tener en cuenta los intereses de los particulares para asegurar el respeto a las garantías previstas en el art. 8 pero, en principio, tiene el derecho de elegir los medios a aplicar para cumplir esta obligación. Visto el carácter subsidiario de su función de control, la Corte debe limitarse a examinar si tal o cual solución podría o no llevar a un equilibrio más justo.

i) En esta línea de pensamiento, la Corte admite las dificultades a las que se enfrenta para establecer si el nivel general de ruidos durante la noche, de hecho, ha aumentado o no después de la introducción del plan de 1993. Los actores sostienen que sí y el gobierno que no. Las declaraciones contenidas en el documento de consulta de 1998 parecen indicar que, en su conjunto, el nivel general de ruidos alrededor de Heathrow se ha mejorado durante el período sometido a las cuotas nocturnas, pero probablemente deteriorado durante el período nocturno completo. La Corte no se encuentra en situación de pronunciarse exactamente sobre este punto; constata que el litigio entre las partes lleva la cuestión de saber si es necesario medir el ruido nocturno según el número de movimiento de aviones o según las cifras de cuota. Cualquiera que sea, nada indica que la decisión de las autoridades de introducir un régimen fundado en el sistema de cuotas sea, en sí misma, incompatible con el Art. 8.

El fin de la aplicación de un régimen de restricción a los vuelos nocturnos es mantener los daños sonoros en un nivel aceptable para la población que vive en las proximidades del aeropuerto. Las autoridades parecen haberse dado cuenta que, en vista al carácter evolutivo de la situación (aumento del transporte aéreo, progreso tecnológico en el dominio de la lucha contra el ruido, evolución de los comportamientos sociales, etc.), la adecuación de las medidas en la materia debía ser objeto de control permanente.

j) En cuanto a los intereses económicos contrapuestos a la restricción o a la supresión de los vuelos nocturnos, la Corte juzga razonable presumir que esos vuelos contribuyen, al menos en alguna medida, a la economía general. El gobierno ha sometido a la Corte informes que exponen los resultados de una serie de encuestas relativas al interés económico de los vuelos nocturnos y que han sido hechos tanto antes como después de la introducción del plan de 1993. Aunque estos documentos no contienen indicación precisa del costo económico de la supresión de vuelos nocturnos específicos, se puede deducir que existe un vínculo entre las redes aéreas en general y los vuelos nocturnos. De cualquier modo, las compañías aéreas no están autorizadas para funcionar a su gusto, en entera libertad de explotación; están sujetas a importantes limitaciones, tales la de los vuelos nocturnos en Heathrow. La Corte advierte que el plan de 1993 es más estricto del que resulta de la consulta de 1993 porque aún los aviones más silenciosos están sometidos al sistema de cuotas. Además, las autoridades nacionales se han opuesto a peticiones tendientes al acortamiento del período sometido a cuotas o a que se levanten las restricciones nocturnas. Por otro lado, el sistema ha sido objeto de ulteriores modificaciones,



algunas constitutivas de nuevas restricciones para las compañías, tales como el establecimiento de un número total máximo de movimientos y la disminución de puntos de cuota disponible.

k) Para determinar las repercusiones de una política general sobre los individuos domiciliados en un lugar determinado, se juzga razonable tener en cuenta la posibilidad que los interesados tienen de dejar el lugar. Cuando un número restringido de personas (2 ó 3% de la población, según el estudio de 1992) sufren una medida general, el hecho que ellas puedan cambiarse si así lo desean sin sufrir pérdida financiera, es un elemento de peso en la apreciación del carácter globalmente razonable de la medida en cuestión. Por eso, en el caso, es significativo que los actores no hayan contestado el argumento del gobierno según el cual el ruido nocturno no tiene incidencia negativa sobre los precios de los inmuebles.

l) En cuanto a los aspectos procesales del caso, dado los intereses generales del ambiente en juego, el proceso decisonal debe necesariamente comportar la realización de encuestas y de estudios apropiados, de manera de permitir establecer un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego. Las decisiones no pueden ser tomadas sino en presencia de datos exhaustivos y verificables. En este sentido, se hace notar que las autoridades británicas controlaron, en permanente adecuación, el plan de 1993. El estado de la investigación en lo que concierne a los problemas de sueño conectados con los vuelos nocturnos fue la razón por la cual el gobierno decidió que las restricciones a los vuelos nocturnos fueran revisadas en un período máximo de cinco años y que cada plan nuevo debía tener en cuenta los datos recogidos en el período anterior. Todo este seguimiento ha sido realizado por el gobierno.

ll) En estas condiciones, la Corte estima que, en definitiva, las autoridades no han sobrepasado su propio margen de apreciación en la búsqueda de un justo equilibrio entre los derechos de las personas afectadas a su vida privada y su domicilio, y los intereses concurrentes de otros y de la sociedad en su conjunto.

En cambio, la Corte estima que hubo violación del art. 13 de la Convención, norma que otorga el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Esta violación deriva no del hecho de que los actores no hayan tenido acceso a la jurisdicción británica para denunciar las consecuencias de la política del Estado concerniente a los vuelos nocturnos, sino más bien por la extensión que tenía el control jurisdiccional a la época de los

hechos, por entonces tan reducida, que el recurso disponible en el derecho interno no era un recurso efectivo, que permitiera a los interesados exponer plenamente la sustancia de sus quejas.

Como la Corte no advierte violación del art. 8, sino sólo del art. 13, obviamente la indemnización fijada por la Sala, que había entendido que existía violación a las dos normas, tiene que reflejarse sobre la suma acordada a título de gastos. En definitiva, por diferentes mayorías el tribunal resolvió: que no existe violación del art. 8; que sí hay violación al art. 13; que la constatación de la violación del art. 13 representa en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por todo el daño sufrido por los actores; que el Estado debe restituir a los actores 50.000 euros en concepto de costas, con más los intereses simples a la tasa que presta el Banco Central europeo, aumentada en tres puntos; el rechazo de toda otra indemnización.

#### **8.4. El voto minoritario o disidente.**

Cinco jueces (Costa, Ress, Türmen, Zupancic y Steiner) votaron en disidencia y sostuvieron que existía violación del art. 8. Razonaron, especialmente, a partir de la política general en materia ambiental (Protocolo de Kyoto) y de la misma jurisprudencia de la Corte mencionada en el voto de la mayoría.

La línea argumental es: La vida privada es una prerrogativa heterogénea. Sus límites específicos no se distinguen y no se perciben claramente sino cuando hay que defenderlos de tal o cual injerencia. La vida privada es un aspecto del bienestar general de la persona y no es un fin en sí mismo. La amplitud admisible en la injerencia de un Estado en la vida privada de un individuo y su familia debe ser considerada como siendo inversamente proporcional al perjuicio que la injerencia es susceptible de causar a la salud mental y física del interesado. La quintaesencia de la tesis es que “la salud, en tanto estado de completo bienestar físico, mental y social” es, en las circunstancias particulares del presente caso, una condición indispensable a una verdadera vida privada íntima, que no sea disociada artificialmente. Afirmar lo contrario implica separar de una manera ficticia el bienestar personal general y la vida privada. Está claro que en este caso la esfera de la protección de la salud y la salvaguarda de la vida íntima están encaballadas

#### **8.5. Valoración de la decisión final.**

La decisión del 8/7/2003 responde, estrictamente, a la doctrina del “margen de apreciación”. Por eso, su aprobación o rechazo depende de la ad-

hesión que se preste a esta doctrina. Por otro lado, no puede dudarse sobre la gran influencia que el análisis económico del derecho ha tenido en la decisión. De cualquier modo, no puede decirse que el tribunal ha ignorado sus precedentes pues, en definitiva, ratificó la doctrina sentada en 1990 en *Powell y Rainer c/ Reino Unido*.

## 9. **Moreno Gómez c/ España (16/11/2004).** (46)

### 9.1. **Los hechos.**

La Señora Moreno Gómez se quejó de la pasividad de las autoridades de Valencia por no poner fin a los alborotos nocturnos producidos desde las 10 de la noche hasta las 6.30 de la madrugada, causados por más de 127 salas de fiesta; sostenía que la autoridad local era culpable de la saturación acústica por haber expedido licencias de manera ilimitada, sin adoptar las medidas necesarias para adaptarse a la ley. Por su parte, el gobierno argumentaba que los ruidos provienen de actividades privadas y, por lo tanto, no ha habido injerencia del poder público en el derecho a la intimidad del domicilio y a la vida privada y familiar; asimismo, dijo que el ayuntamiento había adoptado ciertas medidas con el fin de corregir el problema de la contaminación acústica.

### 9.2. **La decisión.**

La condena a España sigue la siguiente línea argumental:

a) Conforme el art. 8 del Convenio, y la jurisprudencia interpretativa del tribunal, toda persona tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico, sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio. Atentar contra el derecho al respeto del domicilio no supone sólo una vulneración material o corporal, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias.

b) Aunque el art. 8 tiene por objeto principal prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede implicar la

---

(46) Las partes esenciales de la sentencia se reproducen, en español, en Actualidad jurídica Aranzadi, año XVI, n° 652, 13/1/2005, pág. 10. En págs. 6/7 se encuentra un breve comentario de Manuel Pulido Quevedo, Un nuevo enfoque jurisprudencial en el enjuiciamiento de la lesión por ruido medioambiental.

obligación de éstos de tomar medidas que traten de respetar los derechos garantizados hasta en las relaciones entre los propios individuos. Los principios a aplicar son parecidos, se analice la cuestión desde la perspectiva de las obligaciones positivas o de las prohibiciones al Estado de tener injerencia por actos positivos.

\* En el asunto a resolver se trata de la inactividad de las autoridades públicas para hacer cesar la violación a los derechos de la peticionante, causada por terceras personas. Se constata que la demandante vive en una zona en la que el ruido nocturno es innegable, lo que evidentemente perturba la vida cotidiana de la demandante, sobre todo el fin de semana; por lo tanto, es necesario examinar si los agentes contaminantes sonoros rebasaron el umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del art. 8.

c) Los tribunales internos han sido excesivamente formalistas al sostener que la demandante no probó el nivel de los ruidos, pues el propio ayuntamiento calificó a la zona como “acústicamente saturada”, y según una ordenanza municipal que data de 1986, merece ese calificativo una “zona que sufre un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes”. No parece necesario exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada la prueba de algo que es conocido y oficial para la autoridad municipal.

d) Es verdad que la administración municipal de Valencia aprobó medidas en principio adecuadas con el fin de respetar los derechos de la peticionante, pero durante el período en cuestión, la administración toleró el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido. Una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante; conforme la jurisprudencia constante del tribunal, es su misión que los derechos concretos tengan efecto, siendo insuficiente una protección teórica o ilusoria.

## 10. **Öckan y otros c/Turquía, 13/9/2006.**

### 10.1. **Los hechos.**

Un gran número de personas (más de trescientas) se presentan en un proceso colectivo; se quejan de que el gobierno turco ha autorizado la explotación de una mina de oro en Ovacik, lugar muy cercano a sus residencias.

Durante el procedimiento de determinación de impacto ambiental, se realiza una audiencia pública; los participantes denuncian que esa explotación requiere la utilización de explosivos y de cianuro de sodio y destruirá árboles y diversas especies naturales. El estudio demora 27 meses y a su término, finalmente, se otorga autorización para funcionar a esa explotación minera.

Se interpone recurso administrativo de anulación a través del cual se insiste en denunciar contaminación del agua y destrucción de la flora y de la fauna. El recurso de nulidad es rechazado. Los quejosos recurren al Consejo de Estado órgano independiente quien finalmente anula la autorización y dispone el cierre de la explotación.

Paralelamente, el Ministro del área encarga al Instituto de Investigaciones científicas y técnicas un estudio sobre el eventual impacto del uso del cianuro en la explotación de la mina de oro. El dictamen final de ese organismo afirma que los riesgos verificados por el Consejo de Estado han sido notoriamente disminuidos a la fecha de ese informe y que los riesgos de impacto sobre el ecosistema, según criterios científicos, son muy inferiores al nivel aceptable. Con apoyo en ese dictamen, en el año 2002, el Consejo de ministros dicta una resolución que autoriza la continuación de la actividad minera. Esa decisión no se notifica ni se publicita a los denunciantes.

Conocida esa resolución, los vecinos interponen recurso de anulación ante el Consejo de Estado. En el año 2004, la prefectura de Izmir (con competencia administrativa en la zona) ordena la cesación de la explotación de la mina.

Sin embargo, en el mismo año, el Ministerio del Ambiente informa a la empresa que el estudio final de impacto ambiental por ella presentado ha tenido acogida favorable por lo que la explotación puede seguir adelante.

## **10.2. El procedimiento ante al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

Los vecinos denuncian los hechos relatados. Recuerdan un procedimiento similar por la explotación de la misma mina, comenzado en 1999 y concluido por ante ese tribunal en el año 2004.

El tribunal entiende que debe abordar separadamente la cuestión procesal y la de fondo.

a) Respecto del procedimiento argumenta:

Cuando se tratan cuestiones complejas de política ambiental y económica, el proceso de decisión debe estar basado en la realización de investigaciones y estudios apropiados, de manera de prevenir y evaluar, desde el inicio, los efectos de las actividades que pueden impactar el ambiente y los derechos de los individuos y, de este modo, establecer un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego.

El público debe tener *acceso* a las conclusiones de estos estudios y de otras informaciones que le permitan *evaluar el peligro al cual se expone*.

Además, los sujetos implicados deben contar con *recursos judiciales* contra toda decisión, acto u omisión que los afecte.

En el caso, la última decisión del Ministerio se tomó después de un largo proceso; la inusitada dilación de este procedimiento obedeció a la resistencia de la Administración a someterse a las decisiones judiciales. Esa conducta no puede ser tolerada desde la perspectiva de los derechos consagrados por la Convención Europea. Enfáticamente, la Corte “recuerda que la Administración constituye un elemento del Estado de Derecho cuyo interés se identifica con el de la buena administración de la Justicia; si la administración se rehúsa, omite o tarda en ejecutar las decisiones, las garantías que beneficiaron al justiciable durante la fase judicial pierden toda su razón de ser”.

También violó el derecho a la garantía jurisdiccional la autorización del Consejo de ministros, tomada a través de una decisión administrativa que no se hizo pública.

### 10.3. La decisión

La Corte concluye que ha violación al art. 8 (antes reseñado) y al art. 6, que asegura el acceso a un procedimiento dirigido por un juez independiente, sin dilaciones indebida y que arribe a una decisión equitativa.

Concluye indemnizando a cada uno de los denunciantes con la suma de 3000 Euros por daño moral a cada uno y 5000 Euros por gastos, en total.

### 11. **Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva y Romashina c/ Rusia, 26/3/2007.**

#### 11.1. **Los hechos.**

Los denunciantes (cada uno de ellos en un expediente diferente, luego acumulados, iniciados entre agosto y octubre de 1999) son cuatro habi-

tantes de Cherepovets, un importante centro de producción de acero, ubicado a 300 Km. Al noreste de Moscú, en la región de Vologda. La planta fue construida en 1950, durante el régimen socialista; era, pues, propiedad del estado; aún hoy es la más grande y, a su vez, la más contaminante de Rusia.

Desde 1970 se vienen instrumentado planes para disminuir la contaminación, sin demasiado éxito; está acreditado que la concentración de sustancias peligrosas en áreas residenciales cercanas a este establecimiento está muy por encima de los niveles seguros, tal como están definidos en la legislación interna

En 1993 se privatizó.

Con posterioridad, el municipio delimitó una zona de seguridad o sanidad que, teóricamente separaba la zona industrial de la zona residencial; sin embargo, muchas viviendas quedaron dentro de esa zona; en diversas ocasiones, nuevos actos administrativos han modificado esa zona llamada de seguridad; un recurso jurisdiccional anuló la decisión municipal. Los recurrentes viven en esa zona delimitada, luego anulada. Reclamaron los daños sufridos por la contaminación.

### 11.2. Un precedente.

La contaminación provocada por este centro de producción del acero es una situación conocida por el tribunal; en el caso *Fadeyeva c/Russia*, el 30/11/2005, se condenó al Estado ruso por el daño causado por la contaminación.

### 11.3. Una nueva condena.

La sentencia bajo comentario valora nueva prueba rendida en este juicio que acredita que la contaminación producida por el establecimiento afecta la salud pública, incrementa el riesgo de cáncer y de enfermedades respiratorias y cardíacas; como consecuencia, condena al Estado por no haber tomado todas las medidas necesarias para evitar esos niveles de contaminación.

En definitiva, manda pagar a cada uno de los denunciantes sumas que oscilan entre los 1500 y 8000 euros y restitución de las costas.

## 12. Un camino abierto en la República Argentina.

Evidentemente, la incorporación en la Constitución Nacional del derecho "a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y

para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, y la decidida acción de varias asociaciones protectoras del medio ambiente (47), han significado un decidido avance para la efectividad de tal derecho. Algunas sentencias comienzan a vincularlo con el derecho individual a no sufrir injerencias en el ámbito familiar por vía de las inmisiones sonoras. En este sentido, marca un hito importante una sentencia del 3/10/2003 de la sala I de la Cámara Contencioso Administrativo de la Ciudad de Bs. As., que acogió una acción de amparo, y ordenó al concesionario vial de una autopista y al Gobierno de la ciudad de Bs. As. presentar un Estudio Técnico de Impacto Ambiental y un Plan de Adecuación ambiental especificando niveles de ruido en el espacio público, y en el interior de las viviendas y edificios, así como soluciones técnicas para reducir tales niveles (48).

### 13. Conclusiones provisionales.

La teoría de los Derechos Humanos (a través del derecho a la vida íntima y familiar y a la inviolabilidad del domicilio), se ha convertido en el marco ampliado de la defensa de las personas contra la contaminación ambiental (49).

A no dudar, se trata de un importante giro que traslada la temática de las inmisiones del campo de la concepción patrimonialista, al que ubica a la persona humana, en sí misma, en el centro de la protección.

Aunque así no fuese, lo cierto es que esta nueva visión fortalece notablemente las vías privadas o civiles tradicionales, desde que el juez debe aplicarlas a la luz de estos nuevos principios superiores (50).

---

(47) Compulsar Beatriz Kohen (a cargo de) *El ambiente en la justicia*, Bs. As., ed. Fundación Ambiente y Recursos Naturales (Farn), 2002. La preocupación por la eficacia del derecho humano al medioambiente está en el centro de muchas iniciativas científicas (Ver, a vía de ej., Postiglione A. (a cura di), *Giurisdizione e controllo per l'effettività del diritto umano all'ambiente*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 2001)

(48) ED 210-547; ver comentarios de esta sentencia de Esaín, José, Ruidos molestos generados por el tránsito en una autopista. Ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva, LL 2004-C-1019, y de Cafferatta, Néstor, Ruido excesivo en autopistas, en Doc. Jud. 2004-2-250.

(49) Álvarez Cienfuegos Suárez, José M., La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica. Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales, Rev. Jurídica española La Ley 2001-7-D-271.

(50) Díaz Romero, María del Rosario, La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones, Madrid, ed. Civitas, 2003, pág. 169.



De cualquier modo, se trata de un derecho de naturaleza compleja, que exige una aproximación multidisciplinar y, consecuentemente, la consideración de elementos políticos, económicos, sociales, estructurales, pedagógicos, etc. (51) Consecuentemente, esta nueva perspectiva encuentra su límite en el principio de proporcionalidad, que exige que no sólo se traspase el umbral de lo tolerable, de la normalidad, sino que se rompa el justo equilibrio entre el bienestar económico de la colectividad y el goce efectivo del derecho al domicilio, a la vivienda, a la vida íntima y familiar.

---

(51) García Jiménez, Encarna, El derecho humano a un medio ambiente sano. A propósito de la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto López Ostra c/España, en Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. José R. Casabó Ruiz, Valencia, ed. Universitat de Valencia, 1997, t. I pág. 835. Por eso, la doctrina se ha preguntado si el derecho humano al medio ambiente es un “*hard right*” o un “*soft right*” (García San José, Daniel, El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concreción, en Rev., Derechos y Libertades, Madrid, ed. Universidad Carlos III, año IV, 1999, nº 7, pág. 237).



V

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



# A MEDIO SIGLO DE LA CONVENCION DE 1957: DEBATE EN TORNO AL PODER CONSTITUYENTE

POR JORGE REINALDO VANOSI (\*)

## I.- Advertencia preliminar

Las reformas constitucionales que llegaron a sancionarse por la Convención Nacional del año 1957 han quedado convalidadas e incorporadas al texto actual y vigente. Este es un dato que no se discute más ni está abierto a polémica “revisionista” alguna. La Ley N° 24.430 (B.O. 10/I/95) dispuso en su Art. 1°: “Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, que es el que se transcribe a continuación”.

Como podrá observarse, dicha norma, sancionada por el Congreso de la Nación, no hace mención ni inclusión del texto constitucional de 1949. De modo tal que al exponer sobre las características del ejercicio del poder constituyente practicado en 1957, lo haremos sin incursionar en las valoraciones y juicios recaídos –en un sentido u otro- con motivo del cuadro político en que se desarrollaron los acontecimientos. Los hechos los damos por conocidos; y queda al criterio y a la conciencia de los ciudadanos la apreciación encomiástica o peyorativa de tan singular momento de la historia argentina.

De lo que se trata, entonces, es de presentar un enfoque de teoría constitucional, aplicando los criterios propios de un análisis enmarcado por

---

(\*) Exposición efectuada por el académico en el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión del 17 de julio de 2007.

las doctrinas elaboradas alrededor de la intrincada sustancia que contiene el poder de los poderes (sic), que es el constituyente. Anticipamos pues un pedido de indulgencia ante la osadía o atrevimiento de mi parte que pueda observármese a lo largo de la exposición.

## **II.- La Convención Nacional de 1957**

El gobierno provisional instaurado en 1955 asumió el ejercicio de "poderes revolucionarios" en los cuales fundó su proclama del 27 de abril de 1956, destinada a declarar vigente la Constitución Nacional de 1853, "con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955". Por la misma proclama se procedió de igual forma con las constituciones provinciales, declarando vigentes en su lugar a las constituciones anteriores al régimen depuesto, con la salvedad de la validez de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos antes del 16 de septiembre de 1955. El aparato institucional del régimen provisional quedaba completado, por otra parte, con la disposición de la "proclama" por la cual dicho gobierno ajustaría su acción a la Constitución restablecida (1853, 1860, 1866 y 1898), pero "en tanto y en cuanto no se oponga a los fines de la revolución, enunciados en las directivas básicas del 7 de diciembre de 1955 (que se hacían parte integrante de la "proclama"), y a las necesidades de la organización y conservación del gobierno provisional" (art.2).

Este acto del gobierno provisional ha sido interpretado por la doctrina en forma muy divergente, desde el punto de vista de la teoría del poder constituyente asumido en esa oportunidad, habiendo incluso afirmado algunos autores que dicha "proclama" no importó el ejercicio del poder constituyente sino la devolución al pueblo de "su estatuto normal y originario" (Confr.: Germán J. Bidart Campos, "Derecho constitucional", Ed. Ediar, 1964, t. I, p. 201). Para esa línea de pensamiento, el acto reformador de 1949 había sido nulo e inconstitucional "por defectos formales y contenido totalitario", y por la misma razón, la Convención había carecido de "competencia constituyente legítima", de donde resultaba que el acto realizado en 1956 no era el dictado de una constitución por el poder ejecutivo "sino por un órgano con habilitación constituyente en 1853. Bidart Campos reitera su criterio de que el gobierno provisional no ejercitó poder constituyente, sino que se limitó a abrogar la reforma de 1949 (sic). Y añade: "En efecto, si por analogía recordamos que una reforma constitucional puede ser declarada inconstitucional en sede judicial, y que even-

tualmente esa declaración puede revestir efectos erga omnes y significar la abrogación de la reforma, comprendemos que el efecto derogatorio derivado de una sentencia de la judicatura se ubica en el ámbito del poder constituido y funciona sin usar ninguna facultad de tipo constituyente. Si eso ocurre con los pronunciamientos judiciales, podemos afirmar que la decisión sobre inconstitucionalidad de una reforma constitucional, o su eventual derogación, pueden ser adoptadas por un poder sin habilitación constituyente, dentro de los resortes del poder constituido. De donde el acto revolucionario de 1956, que restauró la vigencia de la Constitución de 1853, tampoco fue acto constituyente, en cuanto la circunstancia de que el pronunciamiento surgió del poder ejecutivo -pronunciamiento similar al que pudiera emanar de un tribunal judicial- no alteró la naturaleza intrínseca del mismo; el hecho de ser distinto el órgano que abroga la reforma no varía la índole del acto abrogatorio" (ob. cit. ut supra, págs. 200 y 201).

Sin embargo, a las afirmaciones de Bidart Campos podemos acotar que:

a) en nuestro país, hasta ahora, nunca el poder judicial ha considerado justiciable la materia atinente a la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional (caso Soria c. Pulenta Hermanos; aunque en el caso Fayt la Corte Suprema declaró la "nulidad" de una cláusula de la Reforma de 1994, en decisión altamente opinable).

b) si el poder judicial decidiera considerar "justiciable" una causa de ese tipo, su eventual pronunciamiento por la inconstitucionalidad de una reforma constitucional valdría solamente para ese caso, es decir, que sus efectos serían inter partes, y no erga omnes (por ser así la modalidad de nuestro control de constitucionalidad en cuanto a sus efectos);

c) en el sistema argentino de supremacía constitucional, la función constituyente está únicamente prevista en manos del órgano constituyente específico, que es la convención (art. 30), no admitiéndose que los órganos constituidos (poderes ordinarios) ejerzan el poder constituyente: la nulidad erga omnes de una reforma constitucional que sea inconstitucional sólo la puede declarar otra convención constituyente (salvo que en el futuro, por reforma constitucional se incorpore a la constitución, expresamente, la función nulificadora erga omnes de las reformas inconstitucionales como función propia de uno de los poderes constituidos);

d) en el caso argentino de 1956, el gobierno provisional proclamó expresamente que asumía para ese acto "poderes revolucionarios", o sea, que

no anuló la reforma de 1949 por medio de poderes legislativos ordinarios sino en ejercicio del poder constituyente revolucionario.

En nuestra opinión, el decreto o "proclama" del 27 de abril de 1956 fue un acto de ejercicio del poder constituyente por vía autocrática y en etapa revolucionaria, tal como esta calificación vale según nuestro desarrollo teórico del tema, como lo hemos desarrollado en el tomo I de "Teoría Constitucional" (Ed. Depalma). En efecto: hubo ejercicio del poder constituyente porque se modificaron las competencias constitucionales en forma indubitable; y, cualquiera que haya sido la razón o el fundamento del acto (nulidad, anulabilidad, declaración de inexistencia, simple verificación, etc.), parece incuestionable que ese acto se tradujo en el reemplazo de una ley suprema por otra (a tal punto fue así, que la Corte Suprema a partir de ese día dejó de aplicar la Constitución de 1949 —que seguía cumplimentado después de septiembre de 1955— y comenzó a fundar sus decisiones en el articulado de la Constitución de 1853). Además, por la naturaleza del régimen del cual emanaba y por sus propias condiciones, la "proclama" importó un acto revolucionario, que se apartaba de la lógica de los antecedentes en cuanto a la competencia reconocida y para realizar la reforma o cambio de la Constitución, que en este caso se consumaba por un procedimiento ajeno al determinado en el artículo pertinente de la propia Constitución (tan ajeno a la de 1949 como a la de 1853) y que, por si cupiera alguna duda, los propios autores habían encabezado su sanción señalando que lo hacían "en ejercicio de sus poderes revolucionarios". Con todo ello, parece obvio que ni de la calificación puesta por la misma autoría, ni de las condiciones objetivas del acto, puede extraerse una conclusión distinta: el acto revolucionario de 1956 no pretendió —pues— encuadrarse en ningún plano de legitimidad constitucional preexistente, ya que implicó una abierta ruptura con el status normativo vigente hasta ese momento. Por último, también parece claro que en cuanto a su modalidad de ejercicio, dicho acto constituyente transitó por la vía autocrática, utilizando este término en el sentido que lo hemos empleado en la acepción kelseniana que indica una creación del ordenamiento jurídico por la voluntad de los detentadores del poder (ya que al momento de dictarse la "proclama" no actuaba ningún órgano representativo, que sólo aparecerá al año siguiente con la elección de la Convención Nacional). Si adoptamos la terminología de Sánchez Viamonte sobre este tema, podríamos afirmar que el acto de 1956 puso al poder constituyente argentino nuevamente en su etapa de primigeneidad, abriendo la posibilidad de poner en ulterior funcionamiento nuevos mecanismos de reforma de la norma así proclamada,



sin necesidad de ajustarse a la letra del art. 30 de la Constitución Nacional restablecida.

Y así ocurrió, en efecto. El 12 de abril de 1957, el gobierno provisional dictó el decreto 3838, también invocando para ello el ejercicio de "poderes revolucionarios", con el objeto de declarar "necesario considerar la reforma parcial de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898". Vale decir que el gobierno provisional no hizo uso de la previsión normativa del art. 30 de la Constitución que había restablecido en su vigencia el año anterior, sino que —por el contrario— apeló nuevamente a los "poderes revolucionarios", y así privó de todo sentido a la interminable discusión académica que se desarrollaba en esos días en torno de si el gobierno provisional se había o no reservado —junto con las competencias legislativas del Congreso disuelto— la facultad preconstituyente que dispone el tan agitado art. 30. La interminable discusión académica se originaba en el hecho de que por una de sus primeras medidas, el decreto-ley 42 del año 1955, el gobierno provisional que había asumido el poder y ejercía el poder ejecutivo de la Nación, se había reservado el ejercicio de "las facultades legislativas que la Constitución Nacional acuerda al H. Congreso de la Nación" (art. 1); y sobre esa base, estimaban algunos autores que dicho gobierno se había autolimitado y, por ende, no contaba con la función preconstituyente (que no está entre las facultades legislativas del Congreso) indispensable para declarar la necesidad de la reforma de la Constitución y convocar a una convención al efecto. En realidad, la invocación del decreto 42/55 con fines interpretativos que condujeran a afirmar la restricción o autorrestricción de los poderes del gobierno provisional no podía prosperar como tesis interpretativa, desde el momento que el mismo gobierno había asumido expresamente "poderes revolucionarios" para abrogar la reforma de 1949 (a la que primeramente todavía se ajustaba el decreto-ley 42/55) y más tarde los asumiría nuevamente para dictar la convocatoria a la convención (decreto-ley 3838/57).

La explicación de la actitud asumida por el gobierno provisional, desde el punto de vista de la coherencia teórica, podemos conectarla claramente con la norma del art. 2 de la "proclama" mencionada. En dicho artículo, la Constitución de 1853 restablecida, quedaba condicionada en su vigencia y obligatoriedad para con el gobierno provisional a la circunstancia de que en cada caso "no se oponga a los fines de la revolución" (que en documento anexo se enunciaban) y a "las necesidades de la organización y conservación del gobierno provisional" (sic). La invocación de los "fi-

nes" revolucionarios y su explicitación en un documento escrito al cual se asignó valor normativo, significaba lisa y llanamente dos cosas:

a) que la Constitución restablecida lo era en cuanto norma condicionada, puesto que los "fines" y las "necesidades" del gobierno provisional asumían el carácter de normas condicionantes y, por tanto, la Constitución sólo regiría en la medida que lo posibilitara ese condicionamiento;

b) que la invocación de los "fines" corría por cuenta del propio gobierno provisional, aunque con referencia a los contenidos del documento anexo en que estaban explicitados esos fines (podía haber algún control de adecuación, teóricamente), pero en cuanto a la invocación de las "necesidades" del gobierno provisional no existía pauta objetiva alguna ni marco de referencia legal que pudiera servir de control: el mismo gobierno era el juez de su "necesidad".

Después de este análisis de la cuestión: ¿cabe todavía insistir en el debate acerca de si por aplicación del art. 30 el gobierno provisional podía o no convocar a una convención para reformar la Constitución? En nuestra opinión, aquel debate fue totalmente inútil, desde el momento que el gobierno provisional había declarado en su "proclama" que por cima de la Constitución tenían primacía los "fines" revolucionarios y las "necesidades" del propio gobierno (lo que tampoco era una novedad, pues la habilitación de las competencias en función de los "fines" revolucionarios ya había constado expresamente en la acordada que la Corte Suprema de Justicia había dictado con motivo del reconocimiento del gobierno de facto establecido el 6 de septiembre de 1930 y reproducida en ocasión del golpe de estado consumado el 4 de junio de 1943).

Veamos de qué forma el gobierno provisional puso en funcionamiento los mecanismos de elección de la convención. El citado decreto 3838/57 convocaba a una convención a reunirse en Santa Fe, la que debía resolver si era o no necesaria la reforma de treinta artículos de la Constitución restablecida, que allí se enumeraban, en función de los objetivos de asegurar el perfeccionamiento de nuestro sistema constitucional en diversos aspectos fundamentales (que también se detallaban en el art. 2 del decreto). En otros temas, el decreto:

- establecía el número de miembros de la Convención (205) y cuántos elegiría cada provincia;

- establecía las condiciones para ser convencional (argentino nativo o por opción y demás condiciones para ser diputado); establecía la fecha de las elecciones y el sistema de lista; establecía el derecho del elector a votar por una sola lista;

- establecía el sistema electoral de representación proporcional, en la variante D'Hondt;

- establecía que los integrantes de la lista respectiva que no hubieran resultado electos fueran proclamados —en su orden—convencionales suplentes a efectos de reemplazar a los electos en caso de renuncia, incapacidad o muerte (decreto-ley 6809/57);

- establecía para los convencionales las inmunidades y prerrogativas inherentes a los miembros del Congreso Nacional, y les asignaba una compensación única de veinte mil pesos m/n., autorizando los gastos necesarios para el cumplimiento del decreto-ley;

- establecía la fecha de iniciación de las tareas de la Convención (1 de septiembre de 1957) y de terminación de su cometido (1 de octubre), pero admitiendo que la propia Convención pudiera prorrogar sus sesiones hasta el 14 de noviembre (un mes y medio más) : las reformas aprobadas hasta esa fecha serían consideradas vigentes (aunque quedaren pendientes mociones de reconsideración) y se tendrían por rechazadas las reformas no sancionadas, salvo en lo que respecta al régimen electoral, cuya consideración caducaba el 1 de noviembre. En cuanto al número de miembros de la Convención y a su distribución por cada una de las provincias, el decreto-ley de convocatoria siguió el criterio recomendado por el "Informe" de la "Comisión de Estudios Constitucionales", que en dictamen firmado por los doctores Juan A. González Calderón y Sebastián Soler, el 18 de marzo de 1957, propusieron la adopción de un sistema mixto, consistente en:

- 1) adjudicar a cada distrito un número mínimo igual de representantes (dos o tres);

- 2) a esa representación se sumaría la que resultara de aplicar sobre la cifra de población asentada en cada distrito, según el último censo aprobado por ley, una base de distribución fijada conforme a cálculos que aseguren que el cuerpo no ha de estar integrado por un número de miembros que exceda considerablemente al que tuvo en los últimos tiempos la Cámara de Diputados" (Informe citado, p. 31).

Dicho criterio permitía -según sus autores- fortalecer el federalismo y posibilitar a la vez que con la aplicación del sistema D'Hondt de representación proporcional las provincias eligieran un número mínimo de convencionales que fuera suficiente para permitir el reparto de las bancas aun en los distritos menos poblados.

En definitiva, el decreto 3838/57 fijó el número de 205 convencionales, que correspondían a dos (fijos) por cada provincia más la cantidad que resultara por cada provincia de aplicar la base de un convencional por cada 100.000 habitantes o fracción no menor de 50.000.

Los lineamientos generales de la convocatoria habían sido sugeridos por la ya mencionada "Comisión de Estudios Constitucionales", que el 18 de marzo de 1957 había elevado un informe acerca de la convocatoria, firmado por los doctores Juan A. González Calderón y Sebastián Soler (el tercer miembro de esa Comisión, Carlos Sánchez Viamonte, había renunciado con anterioridad al informe). Del citado documento merecen recordarse algunos párrafos, por su evidente implicancia en el plano de la teoría del poder constituyente y por su aplicabilidad a situaciones análogas que más adelante se suscitaron en nuestro país. Así, por ejemplo, el informe enfatizaba categóricamente la viabilidad de la convocatoria:

*"...No tienen los miembros de esta comisión ninguna duda acerca de la facultad de este gobierno de promover una decisión popular sobre cuestiones que tanto significan para el futuro de la Nación. La experiencia del constitucionalismo en todo el mundo demuestra, con abundantes ejemplos, que las revoluciones políticas han dado origen a reformas constitucionales o a nuevas constituciones, sobre las que se asentó válidamente el orden jurídico. La sucesión jurídica perfecta que las constituciones suponen es un sistema históricamente excepcional de formación y génesis del derecho constitucional. El proceso comienza casi siempre con una revolución y las transformaciones del mismo están frecuentemente jalonadas por sacudimientos profundos del acontecer político. Discutir si una revolución tiene facultades para hacer una constitución es plantear un problema que, jurídicamente, tiene poco sentido y, políticamente, puede tenerlo como expresión de discrepancia con la revolución que promueve el cambio constitucional. En nuestro caso implicaría casi una revisión anuladora de nuestra historia política" (Confr. Informe citado, ps. 12 y 13)*

Más adelante, al salir al paso de la objeción de falta de "ley del Congreso" que declarara la necesidad de la reforma, la Comisión decía:

*"...Al demandar la necesidad del voto del Congreso cuando no hay Congreso para promover la reforma, se plantea un sofisma curialesco que bajo la apariencia de adhesión a las formas traiciona la sustancia de la institución democrática...*

*" . . . Pero la superación del dilema es sencilla si en vez de dejarnos aprisionar por argucias apoyadas sobre la legalidad de la dictadura, sabemos discernir que el verdadero principio de legitimidad constitucional democrática reside en el pueblo de la Nación. En una república aquél es la única fuente de poder y de legitimidad, y están equivocados los que piensan que la reforma adquiriría consistencia sólo si pudiera operarse por vía de sucesión constitucional perfecta, es decir, fundando su legitimidad en la Constitución del tirano, exigencia que a un tiempo importa desconocer la necesidad de la revolución y limitar la validez de las leyes futuras a la medida en que ellas puedan decirse hijas de la dictadura.*

*"Es conveniente disipar en esto todo equívoco: la revolución no se arroga poder constituyente; como revolución democrática que es, sabe que aquel poder reside en el pueblo y por eso lo convoca para que decida".*

En realidad, la revolución había asumido "poder constituyente revolucionario" al dictar la proclama mediante la cual abrogó la reforma de 1949 y restableció la Constitución de 1853/1860 con las reformas de 1866 y 1898. La modalidad no consensual de su ejercicio no le privó el carácter típico de poder constituyente, ya que por ese acto revolucionario se modificó la "ley suprema" del país y se alteraron las competencias constitucionales. Por lo general, en toda revolución, no hay uno solo sino varios actos que implican el ejercicio del poder constituyente: primero, con la imposición de autoridades que surgen al margen de la Constitución; segundo, con la sanción de un nuevo ordenamiento jurídico, que muchas veces tiene carácter provisional; tercero, con la modificación de ese ordenamiento provisional, que a veces sufre muchas alteraciones, todas ellas dictadas por obra del ejercicio de un poder constituyente autocrático; cuarto, con la extinción de ese ordenamiento institucional provisorio, al restablecerse el ordenamiento preexistente o al normalizarse la situación bajo la vigencia de un nuevo y definitivo ordenamiento (sin perjuicio de que el nuevo "gobierno constitucional" lo modifique después).

También debemos dejar aclarada la terminante afirmación del citado Informe, en la p. 20, según el cual:

"No ha habido en la Nación, después de Caseros y del Acuerdo de San Nicolás, otra convención constituyente que el Congreso General Constituyente que sancionó la Constitución de 1853. El preámbulo da esa designación al cuerpo soberano que la hizo y sancionó, y señala como el primero de sus objetos el de <constituir la unión nacional>. La Nación quedó constituida por aquella asamblea soberana. Las convenciones posteriores sólo fueron reformadoras y éste es el carácter jurídico de la que ha de convocarse".

Tal como hemos afirmado en nuestra obra "Teoría Constitucional" (tomo I), toda convención es "constituyente" por el hecho de ejercer el poder constituyente, que tanto puede manifestarse en su expresión fundacional o revolucionaria (poder originario) como en su etapa reformadora (poder derivado); pero todo él es constituyente. Por lo tanto, todas las "convenciones" son "constituyentes", ya sea que sancionen la primera constitución de un Estado, o la que sigue a una transformación revolucionaria de sus estructuras políticas, o bien que se trate de una reforma según los cauces previstos en la propia constitución vigente. Lo que importa es la función que ejercen esos cuerpos: si lo que se modifica son las normas supremas del Estado, colocadas por encima de la legalidad ordinaria, entonces se está ejerciendo poder constituyente y la convención es una convención constituyente, que puede ser reformadora (en el caso argentino, todas las convenciones convocadas según el art. 30 de la Constitución nacional).

En cuanto a la oportunidad de la reforma, el citado dictamen restó importancia a los argumentos que condicionaban la viabilidad de ésta a la previa obtención de un clima más propicio, señalando al respecto:

*"Toda reforma constitucional que no verse sobre cuestiones de detalle importa necesariamente el examen de principios jurídicos básicos, es decir, presupone que ha hecho crisis alguno de los fundamentos de la organización política. Por eso es necesario insistir, frente a la afirmación contraria, en el hecho notorio de que los períodos de revisión y reforma constitucional son casi siempre no ya períodos de perfecta tranquilidad, sino épocas de transformación y aun de lucha política"* (Confr. el Informe citado, p. 17).

El referido dictamen sentaba doctrinas que luego la Convención no aceptó expresamente, tales como:

- a) que la futura convención tendría el carácter de órgano "constituido" y

b) que la futura convención debía en primer término "ratificar" la proclama del 27 de abril de 1956. Pero la Convención Nacional de 1957 no aceptó ese criterio ni se sometió a esa limitación, aunque después de autoproclamar su soberanía decidió autolimitar sus facultades (primero quiso dejar salvada la cuestión de principios).

El propósito enunciado por los autores del Informe estaba claramente expuesto: "Es necesario dejar establecido para el futuro un régimen constitucional indiscutible en cuanto a su vigencia y legitimidad. La mera existencia de impugnaciones a la situación creada, estén o no bien fundadas, constituye un hecho social y políticamente grave. No deben confundirse, en efecto, las discrepancias de opinión acerca del contenido de una constitución o de una ley, discrepancias naturales en una democracia, con las que versan sobre la validez misma de la Constitución" (ob. cit., ps. 20 y 21).

De las citas del referido dictamen se desprende que sus autores procuraban encuadrar a la futura convención en el marco normativo del art. 30 de la Constitución nacional de 1853 (que había sido restablecida por la "proclama" del año 1956), lo que no parecía ser exactamente el criterio nacido de los antecedentes y fundamentos que hemos comentado en párrafos anteriores, cuyo análisis nos revela a las claras la situación "revolucionaria" y la ubicación fuera del art. 30 que tenían todos los actos y acontecimientos producidos durante el período constituyente 1955 a 1957. El dictamen de la Comisión intentaba armonizar las afirmaciones "revolucionarias" de ese período con la conclusión de un supuesto carácter "constituido" del órgano que se quería establecer. Y dicho cuerpo, una vez establecido, no aceptó tal criterio teórico, aunque se haya ajustado en la práctica a resultados idénticos a los que podían esperarse de las premisas de la Comisión. En realidad, la Convención de 1957 no tenía su fuente de validez en el art. 30 de la Constitución; sino que emanaba de una concreta aplicación de los "fines revolucionarios" invocados en la anterior proclama, de la que resultaba la sujeción de la Constitución a estos últimos. Y en camino de actitudes revolucionarias, la Convención elegida en 1957 no quiso ser menos que su convocante: afirmó su carácter "soberano", fundando sus poderes y su composición en el acto eleccionario y en el carácter originario del poder que asumía.

La Convención se reunió en Santa Fe el 30 de agosto de 1957, y en la sesión preparatoria del día siguiente procedió a sancionar un reglamento provisorio, en virtud del cual sólo se tratarían en esas sesiones las impug-

naciones por negación de las calidades exigidas por el art. 4 del decreto 3838/57, quedando reservadas las impugnaciones de cualquier otro carácter para el momento de las sesiones ordinarias y según lo determinara el reglamento definitivo ("Diario de Sesiones", t. I, p. 52). En la sesión ordinaria del 5 de septiembre fue sancionado el reglamento definitivo de la Convención; de 119 artículos (idem, ps. 189 a 195).

El 12 de septiembre la Convención, bajo la presidencia de Ignacio Palacios Hidalgo, comenzó a tratar los despachos de la comisión de poderes y reglamento, en que la mayoría aceptaba la validez de las normas prefijadas por el decreto 3838/57, a las que debían ajustarse sin revisión, fundándose en ellas la naturaleza y extensión de las facultades de la Convención, que no podía exceder la órbita del mandato recibido ni la duración establecida. El despacho de minoría aceptaba que las calidades y condiciones de los miembros de la Convención habían sido establecidas por el citado decreto de convocatoria, pero sostenía que la Convención las había ratificado implícitamente al constituirse, siendo también de su incumbencia determinar la naturaleza y extensión de sus facultades, así como el término de su duración. En cuanto a las impugnaciones, el despacho único de la Comisión establecía el rechazo de aquéllas y declaraba la validez del mandato de cada uno de los convencionales, como consecuentemente también la legitimidad de la Convención. Y en cuanto a la Constitución, se declaraba "que rige... la de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de las de 1949, sin perjuicio de los actos que hubiesen quedado definitivamente concluidos durante la vigencia de esta última". A su vez, el convencional Camilo J. Muniagurria —en disidencia parcial— proponía incluir la expresión "que quedan abrogadas" después de "1949". Mientras se consideraban los despachos de la comisión, que hemos mencionado, la Convención Nacional tomó dos decisiones importantes desde el punto de vista de sus atribuciones soberanas: el 20 de septiembre decidió por sí "prorrogar sus sesiones hasta el 14 de noviembre de 1957", sin hacer para ello mención del famoso decreto 3838/57; y, por otra parte, en la misma fecha resolvió fijar en siete millones ochocientos setenta mil pesos m/n. su presupuesto de gastos, que dispuso comunicar al poder ejecutivo a los efectos de que la Tesorería General de la Nación se sirviera poner esa suma a disposición de la Convención Nacional ("Diario de Sesiones", t. I, p. 624). El citado despacho de mayoría, con las firmas de Joaquín Vergara Campo, Ernesto Crespo, Lucas F. Ayarragaray, Ricardo Alberto Bassi, Valentín Antonio Mercado, Reynaldo A. Pastor y Juan Carlos Zanoni, decía:



"Art. 1. Que los miembros de esta Honorable Convención han sido electos bajo normas válidamente prefijadas por el decreto-ley 3838/57 y que modificar las mismas importaría la revisión de dicho decreto-ley.

"Art. 2. Que la naturaleza y extensión de las facultades de esta Honorable Convención han sido preestablecidas por el mencionado decreto-ley y no podrá exceder la órbita del mandato recibido.

"Art. 3. Que esta Honorable Convención ha sancionado el reglamento que establece las normas para su regular funcionamiento; que igualmente ha quedado resuelto que esta Honorable Convención sancionará su presupuesto de gastos; que el término señalado por el decreto-ley 3838/57 establece el tiempo dentro del cual esta Honorable Convención deberá llenar su cometido y, por último, que las inmunidades y compensaciones han sido establecidas igualmente en el decreto de convocatoria o incorporadas al reglamento". Con las firmas de Camilo J. Muniagurria y José E. Pfleger, el dictamen de minoría decía:

"1º) Que las calidades y condiciones que deben reunir los miembros de la Honorable Convención han sido establecidas por el decreto de convocatoria, e implícitamente ratificadas al constituirse el cuerpo, por lo que debe estarse a lo resuelto.

"2º) Que es de la incumbencia de la Honorable Convención determinar la naturaleza y extensión de sus facultades, así como el término de su duración.

"3º) Que en lo que hace a las medidas necesarias para asegurar el regular funcionamiento de sus tareas; a las prerrogativas, inmunidades y compensación de sus miembros, así como al presupuesto de gastos, la Honorable Convención, en uso de las facultades que le son propias, lo ha establecido ya al sancionar su reglamento". El despacho de la mayoría (con las firmas mencionadas en la nota 144, más la del convencional Pfleger), decía:

"1º) Rechazar las impugnaciones formuladas y declarar la validez del mandato de cada uno de los señores convencionales incorporados a esta Honorable Convención y, consecuentemente, la legitimidad de la misma.

"2º) Declarar que la Constitución nacional que rige es la de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de las de 1949, sin perjuicio de los

actos que hubiesen quedado definitivamente concluidos durante la vigencia de esta última".

Los dictámenes citados obran en el t. t del "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente", 1957, ps. 259 y 260.

El intenso debate sobre los despachos de la comisión arribó finalmente -y no obstante las discrepancias de criterios- a una fórmula conciliadora que fue sugerida por el convencional Ricardo A. Bassi, la que recogiendo lo más sustancial de la posición sustentada en el despacho de la minoría, posibilitó que ambos despachos fueran retirados y luego sustituidos por otro que satisfacía a las respectivas posiciones y muy particularmente a los argumentos doctrinales defendidos por el convencional Alfredo L. Palacios y otros colegas de su bancada. La resolución de la Convención Nacional fue, entonces, la siguiente:

*"1º) Que en lo que hace a las calidades y condiciones que deben reunir los integrantes de esta Convención; al período de sesiones; a las prerrogativas e inmunidades de sus miembros; al presupuesto de gastos y compensación ha sido ya resuelto por esta Honorable Convención, por lo que es innecesario un nuevo pronunciamiento.*

*"2º) Que en cuanto a la naturaleza y extensión de sus facultades, la Honorable Convención resuelve considerar necesarias únicamente las reformas que se relacionan con la Constitución de 1853 y sus modificaciones de 1860, 1866 y 1898, en los siguientes artículos: 4, 5, 6, 14, 16, 18, 23, 32, 37, 45, 46, 51, 53, 55, 57, 63, 67 (incisos 1, 2 y 26), 77, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos 1, 5, 10, 11, 19 y 22), 87, 94, 99, 100, 101, 108 y sus correlativos de forma, con el fin de: asegurar la libertad individual y de expresión y los derechos individuales y sociales; fortalecer las autonomías municipales; afianzar el sistema federal; afirmar el equilibrio entre los poderes del gobierno federal, dando al Poder Legislativo mayor independencia funcional y mayor poder de contralor; limitar las facultades del Poder Ejecutivo, inclusive en la designación y remoción de los empleados públicos; robustecer el Poder Judicial; establecer un régimen de dominio y explotación de las fuentes naturales de energía y el régimen electoral" (Confr. "Diario de Sesiones". t. I. p. 750) Este criterio de la Convención ha merecido el siguiente comentario de Alberto G. Padilla: "Con un criterio práctico los convencionales zanjaron la diferencia que los separaba sobre el alcance de su poder para ampliar el número de artículos a reformar y el límite de tiempo de vida de la Convención. Por mayoría declararon que la Convención trataría*

los mismos artículos señalados por el gobierno en la convocatoria, 'y no otros, y fijaron como último día para sesionar al correspondiente al del vencimiento del plazo determinado por el gobierno.

"De ese modo, si bien esta Convención dejaba de aportar un nuevo precedente sobre la cuestión de los poderes de estas asambleas, podía empezar, al fin, el estudio de la reforma" (La reforma de 1957, en "La Prensa" del 14 de agosto de 1971).

De esa manera, quedaban acogidos los argumentos invocados por quienes en la comisión y en el seno de la Convención habían sostenido la necesidad de afirmar los poderes propios de ese cuerpo, evitando los condicionamientos que podían implicar el mero y liso sometimiento al decreto 3838/57. Así, la Convención se apartaba claramente de las premisas establecidas por el dictamen de la "Comisión de Estudios Constitucionales" —que hemos comentado supra— y, al mismo tiempo, evitaba cualquier conflicto con el gobierno provisional desde el momento que la resolución adoptada coincidía en los contenidos concretos con las previsiones de la convocatoria oficial: la Convención en ejercicio de sus facultades supremas fijaba el plazo de su duración y limitaba los alcances de la reforma, en los mismos términos que lo había precisado el decreto 3838/57, pero sin someterse expresamente a los condicionamientos de éste. El eufemismo empleado por la fórmula conciliadora permitía satisfacer por igual a quienes —por un lado— estimaban que la asamblea constituyente sólo podía aceptar limitaciones sancionadas por ella misma (Alfredo L. Palacios) y —por otra parte— a quienes partían del presupuesto insoslayable de los condicionamientos emanados del citado decreto de convocatoria (la mayoría).

En el otro aspecto, o sea, en cuanto a la impugnación a la Convención y al punto de partida de ésta en el ordenamiento constitucional a reformar, se resolvió aprobar el despacho de comisión con la siguiente redacción:

*"1º) Rechazar las impugnaciones formuladas y declarar la validez del mandato de cada uno de los señores convencionales incorporados a esta Honorable Convención y, consecuentemente, la legitimidad de la misma.*

*"2º) Declarar que la Constitución nacional que rige es la de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de las de 1949, sin perjuicio de los actos que hubiesen quedado definitivamente concluidos durante la vigencia de esta última.*

"3º) *Comuníquese a quien corresponda, publíquese y archívese*" (idem, p. 750).

De esta manera, igualmente, la Convención afirmaba la legitimidad del ordenamiento constitucional argentino, pero sin aludir ni ratificar la "proclama" de abril de 1956. Se ponía fin así a la cuestión de determinar qué texto constitucional regiría en el futuro en el país, estableciendo la vigencia de la Constitución de 1853 (1860, 1866 y 1898), que mantuvo su primacía en el ordenamiento constitucional argentino hasta su condicionamiento por la sanción autocrática del Estatuto de 1966, de la autodenominada "Revolución Argentina".

Como no es materia del presente estudio la consideración de las reformas tratadas en 1957, omitiremos toda referencia al centenar de proyectos de modificaciones a la Constitución que fueron presentados en la Convención. La comisión redactora surgida de su seno elaboró despachos con propuestas concretas, cuyo tratamiento en la asamblea fue establecido mediante el orden fijado en la sesión del 16 de octubre ("Diario de Sesiones", t. II, p. 1086). El 24 de ese mes, luego de un exhaustivo análisis, quedaron aprobadas las reformas consistentes en la incorporación del llamado artículo 14 nuevo o 14 bis —con los derechos sociales— y el agregado al art. 67, inc. 11 (inciso que no figuraba mencionado entre los que serían objeto de reforma), del código "del trabajo y seguridad social" (entre los códigos que debe dictar el Congreso Nacional), pasando luego a cuarto intermedio para continuar con el tratamiento de los restantes despachos que proponían reformas a otros aspectos de la Constitución ("Diario de Sesiones", ídem, p. 1493). Pero esa oportunidad no llegó más: la Convención estaba sesionando desde sus comienzos con un quórum estricto, a causa del retiro inicial de los convencionales que habían impugnado la elección misma de ese cuerpo, más el retiro posterior de varios convencionales que lo hicieron por considerar que su misión estaba cumplida con el restablecimiento de la Constitución de 1853; y, por último, once convencionales decidieron retirarse definitivamente de la Convención cuando ésta se aprestaba a sancionar los restantes despachos de la comisión redactora, quedando así el cuerpo sin número mínimo suficiente para sesionar válidamente. La actitud de estos convencionales decidió la suerte de la Convención, que no pudo volver a sesionar, a pesar de los intentos realizados para salvar la continuidad de la obra iniciada. Los motivos del mencionado "abandono" fueron expresados en una "Declaración" por los once convencionales", que formalizaron así su disidencia ideológica con los contenidos reformistas propuestos por la mayoría de la

Convención ("Diario de Sesiones", ídem, p. 1604). En una sesión en minoría, el 14 de noviembre, se clausuraron las reuniones de la malograda Convención, cuyo presidente declaró disuelta al tiempo del vencimiento del plazo previsto para sus deliberaciones.

La inserción de esa "Declaración" de los once Convencionales que se retiraron en último término y provocaron así la pérdida del "quórum", obra en la p. 1604, t. u, del "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente" de 1957; y dice:

"Los convencionales que suscriben, unidos por una común tradición y por coincidencias de principios, concurrimos a la Convención Reformadora con el propósito de asegurar la vigencia de la Constitución de 1853 y colaborar en reformas limitadas que debían preservar su espíritu conforme a lo expresado en el decreto de convocatoria.

"Votamos por unanimidad la declaración que reconoció la vigencia de nuestra Constitución. Contribuimos así a la recuperación institucional del país y a darle el bien inestimable de su seguridad jurídica.

"Cumplida esta primera etapa fundamental, comprobamos que las reformas proyectadas por el sector de la mayoría introducían transformaciones sustanciales al sistema federal y a nuestra organización económica y social.

"Para esto se llegaba a tratar asuntos no incluidos en la convocatoria ni en el temario adoptado por la propia Convención, violando así la consulta al pueblo.

"Pero con todo seguimos en nuestro puesto en la esperanza de que las reformas que se sancionasen respondieran a la convocatoria y a una exigencia clara de mejoramiento institucional. Para conseguirlo hicimos los mayores esfuerzos y acordamos las concesiones compatibles con lo que es esencial en este país. Participarnos en la sanción de los derechos sociales que benefician a vastos sectores populares. En lo demás los obstáculos han sido insuperables, debido principalmente a las rígidas concepciones que sustenta la mayoría en su plataforma partidaria.

"Se persiste en la reforma agraria, que no se define y cuya imprecisión la torna peligrosa; en la estatización de la economía privada, tan amplia como opresora; en la privación de sus riquezas propias a las provincias y en la

nacionalización de sus impuestos; en el monopolio oficial de los servicios públicos, y en la federalización de la legislación y del fuero judicial que conocerían en la expropiación de las empresas que ahora o más adelante los atiendan. Todos estos asuntos escapan a la competencia de la Convención Reformadora, según ella misma lo resolvió al constituirse, y su inclusión hubiera sido causa de nulidad de la nueva Constitución.

"Si las disposiciones del despacho de la Comisión Redactora hubieran llegado a aprobarse, grandes males habrían nacido para el país. El mero anuncio del proyecto provocó reacciones populares. El debilitamiento del derecho individual de propiedad y la imposibilidad de llegar a ser propietarios de la tierra pública por sus esforzados pobladores, aun con las atenuaciones que se prometieron introducir por nuestras solicitudes, definen siempre una peligrosa orientación de colectivismo de izquierda que contrarían nuestro derecho y que este país no quiere. El sistema económico que se intentaba, copiado del tristemente famoso art. 40 de la reforma de 1949, hubiera implicado no sólo reincidir en un ensayo totalitario que ya se hizo con funestas consecuencias, sino la rehabilitación histórica del gobierno depuesto.

"También reviste inusitada gravedad la prohibición a las provincias de disponer por sus propios y exclusivos organismos estatales de sus fuentes de energía, lo que importaría romper el pacto federal al privarlas del dominio de bienes que se reservaron al tiempo de constituir la Nación y al que no han renunciado ni aceptan renunciar.

"La nacionalización de impuestos a que nos hemos referido, la elección directa de presidente y la insuficiencia de garantías a las autonomías provinciales completan el cuadro de destrucción del federalismo y de concentración de poder en el gobierno nacional.

"Todo esto iba a imponerse por un bloque reducido por secesiones a poco más de 60 diputados sobre 205 que componen el total de la Convención Reformadora. Es evidente entonces que ese bloque carece de autoridad para consagrar tan sustanciales reformas contenidas en un despacho cuyos graves defectos de fondo y de forma han sido exhibidos por 22 firmas disidentes sobre 45 que lo suscriben. Más aún, ese despacho fue duramente condenado y prácticamente destruido por los sectores minoritarios en el debate en general; con una sola excepción: la del bloque comunista, que coincidió con el bloque radical.

"Lo expuesto demuestra que de continuar la Convención habría necesidad de redactar la nueva Constitución en el recinto, por las deficiencias del despacho de la Comisión Redactora, tal cual ha quedado corroborado en oportunidad de sancionarse el capítulo de los derechos sociales.

"Esta tarea de revisar 45 artículos y sus correlativos de forma, con los inconvenientes anotados, -debe todavía realizarse, por imposición de la mayoría, antes del primero de noviembre, en el término angustioso y perentorio de seis días, lo que manifiestamente le quita toda seriedad y la torna imposible.

"Las graves razones que dejamos expresadas en esta declaración nos determinan a retirarnos de la Convención Reformadora.

"Comprendemos que asumimos una gran responsabilidad, pero nuestra actitud está inspirada en el alto propósito de preservar las instituciones que el país ha forjado a través de una fecunda evolución histórica y de asegurar principios fundamentales que conformarán su porvenir y el bienestar de la República". Los once Convencionales firmantes fueron los siguientes:

"Mariano Gómez. — Emilio J. Hardoy. -- Emilio Jofré. — Justo G. Medina, — Ernesto Palamedi. — Reynaldo A. Pastor. — Manuel E. Paz. — Felipe E. Ponferrada. — Francisco M. Uriburu Michel. — Adolfo A. Vicchi. — Ernesto R. Meabe".

La resolución del presidente de la Convención, dictada el 14 de noviembre de 1957, dice:

"1º) Declarar disuelta la Convención Nacional a partir de la hora 24 del día de la fecha, sin perjuicio de la continuación de las gestiones tendientes al cumplimiento de sus resoluciones y a poner término a las operaciones administrativas pendientes.

"2º) Comunicar las reformas constitucionales sancionadas en la sesión del 24 y 25 de octubre de 1957 al gobierno de la Nación, para su publicación y cumplimiento en todo el territorio de la República.

"3º) Expresar públicamente el reconocimiento por la afectuosa hospitalidad que el noble pueblo de Santa Fe, los funcionarios de la intervención federal, y la Universidad Nacional del Litoral han brindado a la Convención y a sus miembros.

"4°) Comunicar esta resolución a quienes corresponda" ("Diario de Sesiones", t. si, p. 1663).

La presidencia de la Convención también dispuso por resolución de la misma fecha:

"1°) Remítase al Honorable Senado de la Nación, para su archivo y conservación, los ejemplares originales de las sanciones de la Honorable Convención Nacional y toda la documentación originada por su funcionamiento, debidamente ordenada.

"2°) Decláranse conformes con sus originales las versiones taquigráficas impresas de las reuniones celebradas los días 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25 y 30 de octubre y los días 4, 5 y 14 de noviembre de 1957.

"3°) Procédase a la autenticación e incorporación al registro-matriz previsto por el art. 101 del reglamento, de las versiones taquigráficas a que se refiere el punto 2° de esta resolución.

"4°) Tómese nota y archívese" ("Diario de Sesiones", t. II, p. 1664).

Las circunstancias en que nació la Convención de 1957 y la brusca interrupción de sus sesiones por pérdida del quórum, con el resultado de sus sanciones (que pueden reducirse a dos: 1) el restablecimiento de la Constitución de 1853, y 2) la incorporación de los "derechos sociales" —que ya estaban en la Constitución de 1949, con excepción del derecho de huelga que había sido preterido en aquella oportunidad—, han motivado juicios muy dispares acerca del valor y mérito históricos de esa asamblea, que oscilan entre un elogio sin reservas y una crítica sin atenuantes (Por ejemplo, la crítica despiadada de Rafael Bielsa, en su *Derecho constitucional*, 3° ed., Bs. As., 1959, Ed. Depalma.). En la perspectiva histórica, no es posible hacer una aseveración cierta sobre el destino de la República en el caso de haberse concretado todas las reformas despachadas por la comisión redactora de aquella Convención, si no hubiera mediado el retiro de los convencionales que causó la extinción del cuerpo: tal hipótesis —cualquiera que sea— no pertenece a la historia sino a la ukronia, y, por lo tanto, no tiene para nosotros ninguna relevancia científica. Por ejemplo, es francamente positivo el comentario que mereció para el editorial del diario "La Nación" el día 24 de septiembre de 1970, titulado "Nuestra Ley Fundamental", con motivo de cumplirse trece años de la jornada en que la Convención Nacional de 1957 había declarado la vigencia de la Constitu-



ción de 1853 con exclusión de las reformas de 1949. El diario citado calificó a la Convención como "una de las asambleas populares más brillantes que haya habido en muchos años en la República", insistiendo en referirse a ella como a la "memorable convención del paraninfo de la Universidad Nacional de Santa Fe" (diario cit., p. 8).

Desde el punto de vista teórico, los precedentes establecidos en la actuación de la Convención de 1957 revisten el interés propio de la particular circunstancia "revolucionaria" que se invocó y se practicó en ese momento, tanto por el poder de facto que convocó a aquella asamblea como por las actitudes asumidas por ésta. Puede estimarse que la Convención de 1957 fue distinta de todas las anteriores, incluso la de 1860, desde el punto de vista de la marcada preocupación de sus miembros en la afirmación de los poderes que competían a la asamblea y en el uso o ejercicio enfatizado de sus atribuciones expresas e implícitas en cuanto "Convención".

Por su carácter sui generis la Convención de 1957 se vio precisada a asumir posiciones doctrinales en resguardo de su condición de órgano constituyente y supremo, acudiendo muchas veces sus miembros a la invocación de la "soberanía" (que para esos mismos convencionales se equiparaba con la noción del poder constituyente), con el objeto de preservar y resguardar la preeminencia de la Convención ante una ciudadanía que la había elegido, pero que la tenía que observar en su existencia y desenvolvimiento simultáneos con un gobierno de facto y revolucionario al que la propia Convención le debía —precisamente— su nacimiento. Esto explica la susceptibilidad acaso exagerada (vista hoy) de los convencionales, por defender la naturaleza originaria y el carácter supremo de su poder, cuidando al mismo tiempo de dos aspectos: a) de no querer entrar en conflicto con el gobierno provisional, y b) de no querer tampoco hacer proclamación de facultades extraordinarias que convirtieran a la Convención en una verdadera "dictadura soberana" que no reconocía límites ni aceptaba otro "gobierno" que el ejercido por ella (como surgió de la prudente opinión de algunos convencionales).

### **III.- Dos palabras sobre los poderes implícitos de las convenciones**

La Convención de 1957 también refirmó en el derecho argentino la afirmación de los poderes de las convenciones en materia de su propio presupuesto, o sea, lo que se ha llamado por la doctrina "facultades financieras implícitas" (Sampay, Linares Quintana). La existencia de poderes im-

plícitos entre las atribuciones de las convenciones ha sido explicada como una consecuencia de la necesidad de que tales cuerpos cuenten con todos los medios que sean indispensables para el mejor cumplimiento de su cometido; y la doctrina es pacífica en el reconocimiento de que entre esos medios necesarios figuran –obviamente– los recursos materiales imprescindibles para el funcionamiento del cuerpo. Es decir, que en definitiva lo que justifica la asunción de tales poderes o atribuciones es la autonomía funcional de la convención, sin la cual no es concebible como verdadero "poder" y, menos aún, como poder "constituyente", ya que el ordenamiento constitucional siempre ha procurado asegurar esa misma autonomía funcional a todos los "poderes constituidos" del Estado. Por lo tanto, los poderes implícitos de la convención están en función y en relación de su necesaria y amplia autonomía funcional, abarcando y comprendiendo todas las facultades que de una manera u otra hacen a la plenitud del funcionamiento de la convención: elección de autoridades, sanción del reglamento, fijación del plan de tareas, cambio del lugar de reuniones, determinación de días y horas de sesiones, aprobación de su presupuesto, prerrogativas del cuerpo e inmunidades de sus miembros, aprobación de los títulos de sus componentes, como asimismo todas las resoluciones de carácter interno que estime oportunas. No sólo la práctica conocida, sino que aun los autores que ponen cierto acento en señalar los límites a los poderes de las convenciones, están de acuerdo en subrayar que ningún cuerpo u órgano constituido puede negar o interferir estas facultades del órgano constituyente. En materia de presupuesto, es correcto el procedimiento seguido en 1957, por el cual la propia Convención fijó el monto de sus gastos y dispuso el origen o fuente de los recursos a emplear (parte del Tesoro de la Nación y parte del producto de la venta de publicaciones), de tal modo que ese órgano soberano no quedara subordinado a la voluntad de los poderes del gobierno provisional (siempre son los poderes constituidos los que manejan "la bolsa" y "la espada", o sea, los recursos y la fuerza... ). En consecuencia, la doctrina y la práctica coinciden en afirmar los poderes implícitos financieros de las convenciones, aunque se advierten dos matices:

a) quienes piensan que tales poderes sólo se pueden ejercer en los casos en que el poder legislativo que convocó a la convención omitió la asignación de fondos necesarios para su funcionamiento --tesis de Sampay y de Linares Quintana--;

b) quienes estimamos que la convención siempre tiene potestad para sancionar su propio presupuesto, que podrá o no coincidir con las estima-

ciones previas del congreso convocante, ya que es la convención el único juez de sus necesidades y de los medios indispensables para cumplir su cometido normalmente. Sobre los poderes en esta última materia indicada, nos dice BIDEGAIN que "la Convención de 1860 aprobó la incorporación de convencionales que no eran naturales de o residentes en las provincias de su elección, pese a exigir esta calidad el convenio del 6 de junio de 1860, por haber mediado una circular del Ministerio del Interior que pudo inducir a error a los gobiernos locales y considerar que en tales circunstancias no cabía perjudicar a algunas provincias, dejándolas sin representación" (confr., La Convención Nacional, serie "Materiales para la reforma constitucional", publicación de la "Comisión de Estudios Constitucionales", Bs. As., 1957, ps. 29 y 30).

Sobre este aspecto, dice Bidegain "La Convención está habilitada, por supuesto, para tomar todas las resoluciones de carácter interno que crea oportunas, decidiendo, por ejemplo, sobre su propio presupuesto de gastos, personal, homenajes, cuestiones de privilegio, destino de útiles, impresión de las actas, archivo de la documentación y otros asuntos de su incumbencia" (ob. cit., p. 47).

Rafael Bielsa, en Derecho constitucional, ed. cit., p. 122, ha dicho terminantemente que el Congreso no puede reglar el funcionamiento de la Convención de modo tal que afecte la autonomía funcional de ésta. En opinión de este autor "...todo lo concerniente al funcionamiento de la convención ha quedado librado a la decisión de ella, como es de principio en los cuerpos legislativos: v. gr., la atribución de establecer el reglamento del cuerpo y los días de sesiones, es decir, lo que se comprende en lo que se llama autonomía funcional, que es atribución normal, y no expresión de soberanía —pues ésta es siempre de la Nación— en el ciclo efectual. La convención y todo poder legislativo expresan esa soberanía en sus decisiones. Pero por importante que sea su función, no puede proceder de legibus solutus. Si se le atribuye facultad de inversión de sumas del erario, para su funcionamiento, ella debe rendir cuentas a la Contaduría General de la Nación. No sería republicano ni de moral cívica y financiera, cualquier exención de esa obligación" (ídem, p. 126).

Según Linares Quintana "...si se ha omitido por parte de la legislatura la provisión de los fondos necesarios para su funcionamiento o éstos resultan insuficientes en medida bastante para trabar su actuación, no existe ningún impedimento constitucional que pueda imposibilitar a la convención a votar los fondos indispensables para poder cumplir con su cometi-

do. Lo contrario importaría subordinar el desempeño del órgano constituyente a la voluntad de los poderes constituidos" (Tratado, t. 2, p. 230).

Por su parte, Arturo Enrique Sampay ha distinguido las dos situaciones:

a) cuando la ley de convocatoria asignó fondos: "Si la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional y convoca el órgano constituyente asigna a este cuerpo los fondos necesarios para los gastos inherentes a su funcionamiento, como lo hizo últimamente la ley nacional 13.233 en su art. 10, la convención no puede, de ningún modo, apropiarse de dineros públicos, pues si no tiene facultades para disponer de fondos en general, tampoco puede, en virtud de la esencia de los poderes implícitos de que gozan todos los poderes públicos, modificar los medios establecidos por la ley para lograr sus fines expresos"; y

b) cuando la ley de convocatoria no asignó fondos: "En cambio, cuando la norma jurídica que convoca la convención de jure no le asigna los fondos necesarios para su instalación y funcionamiento —como aconteció con las convenciones provinciales convocadas por virtud de la 5ª cláusula transitoria de la sanción de la Convención Nacional Constituyente de 1949— está dentro de las facultades implícitas de las convenciones de jure disponer de las sumas indispensables para el cumplimiento de su fin expreso" ("Las facultades financieras de las convenciones constituyentes", en "Estudios de derecho público", Buenos Aires, 1951, ps. 106 y 107). Estima Sampay que "si las asambleas constituyentes están subordinadas a la ley que las convoca con la única finalidad de reformar la Constitución, se infiere que no pueden tener la atribución de sancionar gastos extraños al cometido que se les asignara y en el que estriba su razón de ser" (ídem, ps. 105 y 106). El autor recuerda el precedente de la convención bonaerense de 1873, donde el convencional Mariano Marín se opuso al otorgamiento de una pensión graciable por entender que la Convención no estaba facultada para hacer esa clase de gastos, sino sólo para los relativos al objeto de su creación. Por esas razones, afirma Sampay que "resulta claro que las convenciones de jure no pueden asumir por sí funciones que, en el desenvolvimiento regular de la vida jurídica, son propias del órgano legislativo" (ídem, p. 107); y que tales convenciones "no pueden asignar fondos, esto es, sancionar leyes de presupuesto para las instituciones administrativas que creen en virtud de sus facultades constituyentes, porque ésta es una función típicamente legislativa en la vida ordinaria del Estado" (ídem, p. 108).

Si comparamos la evolución registrada por las distintas convenciones nacionales que se realizaron en nuestro país, veremos que se comenzó con tibios ensayos de designación de "secretarios" a sueldo en la Convención de 1860 (para la Convención provincial de ese año: ver, Linares Quintana, Tratado, t. 2, p. 231) y se llegó a una amplia afirmación de los poderes de la Convención en 1957 (ver el reglamento de ese cuerpo).

El reconocimiento de tales poderes a las convenciones no implica de manera alguna confundir las funciones "constituyentes" con las funciones ordinarias: en los ejemplos que ponemos, la convención al sancionar su presupuesto, no pretende reemplazar al congreso en la facultad privativa de éste de aprobar el presupuesto de gastos de la Nación, sino que se limita a realizar un acto sin el cual podría hacerse ilusoria la existencia misma de la propia convención. Así como se ha dicho que no existe poder (constituido) sin tesoro y sin recursos, también podemos afirmar que no existiría convención sin los medios y recursos indispensables para asegurar la autonomía funcional de su desempeño. Subordinar la convención a la gracia de los poderes constituidos -en materia de medios para la subsistencia- es someter al constituyente a la buena o mala voluntad de quienes con su arbitrio podrían contribuir a la concreción o a la frustración de una reforma de la Constitución, lo que más que un medio de control sería equivalente —en definitiva— a una inadmisibles coparticipación en el ejercicio del poder constituyente, cuando la Constitución sólo ha conferido al Congreso una función preconstituyente, y nada más que eso. Por eso es que mereció reparos y se prestó a malas interpretaciones el artículo noveno del Acuerdo de San Nicolás, por el cual quedaba a cargo del encargado de las relaciones exteriores de la Confederación (que era el general Urquiza) el proveer a los gastos de viáticos y dietas de los diputados al Congreso General Constituyente de 1853

#### **IV.- Colofón**

Dejo las palabras finales para recordar las impresiones de quien fuera el corresponsal destacado ante la Convención de 1957 por el diario "La Nación" de Buenos Aires: me refiero al doctor José Claudio Escribano, de brillante actuación en ese medio de prensa, que actualmente es miembro de la Academia Nacional de Periodismo. En un artículo publicado el 7 de Enero del corriente año (2007) en el suplemento "Enfoques" del prestigioso matutino, rindiendo homenaje a la memoria del Dr. Emilio Hardoy, que fue uno de los Convencionales reunidos en Santa Fe, brinda una tes-

timonianza bastante severa en torno al episodio constitucional acaecido hace medio siglo. Transcribo a continuación los párrafos más significativos del trabajo de Escribano:

*“La Convención de Santa Fe había nacido mal. Por una derivación perversa del sistema de representación proporcional D´Hont, la Unión Cívica Radical Intransigente, del doctor Arturo Frondizi, había obtenido 79 bancas, contra 77 de la Unión Cívica Radical del Pueblo, que la había superado, sin embargo, por unos 150.000 votos.*

*El quórum de la convención trastabilló desde la primera sesión. La tarde inaugural, después de impugnar la convocatoria dispuesta por el gobierno de facto, el bloque de la UCRI, presidido por el doctor Oscar Alende, se retiró definitivamente del recinto.*

*A lo largo de veinte sesiones los convencionales manifestaron, como con acierto diría Hardoy más tarde, una verdadera “obsesión por el micrófono”. Tal vez la debilidad verborrágica, sobre la que no exageró nada, haya sido catarsis de la década precedente de silencio y mordazas.*

*(...) En más de una oportunidad discutimos con Hardoy el curioso destino de aquella convención conformada por tantos hombres valiosos, pero inorgánica y deficiente. Una réplica exacta, acaso, de esa Argentina de todos los días, con recursos humanos individuales de llamativa creatividad, pero en el fondo actores desaprovechados de una sociedad desarticulada, imprevisible.*

*Aquella convención cumplió, después de todo, la misión primaria para la cual había sido convocada, que era elevar el rango jerárquico de la abrogación de las reformas de 1949. Aramburu había anunciado, en un discurso conocido como Proclama de Paraná, del 27 de abril de 1956, que quedaban sin vigencia las controvertidas modificaciones de 1949 a la Constitución Nacional. Por más de un año la Proclama no había tenido otro soporte legal que el de un decreto.*

*Hardoy contribuyó, con la mayoría de sus compañeros de bloque, a asestar el golpe final a la convención de 1957. Esta se prolongó por más de dos meses. Ratificó no sólo la vigencia de la Constitución de 1857/60; sancionó, además, el artículo 14 bis, de derechos sociales, y facultó al Congreso de la Nación a dictar los códigos del Trabajo y Seguridad Social.*

*Si Hardoy estuvo a la cabeza de quienes se retiraron intempestivamente de aquella convención y resultó ser, por añadidura, uno de los protagonistas de la ruptura del Bloque Centro, fue por su acendrada condición “conservadora”. Por contraste, cuatro convencionales de su bloque optaron, en nombre de consignas “liberales”, por permanecer en el recinto. Todavía por aquellos años el liberalismo expresaba, en la nomenclatura política argentina, algo menos estrecho que un compromiso dogmático con la libertad de mercados, pero más amplio y más próximo a las tendencias progresistas que se vinculaban en el pasado con Mayo, con Caseros y habían sido defensoras de la República Española. Se quedaron González Bergez (Buenos Aires), Belgrano Rawson (San Luis) y Aguirre Cámara y Mercado (ambos cordobeses).*

*“Nos fuimos de la convención –dijo Hardoy– para no convalidar con nuestra presencia algunos de los proyectos de estatización de la economía, de reforma agraria o de privación para las provincias de sus riquezas naturales que abundaban en la Comisión Reformadora de la convención”. Poco después de que los conservadores abandonaran Santa Fe, la convención se desplomó con el concurso de los radicales que respondían al ex gobernador de Córdoba Amadeo Sabbattini”.*

En conclusión, podemos afirmar que la gran definición emanada de la Convención Nacional Constituyente elegida hace cincuenta años fue el respaldo a la vigencia del texto constitucional de 1853-1860, conocido habitualmente como “Constitución Histórica de los argentinos”. Eso basta y sobra para merecer el reconocimiento de la labor efectuada por sus miembros, más allá del hecho tan polémico como opinable de su precaria función “reformadora”, habida cuenta de la pérdida del quórum y el cese de sus actuaciones luego de aprobar el artículo 14 bis y de modificar el Inc. 11 del artículo 67.

No es posible ni conveniente marcar diferencias con otras situaciones históricas muy controvertidas de nuestra ajetreada vida constitucional. Tengo opinión formada al respecto pero me autolimito, conformándome con recordar los siguientes datos puntuales y objetivos:

a) las elecciones nacionales del año 1973 (ambas presidenciales) se llevaron a cabo con las reglas de la Enmienda o Acto Institucional sancionado en 1972 por el gobierno de facto y cuya vigencia caducó automáticamente al no cumplirse las condiciones previstas para su perduración definitiva;

b) un año después, en 1974 el entonces presidente Juan Domingo Perón no prohió ninguna reivindicación ni retorno a la Constitución de 1949, al cumplirse un cuarto de siglo de la sanción de ese texto en una atmósfera que había llevado a su cuestionamiento por grandes sectores de la ciudadanía;

c) entre fines de 1982 y 1983 el agrupamiento político denominado la “Múltipartidaria”, en el ocaso del “Proceso” decidió por unanimidad requerir al Presidente Bignone que la normalización institucional de la República se efectuara según las normas de la Constitución Histórica de 1853-1860;

d) un proyecto del Senador Leonidas Saadi presentado en 1984 y tendiente al restablecimiento de la Constitución de 1949, terminó en el canasto de los proyectos que no son considerados ni siquiera en la Comisión Parlamentaria respectiva; y

e) por último –*the last but not least*-, es importante remarcar nuevamente lo que señalamos al comienzo de esta exposición: la ley de publicación del “texto ordenado” de la Constitución Nacional reformada en 1994, mencionó expresamente el texto “histórico”, con las reformas de 1866, 1898 y 1957, sin hacer mención alguna de la llamada Constitución de 1949; con lo cual resulta claro el propósito de superar viejas antinomias, más allá de los sentimientos que se puedan abrigar por las distintas parcialidades políticas.



# DE LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN A LA REINSTITUCIONALIZACIÓN REPUBLICANA

POR JORGE REINALDO VANOSSI (\*)

*“La hipocresía es el arte de amordazar la dignidad: ella hace enmudecer los escrúpulos en los hombres capaces de resistir la tentación del mal. Es falta de virtud para renunciar a éste y de coraje para asumir su responsabilidad. Es el guano que fecundiza los temperamentos vulgares, permitiéndoles prosperar en la mentira; como esos árboles cuyo ramaje es más frondoso cuando crecen a inmediaciones de las ciénagas” (“El hombre mediocre”, de José Ingenieros”).*

I.- La verdad expresada a través del lenguaje, semióticamente hablando, necesita reemplazar términos más suaves por términos más fuertes (como se dice ahora) o en tono más subido. Pero la expresión *desconstitucionalización* no nace con la era constitucional, porque es precisamente en el plano de la realidad en el que se están marcando puntos críticos o álgidos del desarrollo de la evolución constitucional. Tenemos memoria de que en los viejos textos y en las clásicas aulas se hablaba para referirse a este complejo cuadro, de tropiezos, de dificultades, de crisis; y recuerdo además que Sánchez Viamonte, que fue mi profesor en la materia, hablaba de “las vicisitudes” del constitucionalismo, en una expresión muy cara al lenguaje de él.

La incorporación de la palabra *desconstitucionalización* en nuestro ambiente fue incorporada por el maestro Segundo V. Linares Quintana, tomando en cuenta fundamentalmente a los procesos que surgieron incipientemente después de la Primera Guerra Mundial y de los años 30', y luego de la Segunda Guerra Mundial se extendieron a otras partes del

---

Discurso pronunciado por el Académico en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, en Paraná, en septiembre de 2007.

orbe, señalando el tronar de esa resonancia. De modo, entonces, que la aplicación a nuestro país y a nuestra realidad tiene, desde luego, antecedentes o precedentes tanto propios como derivados del Derecho comparado. No se puede sostener que sea un mero “invento criollo”; pues bien sabido es que las patologías políticas que traspasan con facilidad las fronteras y sus procesos de gestación y desarrollo, suelen guardar algunos puntos en común, como por ejemplo, el señalado por Albert Camus, al decir que “cuando la inteligencia se apaga, llega la noche de las dictaduras” (sic).

Si lo limitáramos a un problema de patología tendríamos que acudir a la medicina para encontrar, más que el diagnóstico, la búsqueda del medicamento para superar la situación. Si lo consideráramos producto de una maquinación demoníaca o mefistofélica, pues entonces habría que traer de inmediato a un exorcista. Pero todos los que se han convocado hasta este momento han fracasado en el intento salvador. En realidad, nosotros acumulamos -y decirlo no es orgullo sino expresión de tristeza-, bastantes capas geológicas de *desconstitucionalización* que han ido sedimentándose (para no fijar fechas polémicas ni entrar en discusiones de calendario) desde muchas décadas atrás. Y obviamente tenemos que algún día “salir del neolítico” como se dijo con referencia a la enseñanza del Derecho y a la metodología de su enseñanza. Nosotros también, en materia de regularidad constitucional, tendríamos que salir del neolítico. Así lo indicé siempre el uso de la razón, pero con puntual fruición hemos ignorado el consejo de Johan Wolfgang Goethe, válido para muchas oportunidades: “todos los hombres cada día deberían escuchar una canción, leer una hermosa poesía, admirar una buena pintura y, si fuera posible, decir unas cuantas palabras sensatas”.

**II.-** Podemos asociar este término a una expresión que ha puesto de moda *mutatis mutandi* un sociólogo que hoy ya tiene sus años; que hasta hace poco tiempo sin embargo era poco conocido, acaso por ser de origen polaco y que recién ahora puede expresarse con mayor libertad. Me estoy refiriendo a Zygmunt Bauman, quien ha introducido las expresiones *líquido* y *liquidez* para diversos problemas de la vida: *el amor líquido*, *la vida líquida*, *la convivencia líquida*, *el mundo líquido*, etcétera, etcétera: ya son muchos títulos. Y nosotros creemos que no habrá inconveniente al dar cabida también a la “constitución líquida” o a la “constitucionalidad líquida”. Esta apelación a la liquidez se refiere, como la expresión lo insinúa, a la licuación que transforma a una serie de cuestiones que, tradicionalmente, estaban aceptadas como valores entendidos, en algo más que

maleable, en algo tan difícil de asir con la mano, como si fuera el mercurio o algún otro producto líquido (no está aceptado el término “licuoso”) que no tiene formas permanentes sino que toma la forma del recipiente que lo contiene. Y eso es lo que ha ocurrido también con los principios constitucionales. Han sido, no transformados, sino desformados a tenor de los recipientes que le dieron, en definitiva, cabida con una etiqueta determinada; y no siempre la etiqueta ha correspondido con la calidad o la fórmula química del contenido propiamente dicho.

Recuerdo también que otro profesor de la materia, refiriéndose a los textos constitucionales los equiparaba, haciendo gala de un gran sentido artístico y una gran cultura general en materia pictórica, con el problema de la sonrisa de la Gioconda, diciendo que la sonrisa de la Gioconda, en alusión a la célebre obra de Da Vinci, admitía toda clase de interpretaciones. No se sabe, mirándola bien a la Gioconda, si se ríe o si tiene dolor, si tiene angustia o si siente placer; y hasta se puede discutir si es hombre o si es mujer, porque es una imagen que admite toda clase de significado o comprensión. Y hemos hecho con el constitucionalismo, también, una suerte de sonrisa de la Gioconda, no tanto con la literalidad del texto sino con las malformaciones que con la aplicación del texto se ha pretendido justificar todo. Es algo parecido a lo que los maritimitas caratulan “el pabellón cubre la mercadería”, es decir, basta con atenerse al signo del pabellón, cualquiera sea la mercadería, para que se dé protección a los contenidos embarcados. Y esto es triste. Lo afirmamos un poco sarcásticamente, pero es triste y doliente. Un gran escritor italiano, Italo Svevo, el autor de “La Conciencia de Zeno”, en otra de sus obras aparece una pintura de Federico Zandomenighi titulada “On the divan (causerie)”, circa 1890, que muestra a dos mujeres, una de espalda y la otra de perfil, en conversación. La mujer que escucha tiene una expresión ambigua, pero es imposible conocer cuál es su estado de ánimo: si lo que oye la divierte, la confunde o la pone triste (“Todos los relatos”, Ed. Gadir, Comentada en “El País” del 23/09/07). Podríamos añadir –por nuestra cuenta- que igual acontece con el sentido de algunas normas: son crípticas, adolecen de cripticidad, por confusión o enigma.

**III.-** Nosotros los argentinos tenemos la costumbre de no privarnos de nada, tanto en los placeres como en los sacrificios; también en los vicios, ya sean los secos o húmedos; y también en las virtudes, ya sean teologales o mundanas. De modo que en esta materia podemos hacer un catálogo, que excede las medidas de esta reflexión.

Lo cierto es que una de las manifestaciones más ciertas de nuestra *desconstitucionalización* ha sido la complacencia con que han sido celebradas todas las situaciones de facto y las doctrinas que, importadas del Derecho administrativo, fueron a partir de 1930 aplicadas sin reparar en las diferencias de situación contempladas por los autores Gastón Jeze y Jean Constantineau al Derecho Constitucional, cuando se trata no de casos de funcionarios de facto sino de usurpadores del poder. Y eso pasó tranquilamente, cuando estaba demasiado lejano el famoso fallo de la Corte del siglo anterior, apoyado en el asentimiento de los pueblos. El “asentimiento” y no el consentimiento, pues eran más cuidadosos y tenían mayor recato o más pudor al hablar de “la revolución triunfante” y asentida por los pueblos (y no consentida), tal como se dijo en el caso Baldomero Martínez, el 5 de Agosto de 1865 (Fallos 2:141).

Pero hemos atravesado el inmenso terreno de la anomia; absolutamente todo, a tal punto que esa aceptación de la anomia – que Carlos Nino examinara en un libro específicamente dedicado a ese tema- hace aplicable a la Argentina lo que en algún momento de disgusto el escritor y premio Nobel portugués Saramago dijera en exclamación de su indignación: “¡Esto no es un país, esto es un lugar!”. Y a veces por despecho (por “bronca”, para hablar con un término poco académico) se siente la necesidad o la inclinación de proferir una frase de ese tenor tan descalificativo.

El decaimiento empezó con las “mutaciones constitucionales”, que luego sirvieron como trampolín para otra cosa. Las mutaciones constitucionales fueron primeramente estudiadas y así denominadas por Jelinek. Pero este autor alemán se refería a los cambios en cuanto efectos, resultados o decisiones que se introducían con motivo de la fuerza operativa que tomaban factores de poder que no habían sido previstos específicamente en los textos constitucionales, tal como ya ocurría definitivamente con los partidos políticos, como también con las demás fuerzas sociales intermedias cuando se organizaban y transformaban en grupos de interés o en grupos de presión, y así sucesivamente. Se estaba pues ante supuestos de cobertura de algunas lagunas constitucionales. Ese fue el alcance que le asignó Jelinek, pero de ahí en más se fue pasando con sucesivos saltos (no subiendo la escalera sino bajándola) al *decisionismo* más salvaje, es decir, al reconocimiento liza y llanamente de la fuerza y el voluntarismo del autócrata, ya fuera electivo o fuera de facto: el que estuviera de turno. Una de las muestras con mayor desparpajo y desenfado en la versión criolla es la explicación de un ex Presidente que cuando sus asesores le decían: “pero mire su excelencia que esto no se puede”, con una cierta tonada

muy característica respondía: “hay que buscarle la vueltita”, “busquen la vueltita para que se pueda hacer lo que no se puede”. Era igual a sostener lo equivalente a que el fin justifica los medios, como una frase más sincera en relación a las conductas respecto de esta viveza criolla. Esta expresión de “buscar la vueltita” es la cultura de la trampita, la cultura del vericuerdo, que ha insuflado mucho no sólo a la cultura en general sino también a la cultura jurídica en particular: no para explicar fenómenos, lo cual sería natural, sino para justificar situaciones y sus resultados y consecuencias, que es mucho más grave que una explicación. En la vereda opuesta podemos guiarnos por quienes no aceptan el relativismo moral y rescatan los valores con firmeza y convicción. Tal es el caso de Raymond Aron cuando en su “Ensayo sobre las Libertades” (Ed. Alianza, 2007) afirma: “Las libertades intelectuales, los procedimientos democráticos son una protección contra el poder y lo arbitrario, pero ofrecen también, y tal vez en primer lugar, una oportunidad para instruir a los hombres, para hacerles capaces de razón y de moralidad”.

**IV.-** Llegamos así al enunciado de la Constitución real, que es una Constitución que hoy tiene un solo artículo. La Constitución formal tiene los que tenía la del 53´ más la farragosa redacción tropical que incorporó la reforma del 94´. Pero la actual Constitución real tiene un solo artículo que dice “todo vale”. Con ese artículo se manejan todas las relaciones de poderes entre sí, o de los poderes con los particulares: correspondería hablar de los ciudadanos, pero en realidad a veces se percibe la sensación de la *subditancia* más que de la ciudadanía. Esto conduce a la caducidad (como lo vamos a remarcar al final en tres palabras) del principio fundamental de la forma republicana de gobierno, que es el principio de la responsabilidad. Está claramente establecido que hay que elegir entre la impunidad y la responsabilidad, y ésta -que es la secuela del control, porque el control es una cuestión nada más que de antesala de la responsabilidad pues no hay control por el control mismo- no es un fin en sí mismo. Es el mecanismo para abrir el camino a lo que sí le interesa a la sociedad que es la aplicación de sanciones o premios según los defectos, pecados o delitos, o según las virtudes, méritos y aciertos de quien ha sido depositario de la voluntad popular, o designado en la forma en que los mecanismos representativos determinan. El *sustratum* de todo este proceso, en algunos casos tiene raíz filosófica y en otros casos no, pues tiene una vertiente ideológica. Por su raíz filosófica casi todos estos procesos han tenido un trasfondo hegeliano, ya sea como decía nuestro querido y memorable colega Miguel Ekmekdjian, “hegeliano de izquierda, o hegeliano de derecha”; y el panorama del siglo fatídico pasado (del siglo XX) lo demuestra para

cualquier gusto del paladar, ya sea de la extrema izquierda o de la extrema derecha, pero con igual punto de partida hegeliano, aunque a veces con unas etapas de tránsito que en algunos casos pasan por Feuerbach, Marx, Sorel, Shopenhauer, Nietzsche, Spengler o algún otro autor, según se incorporara a este elenco el elemento de la violencia u otros ingredientes determinantes. El *sustratum* no ideológico es el populismo, que es el más complejo de todos y el que más influye en la *desconstitucionalización*, por la sencilla razón de que no se lucha contra una idea cuando se está en contra del populismo como camino hacia la *desconstitucionalización*, sino que hay que lidiar contra un estilo, un hábito, una práctica, una desviación de conducta; y entonces la cuestión no pasa por el orden de las normas, sino por el orden de los comportamientos, y de tradiciones arraigadas que se repiten recurrentemente. Es por ello muy difícil combatir al populismo con ideas, sino que hay que apuntar a cambiar los usos, toda vez que como decía Ortega “es mucho más difícil de cambiar los usos que colmar y calmar los abusos”; y tenía razón, como la tuvo cuando profundizó la morfología de la sociedad de masas. El pensador español nos instaba a emprender un cambio, a modificar el rumbo y erradicar las malas prácticas. Acaso creía válido para los argentinos la suposición que abrigaba George Elliot en el sentido de que “nunca es tarde para ser lo que podrías haber sido”. Claro está que para ser así hay que acudir a un esfuerzo en conjunto, entre todos: una estrepada o estrepón, como luce en el más puro idioma español, referido a los remeros.

La raíz de esta decadencia es profunda y, evidentemente, de índole cultural; y se traduce en el desapego a las instituciones. En el caso concreto de la Argentina, el desapego a las instituciones de raíces constitucionales es la explicación más válida del por qué hay un avance paulatino del proceso de *desconstitucionalización*. Si hubiese habido una cultura sana y sólida de respeto a las instituciones, se hubiera optado por dar siempre prevalencia al valor de las instituciones y no el desprecio hacia las mismas, como ya lo detectaba Juan Agustín García en “La Ciudad Indiana”: el caudillo por encima de la racionalidad y la facción por encima de la nación. No hemos sabido auto corregirnos a tiempo; lo que nos hubiera posibilitado alcanzar la excelencia. Siempre recuerdo aquel párrafo de Antoine de Saint-Exupery: “el futuro no basta con preverlo, hay que hacerlo posible”.

V.- Veamos nada más que tres o cuatro ejemplos sencillos y prístinos para representar esto. Por ejemplo: sufragio libre u obligatorio. Cuando se debatió la ley Sáenz Peña hubo divergencia entre las dos Cámaras en ese único punto, pues estaban de acuerdo en el sufragio universal, había con-

formidad en el voto secreto, pero no en la obligatoriedad del sufragio. Predominó la Cámara que había votado el sufragio obligatorio y así quedó establecido en la ley Sáenz Peña. En la reforma constitucional de 1994 se introduce, no una norma, sino dos normas. No una norma que esté en contradicción con la Constitución del '53 o con la ley Sáenz Peña que es de rango inferior a la Constitución, sino dos normas introducidas al mismo tiempo y en el mismo texto, de rango supremo. Por un lado, en el artículo 37 el sufragio es obligatorio, pero en el artículo 75 inciso 22 se incorpora dentro de los diez Pactos iniciales y Convenciones y Declaraciones de Derecho, tres de ellas en las cuales no es obligatorio. Es un tema de interpretación, (no abro juicio, simplemente pongo los trazos de la pintura sobre el tapete). Será un problema a resolver, o por otra Convención constituyente, o por interpretación del legislador, o por alguien que plantee un caso judicial y llegue a la Corte Suprema; pero convengamos en que no ha sido muy prolijo el cuidado de este aspecto de un derecho político por antonomasia. Segundo ejemplo: las leyes recientes de Presupuesto; más la Ley de Superpoderes; y esto se vincula, además, con la queja de Ricardo Lorenzetti, respecto de que la Corte no puede disponer ni de la organización de su personal, pero además, ni siquiera puede disponer de los setecientos millones que están ahí depositados y no perdidos y que podrían solucionar muchos de los problemas, no tanto de sueldos, sino del equipamiento logístico de la Corte para eliminar algunas lacras como la morosidad judicial y prácticas antiguas como coser expedientes con aguja e hilo, etc. Pero los superpoderes están allí y el manejo discrecional del Jefe de Gabinete de cuatro mil doscientos millones en el ejercicio presupuestario que va a finiquitar este año. Cuatro mil doscientos millones, no son cuatro, ni cuarenta y dos, ni cuatrocientos veinte: ese monto hace que, obviamente, el desborde vaya mucho más allá de lo que fue originariamente el tamaño de la crisis. Los usufructuarios de esa "suma de poder" son personajes icónicos: verdaderos íconos en su relación de semejanza y representación que los identifica con funciones y funcionarios gravemente afectados de un complejo parafrénico.

La ley de Presupuesto, por lo tanto, no tiene sentido debatirla, me niego a hacer preguntas al respecto y cuando aparece esporádicamente la figura del Jefe de Gabinete tampoco las hago, porque esa "ley de leyes" puede reducirse a dos artículos. El primero que fije, de acuerdo a lo que la Constitución dispone, la estimación de los recursos para el año en curso, que será de tantos miles de millones. Artículo segundo: "hagan lo que quieran". Así, el Congreso abandona la orientación política que tiene que dirigir al Poder Ejecutivo a través del orden de prioridades de la política gene-

ral de inversiones de todo el país, determinando si hay que gastar más en educación que en propaganda, más en salud que en viajes al exterior, o más en vivienda que en otros gastos inútiles o superfluos que podrían evitarse en aras del bienestar general a que se refiere el Preámbulo de la Constitución Nacional. Nuestros gobernantes –que ni siquiera suelen ser administradores- parecen ignorar algo tan elemental como la advertencia de Blas Pascal en sus “Pensamientos”: “tengo por imposible conocer las partes sin conocer el todo, así como conocer el todo sin conocer las partes”. ¡Elemental, Watson!

El artículo 38 tiene también la evidencia de otro proceso de *desconstitucionalización* muy notorio, entre los deberes que establece al institucionar los partidos políticos. Y bien que lo ha hecho, para evitar fenómenos como la supresión o disolución y confiscación de los bienes de los partidos, que también hemos conocido en su momento, no obstante que estaban amparados con la protección al ejercicio de la libertad de asociarse con fines útiles que estaba en el Art. 14 de la vieja Constitución. Pero tiene el artículo 38 un párrafo muy interesante, cuando entre sus funciones y sus deberes menciona e indica la “competencia” para la postulación de los candidatos a cargos públicos electivos: esto equivale en lenguaje sofisticado, a lo que comúnmente llamamos elecciones internas, es decir que los candidatos a cargos electivos no surjan en el living comedor de la casa de una persona, o en un “caucus” a puertas cerradas entre cinco o diez personas, sino a través del voto de la membresía siempre que sean elecciones internas no abiertas. Sin embargo sabemos que salvo alguna excepción, no conocemos en detalle nadie que haya respetado el artículo 38 de la Constitución. ¿Será por ignorancia? Voltaire afirmaba que “la ignorancia es la salvaguarda de la dominación”, pues –agregaba- que “si la mayoría gobernada estuviera compuesta por bueyes y el pequeño número de gobernantes por boyeros, el pequeño grupo haría muy bien en mantener al grande en la ignorancia” (sic).

**VI.-** Y, por supuesto, habría que hacer un largo capítulo de la *desconstitucionalización* por omisiones. Por ejemplo, la indiferencia por dar sanción definitiva a una Ley de Amparo que responda al sabio artículo 43 del nuevo texto constitucional, norma que permite, siguiendo la orientación de una tesis bien amparista, declarar incluso la inconstitucionalidad de las normas a través del amparo. Pero acontece que subsiste la coexistencia de un Decreto-Ley de diciembre de 1966 de un gobierno de facto de neta orientación antiamparista que expresamente dice lo contrario, es decir, que prohibía la declaración de inconstitucionalidad de la norma; no obs-



tante lo cual una Corte Suprema nacida desde ese mismo gobierno de facto lo dejó de lado; procedió a declarar en los casos Outón y Mate Laranjeira Mendes la *inconstitucionalidad* de normas que impedían la reparación del Derecho que estaba violado. Es inconcebible que estando a fines del 2007, y habiendo una de las Cámaras del Congreso sancionado por unanimidad en general, y por unanimidad en particular (hecho inusitado en muchas décadas) una nueva ley de amparo donde por consenso se contemplaba la inclusión de aspectos tan novedosos como la del “amparo colectivo”, que duerma debajo de –iba a decir “donde la espalda cambia de nombre”- debajo de una silla del Senado, porque hay una persona que no quiere y no le gusta que se apruebe una ley en cuya redacción no ha intervenido. ¿Orgullo, soberbia, capricho o despotismo? Los personajes de pacotilla deberían tener a la vista –y tomar en cuenta- las palabras de Winston Churchill: “la democracia es la necesidad de doblegarse de vez en cuando a las opiniones de los demás”.

Otro caso es el de la coparticipación. Ese instrumento no se ha sancionado, no obstante que una ley que esta vigente (no derogada) pero que su plazo ha vencido (Ley 24.621, Art. 3º), permitía que si dentro del plazo previsto por la cláusula sexta de las disposiciones transitorias de la reforma del 94, es decir, a los dos años de sancionada ésta, tres provincias podían presentarse en el Senado a través de los senadores para iniciar con un proyecto el trámite parlamentario de sanción de la ley de coparticipación. No lo hicieron. Hoy habría que sumar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por supuesto, hemos presentado un proyecto (Exp. 4011-D-2007) reestableciendo el texto que no está derogado, pero sí modificando los plazos para darle una nueva vigencia, habida cuenta que muchas veces los quiebres y *desconstitucionalizaciones* de la división vertical del poder (el régimen Federal) se deben no sólo al campo abierto o espacio sin límites que encuentra el poder central, sino a la declinación de facultades que las provincias tienen reconocidas y que no asumen por cobardía de sus gobernadores, que reciben la limosna de los ATN y de la dádiva de la válvula del poder central. Así, además, se evitan aparecer antipáticos ante sus comprovincianos, no teniendo que cumplir la obligación de recaudar lo que por derecho le corresponde, a cambio de recibir una dádiva. Pero esta resignación de facultades que según la Constitución son propias de los poderes locales, ata, limita, condiciona, extorsiona, pero bueno: a caballo regalado no importa que sea ciego o manco, total....viene regalado. Mal ejemplo.

El acceso a la información es otro caso de *desconstitucionalización*. Está consagrado en la Constitución en más de una oportunidad pero nunca se

llega a la sanción final de la ley. No pasa de la aprobación por una de las Cámaras. En la otra Cámara no se considera esa media sanción, ¿y por qué? Y, muy sencillo: porque el acceso a la información es la condición *sine qua non* junto con la independencia de controlador respecto del controlado, para que pueda ejercerse el control. Al vedar el acceso a la información no hay una posibilidad fehaciente y veraz de obtener los datos fundamentales para el ejercicio del control y pedir las rectificaciones y/o las sanciones que puedan corresponder por incumplimiento.

**VII.-** Volvamos al tema de los partidos. Nos resignamos al hecho de que ya no hay partidos. En su lugar se conocen “espacios”, “espacios políticos”, que es una expresión también “líquida” (para volver a Sigmund Bauman). Es líquido en tanto y en cuanto el espacio es infinito. El globo terráqueo es espacio y no tiene comienzo y no tiene fin. Lo que puede reconocerse como consecuencia de que estos partidos han hecho “implosión”, que es el nombre indicado –como rotura y ruptura interior por desequilibrios de presión- para hablar de lo que es aproximadamente análogo a un infarto masivo referido a agrupaciones y no a personas individuales. Si seguimos así, va a ser a su vez reemplazado el espacio político en cuanto tal, por el “tiempo político”: entonces va a surgir un clamor gritando lo mismo que en su momento dijeron los que vociferaban “que se vayan todos”, “ya fue” o “ya fueron”, es decir, ya no va a haber espacios sino tiempos, pero apuntando a un pretérito, o sea como repudio de un pasado. Será algo así como un presente que sí viene con protestas pero no contiene propuestas, no satisface arquitectónicamente lo que una República requiere y, además, con el riesgo del advenimiento de un futuro bastante incierto al respecto. Si seguimos así entonces, visualizaremos “tiempos”: tiempos de la vieja política; tiempos de la nueva política, tiempos de la novísima política, sin saber realmente si se tratan de más de lo mismo o de menos de lo mismo, o de peor de lo mismo; que son las tres alternativas posibles.

Pasó también el tiempo del respeto por la *seniority*, es decir de la trayectoria y de la veteranía en la experiencia de “la cosa pública”. Ahora lo que interesa es el *marketing*, entendido como el elemento fundamental componente de la respuesta al cambio, es decir, a lo que se llama la “nueva política” que es un novedoso estilo de *desconstitucionalizar*. Pero los países altamente constitucionalizados respetan la “hoja de vida”, respetan la trayectoria, respetan (como ocurre en el parlamento de EE.UU o en el Francés o en el Italiano, o en el Español con menor tradición) ese aspecto fundamental que hace no tanto a la cantidad pero sí a la calidad del que-

hacer que deben cumplir sus ocupantes. Por eso es que muchas veces nos preguntamos si hay “representantes” que no son “representativos”, ya que puede ocurrir que la representación sea válida en cuanto a la legalidad concerniente a las reglas dictadas por la legitimidad democrática, pero que el representante no sea representativo o que lo representativo sea, ¡oh sorpresa! la *desconstitucionalización*, la anomia, el populismo, la violación de la ley, el “todo vale”. No afirmamos esto con el propósito de auto-exculparnos; al contrario, pensamos como Albert Camus, que los errores o la derrota de un hombre no juzgan a las circunstancias sino a él mismo: es decir, no es un problema de circunstancias, sino en definitiva de personas.

Ezequiel Martínez Estrada, que no está demás recordarlo, hacía referencia, para llamar la atención, con dos palabras: las *invariantes* o las *inalterantes* históricas costumbres argentinas. La primera figura en el Diccionario de la RAE (magnitud o explosión que no cambia de valor al sufrir determinadas transformaciones). Las invariantes de la historia argentina se referían a la repetición de los errores; y este es otro problema cultural, pues todo siempre nos conduce a lo cultural. El argentino, considerado en términos aristotélicos, es un ser *politikon*, que tropieza no sólo dos veces, sino cinco, diez, o veinte con el mismo obstáculo, y sigue tropezando porque no tiene capacidad de rectificación. Y no la tiene porque no quiere ejercer la autocritica, no quiere reconocer el error. Nadie reconoce sus errores y al que lo reconoce le dicen que es un estúpido, cuando en verdad el reconocer los errores es “nobleza obliga”, o sea lo que corresponde en definitiva a los ciudadanos concientes de sus deberes y responsabilidades. Para ello se requiere cumplir con decisión (firme) y con honestidad (sincera), para no caer en el pecado que un colega reprochaba al afamado Heidegger: “la vaguedad”.

**VIII.-** Es menester insistir en que el problema no se circunscribe a la epidermis. No basta con cambiar un sistema electoral. En la Reforma política (de la cual ya ni se habla) y en ocasión de los cuatro mensajes presidenciales de los últimos años (donde hay largas alusiones sobre el Ministerio de bienestar social, sobre aportes del Tesoro nacional, y sobre la política exterior, etc.) no se encuentra ni un renglón, una sola referencia, ni una sola palabra sobre la reforma política, entendiéndose por tal a la reforma del sistema de los partidos políticos, y temas conexos. No obstante hay, y muy bien rentada y con mucho personal, una subsecretaria o secretaria de estado sobre la reforma política que ejerce una persona que se destacó en una ONG, pero que desde entonces no ha querido hacer ninguna exposición ante las Comisiones del Congreso respecto de la tarea cum-

plida en un organismo que pagamos entre todos los argentinos. La conclusión letal es que para la salud del sistema los vectores de la política están pasando fuera de su quicio, no pasan por los partidos políticos ni por el Congreso; los vectores de las relaciones económicas y sociales no pasan por el cauce de los organismos naturales de representación; los vectores de la cultura no pasan por las universidades ni las academias; y los vectores del deber fundamental del Estado que es la seguridad personal tampoco pasan por éste, porque ha perdido el monopolio legítimo de la potestad de la represión, entendiéndolo por represión la aplicación del Código Penal y no la arbitrariedad ni el salvajismo, ni nada por el estilo, sino simplemente que sea una potestad asumida por el Estado para evitar que aparezcan “llaneros solitarios” o “justicieros” o los “escuadrones de la muerte” que quieren hacer justicia por mano propia. Creemos entonces que hay que revertir la tendencia a la retirada, desertión y dejación en ejercicio de sus roles por parte de la pretendida clase dirigente, copada por personajes de burdel, secundados por “chupópteros”, que es la palabra que está en el diccionario para denominar a los consabidos “ñoquis” del régimen asistencialista y prebendario de los estragos de la decadencia nacional.

Empingorotados son los que elevados a posiciones ventajosas se tornan engraidos por ello. Es lo mismo que hablar de “ñoquis”. Queda feo hablar de lo que ahora se denominan temas “políticamente incorrectos”. Supongo que no es la palabra que está en el diccionario, pues suena horrible hablar de “borocoteadas”; ya que atienden a alusiones personales. No. En el diccionario está perfectamente dicho: tránsfuga, o sea, “persona que pasa de un partido a otro”. Son formas de *desconstitucionalización* también.

Ya no basta con crear al ciudadano. A lo que Sáenz Peña dijera: “quiera el pueblo votar”, alguien le agregó, “sepa el pueblo votar”. Pero ahora hay que tener en cuenta que así como se sostuvo que no hay democracias sin demócratas ni república sin republicanos, lo que faltan son partícipes. Hay que participar, pues la única solución es la participación ciudadana a efectos de movilizar todos los mecanismos que existen. Los hay muchísimos, pero que la abulia generalizada lleva a que, bueno....como “todo vale”, para qué me voy a meter si total encima voy a perder tiempo, no voy a conseguir nada, y para colmo pueden ejercer alguna venganza o algún perjuicio o crearme un impedimento. De esa tentación por la resignación (antesala de la claudicación) hay toda clase de testimonios; algunos tan conmovedores como el interrogante feroz que formulara Charles Baude-

laire en “Las flores del mal”, cuando respondía a la pregunta “¿Dónde ir?” con esta pasmosa respuesta: “...no importa dónde con tal que sea fuera de este mundo”. Pero esa no es la solución.

Mecanismos hay, desde la defensa del usuario y del consumidor hasta la “ley de defensa del orden constitucional y de la vida democrática”. El derecho constitucional, por lo tanto, requiere de un orden público imperante; y no puede caer en el vicio de traslapar, que significa cubrir total o parcialmente algo con otra cosa. Lo que los maritimistas describen como “el pabellón que cubre la mercadería”. Traslapar es eso. Se vende una mercadería pero el contenido que va debajo de la etiqueta es otro distinto, y se repite a diario así. Este Derecho constitucional no debe estar limitado ni resignado a eso. El Derecho constitucional debe estar en todo caso destinado, si se quiere, a *reconstitucionalizar*, a la transparencia, a trasparentar y no a traslapar. Dar transparencia a procesos oscuros, dudosos y cuestionados que hacen no solo al incumplimiento de la ley sino también a la “desviación del poder”. Porque muchas veces la incumbencia legítima se ejerce con una finalidad totalmente ajena al fin que la ley o que la constitución tienen en cuenta. Y para cumplir con esa función nos viene a la memoria nada mejor que la sentencia de Goethe, el gran genio de Frankfurt, cuando ese gran poeta dice: “no basta saber, se debe también aplicar”. No es suficiente querer, se debe también hacer. Esa es una peraltada misión de los constitucionalistas y demás protagonistas del Derecho: elevar el nivel.

#### **IX.-** Entonces, tres conclusiones:

1) Dejémonos de levitar y de musitar sobre la planicie de lo fútil. Vayamos a la examinación para tomar enseguida las prominencias que el alarmante cuadro de la *desconstitucionalización* nos exige. Ahora o nunca, debemos emprender el camino de la re-constitucionalización y de la re-institucionalización, para ascender en el ranking de la calidad de nuestro Estado de Derecho; hoy con medidas muy precarias en los criterios de su valoración.

2) Dejar de endiosar a los embusteros que, con sus chapucerías de torpedad y de manifiesta imperfección, nos agravan los males existentes, sumando una obra hecha sin arte ni pulidez: por ejemplo muchas de las normas que nos rigen. No sólo cuando se “discursea” hay que ser preciso; también lo exige la redacción de las normas prescriptivas, que deben responder –para su mejor comprensión- a lo que Ortega y Gasset denominaba “la cortesía de la claridad”.

3) Superemos la desoxigenación de los círculos áulicos de los tilingos, por no decir mafiosos de la última moda, de la cosmetología pseudo-constitucional. El camino sensato es sencillo y es factible. No sancionar leyes, normas y constituciones que no se puedan cumplir. Reformar lo que no es viable ni tenga andamio, para no mantener ilusiones que no se puedan cumplir, porque esa es una forma de *descontitucionalizar* en la mente. Creando una defraudación se crea un resentimiento; y generando un resentimiento se crea una incipiente semilla o germen de una insurrección, de una rebelión respecto del orden establecido. Y por último, hay que cumplir a raja tabla los principios republicanos que son siempre los mismos: democracia, separación de poderes, igualdad ante la ley, publicidad de los actos públicos, periodicidad en la función y responsabilidad. De los seis, probablemente se cumpla, formalmente, uno. El primero. Nada más; y siempre que no reaparezca el fantasma del fraude, que alguna vez se lo ensalzó con el aditivo de “patriótico”.

Las reflexiones que anteceden son una invitación al optimismo. Sólo falta sumarles el convencimiento y la voluntad, orientadas por la razón. No desvanecerse ante las contrariedades ocasionales. Los constitucionalistas deben guiarse por el impacto emocional que produce el hecho cósmico de “que nunca la noche es más oscura que en el instante previo al amanecer”. Ya llegará la alborada. Savater confesó su perplejidad al leer la frase que un romano hizo escribir en su tumba: “creo con certeza que no hay mañana”. Pero para nosotros, es todo lo contrario. Si por “el ocaso” intuyéramos “el fin” antes del mañana, rogaríamos que en la lápida se estampara la nota convocante de Eduardo Mallea: que hemos vivido una intensa “pasión argentina”, animados todos por la fe en el Derecho.

Buenos Aires y Paraná, 2007

VI

HOMENAJES





# DOCTOR MANUEL OBARRIO. PRESENTACIÓN DEL LIBRO “LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES. SU CREACIÓN”

## EXORDIO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (\*)

El Estudio del académico doctor Víctor Tau Anzoátegui sobre la “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación” que se publica en este libro determina para la Corporación un hito fundamental, al establecer la fecha de su creación el día 7 de octubre de 1908.

La investigación que lo sustenta, para llegar a esa conclusión, sobre el proceso histórico y lo acontecido entre 1874 y 1940, ha sido erudita y profunda. Analizada por el plenario en sucesivas e ilustradas reuniones, fue motivo de consenso y aplauso, por constituir la solución pendiente de una cuestión trascendente e institucional para la Academia, la que así se pronunció el 13 de julio de 2006. Su texto, como también el de las opiniones coincidentes elevadas por escrito de los señores académicos, se incorpora a esta publicación.

El doctor Tau Anzoátegui ha declinado figurar como autor. No obstante, su Estudio constituye la médula de este libro, que limita su tema a la fecha de creación de la Academia.

En 2008, al cumplirse 100 años de su fundación, será el momento de publicar su historia integral, con particular referencia a las ilustres personalidades que la han conformado.

---

(\*) Palabras del Académico al presentar el estudio sobre la creación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de marzo de 2007.

Así, señor Presidente, hemos aceptado ese criterio, de modo que esta presentación en vísperas de nuestro Centenario, adquiere carácter de un acto de fe y de homenaje.

De fe en el país al que pertenecemos, y al que todos debemos servir con lealtad, entrega e idoneidad; y de homenaje a los juristas que nos precedieron en los sitios que hoy ocupamos. Su nómina constituye una página de honor del libro que esta tarde presentamos.

Este homenaje, lo es sobre todo a nuestro primer Presidente, el eximio jurista académico doctor Manuel Obarrio, al descubrir en esta casa su retrato, copia del óleo de Antonio Alice que luce en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La Academia reconoce al señor Decano, doctor Atilio Alterini, la gentileza que lo posibilitó.

Señor académico doctor Tau Anzoátegui: Muchas gracias por su excelente Estudio, que ha motivado el acto que hoy nos reúne y que, sin duda alguna, revestirá una importancia que trascenderá de nuestra Corporación.

# LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES. SU CREACIÓN

POR VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (\*)

Los últimos presidentes, doctores Horacio A. García Belsunce y Alberto Rodríguez Galán, interesados en determinar cuál fue la fecha de la fundación de la Academia, me encomendaron dilucidar esa cuestión. Para esto era preciso revisar un antiguo dictamen y resolución del cuerpo a la luz de documentos indubitables que indicaban con precisión el 7 de octubre de 1908 como fecha de fundación de esta Academia.

Un acto fundacional de esta naturaleza reconoce la existencia de elementos provenientes de la organización anterior, como lo han destacado en sus opiniones algunos académicos. Así lo son en nuestro caso, la calidad de miembros vitalicios que poseían los académicos que gobernaban la Facultad, el propio ámbito físico e intelectual y de modo concreto, el hecho que el grupo fundador de los nueve lo integraban miembros académicos de la Facultad que cesaban en su función de gobierno. No es dato menor que uno de ellos, el doctor Manuel Obarrio, que pertenecía a la generación de juristas de 1880 y encabezara ya en 1874 la nómina de académicos designados para el gobierno de la Facultad de Derecho fuese elegido en 1910 como el primer presidente titular de nuestra Academia. Son elementos que hay que tener en cuenta. Pero en realidad no aparece en los documentos fundacionales ninguna referencia a actividades de nivel científico, a tertulias de juristas u otro elemento que permita retrotraer la intención fundadora a una época anterior al año 1908. Cabe distinguir

---

(\*) Palabras del Académico, autor del estudio sobre la fecha de creación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de marzo de 2007.

entonces lo que es el acto constitutivo del 7 de octubre de 1908 de los antecedentes históricos que ayudan a un conocimiento más profundo de aquel momento fundacional, pero no deben confundirse con dicho acto constitutivo.

Los frutos de esta investigación histórico-jurídica, acompañado de la propuesta que surgía de la misma fueron sometidos al plenario académico. Una primera comunicación oral en 2005 y al año siguiente el texto definitivo permitieron que el tratamiento de la cuestión y su definición última estuvieran rodeados de un intercambio de opiniones, dudas y preguntas que ayudaron a reflexionar y a dar forma final al estudio. El Señor Presidente pidió a los académicos que, en lo posible, formularan sus opiniones por escrito y así lo hicieron muchos. Otras opiniones fueron expresadas oralmente, ya en forma pública o en diálogos privados.

He creído pertinente que mi estudio se mantuviera en los mismos términos en que fue escrito originalmente como un informe científico e incluso que conservara el mismo título interrogativo, pues esa fue la pregunta inicial que llevó al desarrollo de la investigación con las características que acabo de explicar. No obstante esa necesaria limitación en su formulación, confié en que su texto incite a otros estudiosos a profundizar en ese momento particular de la vida argentina de comienzos del siglo XX, donde el mundo del saber empieza a abandonar las tertulias intelectuales y de eruditos que se desarrollaban en la intimidad de algunas casonas ilustres, para formalizar la creación oficial o privada, de cátedras, instituciones o modernas academias, en las cuales se agudizaba, ya con criterios profesionales, el saber científico en las ciencias médicas y naturales, y en las humanidades y ciencias sociales. Los juristas de las generaciones de 1880, 1896 y 1910 llevan así adelante una cultura jurídica propia de singular riqueza. Nuestra Academia es hija de este momento histórico.

# EVOCACION DE DON MANUEL OBARRIO

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

Señoras y señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires evoca a su primer presidente titular, don Manuel Obarrio.

Desempeñó la función entre 1910 y 1916, tras lo que fue nombrado presidente honorario.

Por cierto que aceptó los cargos con las cargas, cargas que cumplió plenamente.

Por ello no fueron aquéllas las dos únicas oportunidades en las que la Academia honró a tan relevante miembro, ilustre jurista y destacado hombre público.

Así lo hizo en 1955 cuando se designaron los patronos de los 30 actuales sitiales y se honró uno con su nombre.

Así lo hizo en 1986 con motivo del sesquicentenario de su nacimiento al adherir la Corporación al Homenaje tributado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a uno de sus más antiguos profesores.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente, en la sesión pública de homenaje al doctor Manuel Obarrio, el 22 de marzo de 2007

En tal Homenaje, la Academia estuvo representada por el señor académico José D. Ray, hoy aquí, por ser titular del sitial cuyo patrono es don Manuel Obarrio.

El enjundioso trabajo de don José D. Ray abarcó todos los aspectos del prolífico hacer de su patrono académico.

Su vida, sus estudios, sus funciones públicas, su labor como jurista en los campos del derecho penal, comercial y marítimo y en el campo académico, su enfoque como decano de la Facultad de Derecho sobre la finalidad de los estudios universitarios, su visión sobre la abogacía y el agradecimiento emocionado de quienes tuvieron el privilegio de ser sus alumnos a lo largo de sus 33 años de cátedra.

También en 1986 el señor académico don Jorge R. Vanossi rindió homenaje a don Manuel Obarrio en la Honorable Cámara de Diputados, recordando minuciosamente todas sus actividades y resaltando el reconocimiento debido al mismo por su producción científica, sus importantes aportes a la Ciencia del Derecho y además por su actuación política, legislativa y universitaria.

Los antecedentes señalados y, por cierto, los valiosos aportes de los señores académicos don José D. Ray y don Jorge R. Vanossi han inspirado mucho de lo que diré.

Obarrio, nacido en 1836 y fallecido en 1918, vivió las hondas transformaciones de la sociedad argentina y del mundo ocurridas desde los fines de la primera mitad del siglo XIX hasta las primeras décadas del siglo XX.

Sus primeros años pasaron bajo la égida de la Confederación de sesgo tradicionalista.

De sus primeros años quedó una formación en la que perseveró no obstante la prevalencia posterior de otras ideas.

De sus primeros años quedaron resabios cuando tiempos después militó en las filas del autonomismo bonaerense sin ser separatista como señaló Estanislao Zeballos a raíz de su fallecimiento y más tarde en el radicalismo de Leandro N. Alem y de Hipólito Yrigoyen.

En 1850 ingresó a la Universidad de Buenos Aires para estudiar filosofía y en 1852, ocurridos Caseros y la secesión de Buenos Aires, inició su carrera de derecho que culminó en 1857 con el grado de doctor en jurisprudencia, tesis mediante, con apenas veinte años.

Tras ello hizo los cursos de práctica forense y rindió a mediados de 1859 examen con éxito ante el Tribunal Superior de Justicia, lo que era imprescindible en esos tiempos para ejercer la abogacía pues la Universidad tenía funciones exclusivamente académicas, daba un título académico pero no habilitaba el ejercicio profesional tal como es hoy suele ser en el derecho europeo y en el norteamericano.

Graduado de doctor en 1857 y habilitado como abogado en 1859 fue tal su lucimiento en ambas empresas que en plena juventud a los 23 años fue nombrado a instancias de Félix Frías, Marcelino Ugarte y Luis Sáenz Peña secretario de la Convención del Estado de Buenos Aires celebrada en 1860 para revisar la Constitución de 1853 conforme al Pacto de San José de Flores de lo que resultó la reincorporación de Buenos Aires a la República.

Comenzó así Obarrio a servir al país y lo continuó sirviendo como legislador, juez y catedrático.

En 1872 fue designado profesor de Derecho Penal y Comercial en la Universidad encauzándose en la actividad académica de investigación y enseñanza de la ciencia del derecho.

Su labor jurídica en los campos de los Derechos Comercial y Penal tomó vuelo.

Para citar sólo algunas de sus obras mencionaremos su “Curso de Derecho Comercial” en el que señala como tema fundamental el de la quiebra, tal como hoy ocurre, y su “Curso de Derecho Penal” en el que sustenta la responsabilidad penal en la libertad moral frente a doctrinas que niegan tal libertad moral, también tal como hoy sucede.

Como bien se ha dicho: Para novedades, los clásicos.

También es notable su autoría del Proyecto de Código Procesal Criminal de la provincia de Buenos Aires devenido en un Código que duró un siglo.

Simultáneamente se fueron produciendo importantes cambios en el mundo académico.

En 1872 la función de la Universidad dejó de ser exclusivamente el estudio y la enseñanza como ciencia e incluyó la expedición de títulos habilitantes para el ejercicio de la profesión como ser el de abogado.

El proceso que llevó al cambio antedicho continuó con conflictos en la Facultad de Medicina y en el Departamento de Jurisprudencia.

Por ello, un decreto provincial en 1874 reorganizó la Universidad disponiendo que cada Facultad se compondría de miembros académicos y de miembros honorarios siendo los miembros académicos los que ejercerían el gobierno de la casa.

En tal oportunidad Manuel Obarrio mereció la alta distinción de ser nombrado miembro académico de la Facultad de Derecho.

Mientras la Universidad continuaba con sus actividades y en la Facultad de Derecho con brillo.

Para apreciar la importancia de ser tanto miembro académico como es el caso de Obarrio como miembro honorario cabe recordar que en 1885 fue nombrado académico honorario Bartolomé Mitre por sus aportes a las ciencias jurídicas y al derecho constitucional y administrativo, hoy patrono de un sitio en esta corporación.

A la vez Obarrio proseguía su rutilante carrera y en 1905 fue nombrado miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Empero el país había cambiado, en el 1900 ya no era él de 1870.

Ya en el 1900 Obarrio como Decano de la Facultad de Derecho había advertido que la enseñanza de la disciplina estaba estacionada y propuesto que se diferenciara la enseñanza profesional de la científica por corresponder esta última a la función institucional de las universidades no limitada a la formación de profesionales.

En la Universidad – como enseña el acabado estudio de don Víctor Tau Anzoátegui sobre la creación de la Academia – turbulentos episodios en la Facultad de Derecho en 1903 y 1904 y en la de Medicina en 1905 y 1906 motivados por la pretensión de los profesores de ser incorporados al gobierno en detrimento de los académicos vitalicios, llevaron a que por decreto del Presidente Figueroa Alcorta de 1906 se modificaran los estatutos.



Por cierto que estas turbulencias tenían por marco el ocaso de la era de Julio Roca y el reclamo de una renovación política encabezada por la Unión Cívica Radical una de cuyas manifestaciones fue la revolución de 1905.

La reestructuración de los estatutos dispuso que el gobierno de la Universidad pasara a un Consejo Directivo integrado por los profesores de la casa y que cada Facultad tuviese una corporación denominada Academia de la Facultad que se daría sus estatutos integrada por 25 miembros vitalicios elegidos por el mismo cuerpo.

Así se crea un ente la Academia distinto de la Universidad pero ello no significó que la Universidad quedara desligada de la actividad académica pues ayer como hoy sigue otorgando el grado de Doctor actualmente presupuesto indispensable para la incorporación a esta Academia.

De conformidad al decreto de 1906 en octubre de 1908 se reunieron 11 académicos y entre ellos Manuel Obarrio para constituir la Academia de la Facultad de Derecho, nombraron presidente provisorio de la entidad al decano de la Facultad de Derecho don Wenceslao Escalante por estar pendiente la aprobación del reglamento interno.

En 1910 el entonces Decano la Facultad de Derecho Eduardo L. Bidau se dirigió a Manuel Obarrio el más antiguo académico perteneciente al régimen anterior invitándolo a que citara la Academia para elegir sus autoridades e integrar por nombramiento el total de 25 miembros que la componían.

Así se hizo, como al inicio se recordó, y fue elegido el primer presidente titular de la Academia Manuel Obarrio.

Su presidencia fue una presidencia de fuste, una presidencia fundacional en su prístino sentido.

Ello, durante una época compleja dadas las profundas mutaciones ocurridas en la sociedad argentina ante las primeras magistraturas de Roque Sáenz Peña, de Victorino de la Plaza y el nuevo régimen electoral a la par que en el mundo estallaba la Gran Guerra.

Por los frutos los conoceréis.

Como uno de los frutos de la presidencia de Manuel Obarrio cabe destacar el ingreso a la Academia de Carlos Octavio Bunge una personalidad

brillante quien con acierto fue designado secretario lo que redundó en la persistente actividad del cuerpo no obstante las dificultades antes señaladas.

Personalidad brillante cuya vida se tronchó hartó temprano.

Bunge se incorporó a la Academia en un acto que marcó el inicio de los discursos de incorporación.

En su disertación Bunge abordó como tema “La actual crisis de los estudios jurídicos” en el que hay resonancias de las ideas expuestas por Obarrio en su ya recordado discurso de 1900 sobre el tema.

Otro de los frutos de la presidencia de Manuel Obarrio fue la incorporación de otra personalidad no menos relevante: Rodolfo Rivarola, hoy patrono de un sitial.

Rivarola en su discurso de incorporación elogió a José Manuel Estrada a quien llamó “el maestro de la Ciencia Política Argentina”, hoy también patrono de un sitial en esta casa que supo defender sus ideas con altura sin claudicar en una época adversa.

En 1916 la República cambiaba con la ascensión de Hipólito Yrigoyen a la primera magistratura y con las repercusiones de la Gran Guerra.

En 1916 don Manuel Obarrio cumplió ochenta años y consideró cumplida su misión académica en un mundo muy diferente de aquél en que había nacido.

Terminadas sus funciones como presidente titular la Academia le otorgó la distinción máxima de Presidente Honorario.

Dos años después, en 1918 falleció.

Recibió el homenaje de la ciudadanía y un decreto de honores del Presidente Yrigoyen.

Manuel Obarrio cultivó la virtud de la bonhomía que es una manifestación del amor al prójimo y tuvo el don de entender su destino ante profundos cambios brindando al país su mejor talento mediante el estudio y la aplicación del arte del derecho que es el arte de lo bueno y de lo justo.

---

Fue un varón probo y un maestro ejemplar de la vida y del derecho, que aquí enseñó.

Hoy la Academia, a iniciativa del anterior presidente, don Alberto Rodríguez Galán, engalana su sede con el retrato del prohombre.

Cabe aquí decir lo que dijo la Academia Francesa de Molière en parecida circunstancia.

Nada faltaba a su gloria.  
El faltaba a la nuestra.

Buenos Aires, 30 de mayo de 2007

VISTO que el día 30 de mayo ha fallecido el académico titular doctor Julio César Cueto Rúa,

CONSIDERANDO que el doctor Julio César Cueto Rúa ha sido académico titular desde el año 1981 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del jueves 31 de mayo, por el que se participa el fallecimiento del doctor Julio César Cueto Rúa.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia y una ofrenda floral.

ARTÍCULO 3°. Asumir la representación de la Academia en la ceremonia del sepelio.

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor Julio César Cueto Rúa en la primera sesión privada a realizarse el día 14 de junio de 2007.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Santos Cifuentes  
Académico Secretario

Julio César Otaegui  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 3/2007

# DOCTOR JULIO CÉSAR CUETO RÚA

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

Don Julio César Cueto Rúa fue un maestro del derecho, del *ars boni et aequi*, que enriqueció a nuestra ciencia jurídica y por ende enalteció al país.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Master of Law en Derecho Comparado graduado *summa cum laude* en la Southern Methodist University de Dallas, Texas, miembro de la Academia Nacional de Ciencias Económicas cuya presidencia ejerció y miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, fue un jurista que sobresalió en las tres cargas propias de tal condición: enseñar, investigar y publicar.

Un escorzo de su trayectoria y de su pensamiento jurídico está plasmado en los discursos de recepción y de incorporación de 1981 cuando en plena madurez Cueto Rúa ingresó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos.

Conceptos de dichos discursos, el de recepción del señor académico José Domingo Ray y el de incorporación a cargo del recipiendario, merecen ser aquí recordados.

El maestro Cueto Rúa cumplió acabadamente la carga de enseñar.

---

(\*) Palabras pronunciadas por el Académico Presidente, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto de sepelio en Jardín de Paz, el día 31 de mayo de 2007.

Enseñó en nuestras universidades de La Plata y Buenos Aires que lo honraron como profesor emérito.

Enseñó en la de Louisiana, State University de Louisiana y en la Southern Methodist University de Texas.

Enseñó a estudiantes de abogacía, a graduados e inclusive a jueces entre los que su obra “Judicial Methods of Interpretation of the Law” tuvo notable repercusión.

Enseñó no sólo las reglas codificadas del *jus civilis* o los precedentes judiciales del *common law* sino además como deben interpretarse las mismas según el caso sea en el ejercicio de la abogacía para aconsejar rectamente, sea en el desempeño de la judicatura para juzgar o del arbitraje para laudar justamente.

En este último aspecto corresponde resaltar su actuación como árbitro o como letrado ante el Tribunal Arbitral de la Cámara Internacional de Comercio de París, de la American Arbitration Association y de UNCITRAL así como su decidido apoyo a la mediación.

El maestro Cueto Rúa satisfizo plenamente la carga de investigar.

Investigó sobre la teoría general del derecho a la que brindó sustanciales aportes.

Lo hizo con una sólida formación no exclusivamente jurídica sino también filosófica y económica, ya se dijo presidió la Academia Nacional de Ciencias Económicas, y además con una amplia visión comparatista, campo en él que fue presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado a la que brindó el conocimiento y la experiencia ganados en el Estado de Louisiana donde confluyen el *Code Civil*, en cuya reforma participó, y el *common law*.

En sus trabajos sobre la teoría general del derecho abordó la ardua cuestión de las fuentes del mismo que estimó consisten en un criterio de objetividad adecuado para dirimir conflictos o escoger conductas, criterios que por tal objetividad faciliten el entendimiento colectivo.

El maestro Cueto Rúa consumó perfectamente la carga de publicar.

Cabe recordar cuatro obras señeras dentro de su copiosa producción.

Dichas obras son “El Common Law” de 1957, “Fuentes del Derecho” de 1961, la ya citada “Judicial Methods of interpretation of the Law” de 1981 y “Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados” de 1999.

El Maestro Cueto Rúa jurisperito probo dejó el legado de una obra completa que merece el agradecimiento y el homenaje de la comunidad jurídica.

Buenos Aires, 6 de marzo de 2007

VISTO que el día 4 de marzo ha fallecido el académico titular doctor Federico N. Videla Escalada,

CONSIDERANDO que el doctor Federico N. Videla Escalada ha sido académico titular desde el año 1972 y presidente en el período 1989-1992, que ha prestigiado a esta Academia con su nombre, como antes lo hizo con la cátedra, y reconocido como civilista laureado y de los primeros estudiosos del Derecho Aeronáutico entre nosotros,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en los diarios La Nación y Clarín del miércoles 7 de marzo, por el que se participa el fallecimiento del doctor Federico N. Videla Escalada.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Federico N. Videla Escalada en la primera sesión privada a realizarse el día 12 de abril de 2007.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Juan Carlos Cassagne  
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 1/2007



# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

La Academia hoy se honra honrando la memoria de don Federico Nicolás Videla Escalada académico descollante que sobresalió tanto en el añejo Derecho Civil legado por Roma como en el novísimo Derecho Aeronáutico hijo de nuestro tiempo.

Su personalidad como jurista será evocada por el señor Académico doctor José Domingo Ray director del Instituto de Derecho de la Navegación de la Academia y por sobre ello amigo de siempre.

Su labor en el campo del derecho civil será abordada por el señor académico doctor Santos Cifuentes director del Instituto de Derecho Civil de la Academia.

Su obra en materia de derecho aeronáutico será expuesta por el doctor Eduardo Cosentino miembro del Instituto del Derecho de la Navegación de la Academia.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto de homenaje al doctor Federico N. Videla Escalada, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y sus Institutos de Derecho Civil y de la Navegación, en la sesión pública del 28 de junio de 2007.



# HOMENAJE AL ACADEMICO FEDERICO N. VIDELA ESCALADA

POR JOSÉ D. RAY (\*)

I.- Con el acto de hoy cumplimos con una tradición en esta Academia: evocar a un maestro del derecho, no sólo como un merecido homenaje, sino porque al destacar su personalidad y su obra, se brinda un ejemplo para los jóvenes.

En los momentos críticos que estamos viviendo, reconforta exponer el perfil de hombres como Federico Videla Escalada que se brindaron a la República, pensando en ella, al margen de todo beneficio personal.

II.- A su formación espiritual y sus condiciones intelectuales cabe agregar como nota esencial la virtud de señalar lo bueno de cada uno y silenciar los defectos que en mayor o en menor grado todos tenemos.

En sus actos exteriorizaba la afabilidad, modestia y hombría de bien que conformaban su personalidad.

Tuve oportunidad de conocerlo y valorar esos atributos desde los años de estudiante y luego, en el ejercicio de la docencia, de la abogacía y, en especial, en actos importantes de mi vida.

III.- Muchas fueron las distinciones que recibió en su juventud, desde la medalla de oro al concluir el bachillerato en el Colegio del Salvador, el diploma de honor al graduarse de abogado y en el curso de la carrera al merecer el Premio de la Institución Mitre por un trabajo, en colaboración, sobre el fundamento institucional del Derecho de Gentes.

---

(\*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje al doctor Federico N. Videla Escalada, el 28 de junio de 2007.

IV.- 4.- Fue un hombre de pensamiento liberal que animado de una profunda y auténtica fe cristiana y cívica militó entre los fundadores de la Democracia Cristiana, apartándose cuando consideró que la actuación del partido no era la acertada.

Por su vocación de servicio aceptó en 1976 formar parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo que resignó -según sus palabras- para dedicarse con intensidad a la docencia e investigación.

V.- Su pensamiento como civilista y su obra en esta materia y en el campo del derecho aeronáutico la pondrán de manifiesto, con su autoridad, los Dres. Cifuentes y Cosentino. Pero no puedo dejar de recordar nuestra Comunicación en esta Academia sobre “La frustración del contrato y la teoría de la causa como elemento esencial del mismo” y las clases a las que me invitaba en su excelente Curso de Derecho Civil de Post-grado en la Facultad de la Universidad de Buenos Aires.

VI.- Ejerció la docencia con intensidad y culminó su carrera universitaria como profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, a la par que prestigió los cargos que ocupó en las Universidades de La Plata, en la Católica y en la del Salvador. En esta última fue designado Decano de la Facultad de Derecho.

Es importante señalar el reconocimiento que siempre obtuvo de las generaciones de abogados que fueron sus alumnos y debo destacar un hecho del que fui testigo cuando, en el año 1962, formábamos parte del Consejo Directivo de la Facultad y la delegación estudiantil le solicitó que aceptara la designación como Decano. El declinó el ofrecimiento por entender que le correspondía a un querido amigo y titular de la cátedra de derecho civil en que se había iniciado.

VII.- Por sus reconocidos méritos fue designado miembro de número de esta Academia en la que después de ser Secretario le correspondió presidirla en el período de 1989 hasta 1992.

Pronunció el discurso de recepción, en nombre de la Corporación el siempre recordado y querido amigo José María López Olaciregui, quien dijo: “me unen 40 largos años de amistad” y “si hemos de destacar los rasgos dominantes de la personalidad de Videla Escalada hemos de subrayar: inteligencia clara y simplificadora, entusiasmo, dinamismo y capacidad de trabajo casi increíbles, sencillez, generosidad para juzgar los

méritos ajenos y bondad para disimular las culpas o fallas de los demás, equilibrio al adoptar decisiones trascendentes”. Y agregó: No son palabras virtuales en un discurso de elogio: son calificaciones meditadas que le adjudico tras conocerlo tan largamente y que estoy seguro que comparan los aquí presentes -y debo decir- que también estarán de acuerdo todos los que lo conocieron.

Videla en su discurso de incorporación se refirió al patrono del sillón que le correspondía ocupar, sucediendo al Dr. Carlos Malagarriga. Y lo hizo afirmando que José Manuel Estrada era para él quien reviste mayores condiciones para constituirse en modelo ideal, por su autenticidad, por su generosidad, por su sentido de entrega y de servicio y por su elevado concepto del hombre a quien siempre vio como una maravillosa obra de Dios.

Coincidencia: porque esas virtudes que atribuía a Estrada podemos afirmar que caracterizaron el accionar vital de Videla Escalada.

En ese discurso de incorporación pronunciado el 23 de Octubre de 1973, titulado “Tiempo de Derecho”, Videla afirmaba que el hombre no puede prescindir del derecho y respondiendo a su formación tomista exaltaba la exigencia de estar al servicio del bien común, sobre todo porque esas reflexiones se imponían en el momento histórico en que las formulaba, un momento de características particulares que guardan alguna similitud con las actuales.

VIII.- Horacio García Belsunce, al rendir homenaje a los ex Presidentes de esta Corporación, después de ponderar su persona, se refirió a los numerosos testimonios que había dejado durante su presidencia y de entre ellos destaco los referentes al Proyecto de unificación de la legislación, civil y comercial y al de la reforma de la Constitución Nacional que luego se consagró en el año 1994.

IX.- En 1986 recibió el Konex de platino como “el civilista más destacado en los últimos diez años” y, en 1995, fue merecedor del Premio que otorgaba cada quinquenio la Fundación Bunge y Born a la personalidad que más se hubiera distinguido por su labor científica en el campo del derecho y ciencias sociales.

X.- Con motivo de la entrega del premio que le adjudicó la Comisión Nacional de la Manzana de las Luces y la Cámara Argentina de Anuncian-

tes tuve el gusto de presentarlo, refiriéndome a su persona y a su obra desde la juventud hasta ser reconocido en 1995 -según he dicho- como “el jurista más destacado por su labor científica de los últimos años”.

Después de sus expresiones de gratitud por la distinción acordada, Videla Escalada expuso unas reflexiones sobre un tema de interés general que le preocupaba, el problema de la corrupción y la revalorización de la ética como instrumento apto para combatirla.

Es oportuno recordar hoy sus palabras porque si diez años atrás se podía hablar de una sociedad transgresora, hoy la situación es mucho más grave.

“En todo fenómeno de corrupción -decía- hay siempre la violación de alguna norma y también hay siempre una ofensa a la ética, de manera tal que puede afirmarse con verdad que hay un auténtico enfrentamiento, un conflicto fundamental entre la corrupción y la ética y por eso considero que la revalorización de las normas éticas es un instrumento decisivo para enfrentar a dicho flagelo.”

La Etica contiene las reglas jurídicas, morales y religiosas que entendía eran lo apto para combatir la corrupción. Y a ese efecto, esas normas deben ser no sólo aplicadas, sino sentidas y vividas con convicción y fe en su valor y permitiendo plantear un futuro favorable, sintetizado en la frase: “Etica versus corrupción”.

XI.- El imperativo del tiempo me impone poner fin a esta evocación y puedo decir que fue un privilegio gozar de la amistad de Federico Videla Escalada y de su Señora María Bullrich, con quien formó una familia que hoy nos acompaña, a quien van dirigidas estas palabras.

Videla Escalada integra la galería de juristas de primer nivel de la Argentina pero, por sobre todo, y con emoción debo destacar que nos brindó siempre su apoyo, su consejo y que respondiendo a su formación espiritual su vida estuvo signada por el amor al prójimo y cabe recordarlo como paradigma de este precepto cristiano.

# HOMENAJE AL ACADEMICO DOCTOR FEDERICO N. VIDELA ESCALADA

POR SANTOS CIFUENTES (\*)

Escribí en el diario de la ley del 21 de marzo ppdo., las siguientes palabras que aquí muy parcialmente releo:

“Los recuerdos y la trayectoria vital y profesional de las personas de los quilates del Dr. Federico N. Videla Escalada se agolpan y se abren como racimos de ópimos frutos” (la editorial puso “óptimos”, pero no es lo mismo “abundantes frutos” que fue lo que quise expresar, que muy buenos frutos, que es lo que me hicieron expresar, no obstante que las dos calificaciones se le pueden adjudicar al homenajeado). En verdad abundantes y muy buenos fueron los trabajos que en el derecho civil nos legó. En la cátedra de contratos de la Facultad de Derecho de la UBA, en la que tuve el honor de secundarlo como adjunto y más tarde cuando renunció reemplazarlo como titular, no sólo organizó una obra en colaboración que se llamó precisamente “Contratos, Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico N. Videla Escalada”, en dos tomos, uno editado en 1971 y otro en 1973, sino que también escribió una obra única hasta ahora en su género, “Las Sociedades Civiles”, precedida de un trabajo de investigación de 1963 titulado “Hacia una ley uniforme para las sociedades civiles y comerciales”, ED, 4-1020.

En la citada obra sobre “Contratos” que contó con la colaboración de los Dres. Martín Luis Erdozain, Ana María Stodart de Sasim, José María Gastal-

---

(\*)Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje al doctor Federico N. Videla Escalada, el 28 de junio de 2007.

di, María L. Casas de Chamorro Vanasco, Nelly Alicia Ravenna, Luis Ovsejovich, Manuel Osvaldo Cobas, Elena Crivellari Lamarque de Berasategui y Elena Campanella de Rizzi, aparecen dos elaboraciones suyas de enjundia innegable: la primera una “*Visión General del Contrato*”; la segunda “*La fuerza obligatoria de los contratos después de la reforma del código civil por la ley 17.711*”, conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad, durante el curso de 1971.

En esa visión general del contrato, después de analizar la restringida definición del Código Napoleón de 1804: “convención en la que una persona se obliga hacia otra a dar, hacer o no hacer algo”, y las diversas ampliaciones que los pensadores fueron haciendo, como los que admiten en tales convenciones el distracto, o también, dando un paso más, los actos bilaterales patrimoniales, lo que implica agregar la creación, transferencia y extinción de derecho reales e intelectuales como admitían los juristas italianos, hace una real disección de nuestro amplio art. 1137 que introduce en el concepto a todos los acuerdos de las partes destinados a “reglar sus derechos”, con lo que podría pensarse que son contratos el matrimonio y la adopción, las convenciones de derecho administrativo, los pactos federales y los tratados internacionales, según esa orientación que a Vélez le dio Savigny.

Claro está que en un encuadre sistemático, atendiendo a otras normas del Código como los arts. 1168 y 1169, Videla Escalada demuestra que el contrato tiene una base mínima como acto jurídico bilateral, patrimonial y creador de derecho creditorios. Y por ello da su noción del siguiente modo: “*El contrato es el acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial*”.

Se ocupa en ese estudio de la “*función económica del contrato*”. Es según explica el eje principal o el “motor preponderante” de la vida económica, en tanto la mayoría de las transacciones “cumplidas cotidianamente en el ámbito patrimonial por las personas de la más diversa especie y calidad se lleva a cabo por ese medio”. Pero no es útil sólo para reglar los intereses individuales sino también los de la comunidad. Ahora bien pone el acento en la necesidad de un cierto equilibrio entre las partes para reconocerle fuerza obligatoria al contrato, pues si una de ellas está en condiciones de franca inferioridad, habría motivos para quitarle fuerza obligatoria y la clave de la eficacia del contrato está en esa fuerza obligatoria.

En un acápite de interés relevante, Videla Escalada hace especial referencia al estudio de la “*moral en el contrato*”. Luego de reseñar a los filó-



sofos que se han ocupado de deslindar o no la moral de lo jurídico, sostiene que la “moral abarca a todos los actos del ser humano” y como la causa ilícita o también los actos contrarios a las buenas costumbres están desterrados, la finalidad inmoral del contrato afecta a la esencia misma de la convención, como son los supuestos de “intereses usurarios”, o el contrato de “locación para explotar una casa de juegos prohibidos”, o “la donación entre concubinos para lograr las relaciones inmorales”, por lo que, dijo, la calificación de ilícito debe ser comprendida con sentido amplio y comprensivo, ya que engloba tanto lo prohibido como lo inmoral.

Es particularmente importante el “*recorrido histórico*” que hace del contrato, desde Roma con el formalismo imperante, las figuras tipos (*do ut des, do ut facio, facio ut des y facio ut facias*), hasta la admisión poco a poco de otras figuras, así como el advenimiento con el tiempo de los “contratos reales” que se concretan con la simple entrega de la cosa, de “los bilaterales” y de los “puramente consensuales”, hasta llegar a los “contratos innominados o atípicos”.

Luego de tal recorrido en que se afirma el predicamento que parecía insustituible del contrato, hace un estudio de la “*crisis del contrato*” en la que ha caído, por ejemplo, en el campo laboral con las “convenciones colectivas de trabajo”; los “contratos por adhesión”, categoría nueva dijo, verdaderos instrumentos ideados para lograr mejores resultados de la institución, y aparecen las defensas que disminuyen su fuerza como la de “la lesión”, la de “la imprevisión”, el acento en la “protección de la buena fe”, la ampliación de la esfera del “enriquecimiento indebido” o del “abuso del derecho”. Todos instrumentos para la protección de la parte débil. Como síntesis nos regala Videla Escalada esta idea: “la crisis del contrato implica, por consiguiente, su humanización”. Precisamente al estudiar la reforma de 1968 en el segundo de esos estudios de 1973, hizo un análisis del art. 1198 y la teoría de la imprevisión, del art. 954 y la teoría de la lesión subjetiva y del ejercicio abusivo de los derechos según art. 1071, sosteniendo que las reformas importaron un esfuerzo para moralizar al contrato y que el derecho proteja al hombre de buena fe y niegue protección al doloso.

En la Academia lucen, entre otros trabajos de importancia en el área del derecho civil, dos que voy a reseñar. El primero una conferencia intitulada “El régimen de las sociedades civiles después de la sanción de las leyes 17.711 y 19.550”, cuando era Académico Secretario en 1977; el segundo una comunicación de octubre de 1982 sobre “Reflexiones sobre la responsabilidad civil del Estado y los funcionarios públicos”.

Acerca de las *sociedades civiles* no está de más recordar que fue el primero y quizá el único jurista que hizo un desarrollo acabado de esa materia. Tan así que su libro de 1962 se convirtió en un clásico, pero al no haberse reeditado es difícil obtener un ejemplar. A pesar de la proliferación de las sociedades comerciales, de la magnitud de los capitales que constituyen su patrimonio, de su preeminencia, las sociedades civiles, decía, no han desaparecido y continúan ocupando un lugar en el tráfico negocial. Siguiendo a Bibiloni mostró las diversas especies que esas sociedades abarcaban, las que tienen por objeto: 1°) constituir derechos reales sobre inmuebles y darlos o tomarlos en locación; 2°) la explotación agrícola, ganadera o forestal; 3°) el ejercicio de profesiones liberales o el trabajo de los artesanos; 4°) los institutos educativos; 5°) la explotación minera, o de aguas comunes, minerales o termales; 6°) todo ramo no incluido entre los actos de comercio.

Luego de demostrar que las sociedades civiles son personas jurídicas, como surge palmariamente del art. 33 del Código, defendió la solución del art. 1713, según el cual los “acreedores de la sociedad son al mismo tiempo acreedores de los socios...”, lo que es justo pues los socios se benefician con los resultados de la entidad y no podrían eludir las deudas contraídas por ella. Por otro lado después de significar la relevancia que implica la exigencia de que la forma en las constitución de las sociedades, sus prórrogas y modificaciones, fueren las escrituras públicas (art.1184, inc.3° c.c.), critica el mantenimiento sin modificar el art. 1662, que establece que el contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público o por instrumento privado, o por correspondencia”. Ante semejante situación y a fin de no tener por inexistente alguno de los textos que rigen, propuso interpretar que todos los contratos de sociedades civiles deben ser hechos en escritura pública y que cuando no se procede acorde con lo ordenado, la entidad reviste el carácter de “sociedad irregular o de hecho”.

El parcial recuerdo de esa comunicación demuestra la sutileza con que Videla Escalada iba desbrozando los problemas que se presentaron y dando soluciones creativas y a la vez eficaces, encontrar la médula del problema y encaminarlo positivamente con el mejor de los resultados posibles.

En la segunda comunicación de 1982 hizo una especie de simbiosis para marcar la confluencia que en el tema de *la responsabilidad civil del Estado* se advertía del derecho administrativo y del derecho civil. Después de señalar la vieja tesis de la irresponsabilidad estatal, en un segundo perío-

do mantiene esa irresponsabilidad pero establece la responsabilidad de los funcionarios cuyas faltas han causado los daños, y el tercero extiende tanto al Estado como a los funcionarios la obligación de resarcir los perjuicios injustamente ocasionados. Siguiendo a Marienhoff la responsabilidad “contractual” del Estado no puede desconocerse, sea contrato regido por el derecho público o privado, por elementales razones de moral y de derecho ello particularmente porque se admite que el particular no tiene acción de cumplimiento efectivo y sólo cabe la consiguiente indemnización ante los poderes exorbitantes del Estado. Tratándose de la responsabilidad extrancontractual, para fundarla acude a la teoría del órgano por los daños que causen los dependientes y representantes en ejercicio de sus funciones.

El basamento de esa responsabilidad para el derecho civil estriba en la culpa, sea in eligiendo, sea in vigilando y para el derecho administrativo en la noción de falta en el servicio. Dijo que cualquiera de los órganos puede engendrar esa responsabilidad, integrados en el Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Inclusive en algunas circunstancias el Estado puede dañar a las personas obrando en actividad legítima y sin culpa, como cuando ocupa temporariamente un bien privado, o hace requisa de elementos en tiempo de guerra u obras públicas que disminuyen el valor de inmuebles de los particulares. No sólo esta basada la solución en la vigencia del estado de derecho sino también en el respeto a las normas propias de la justicia retributiva. Hace un fino análisis al respecto del art. 1112 del Código Civil y de su nota aceptando que la ley consagra la responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos. Hay dos vías: la repetición por el Estado de lo pagado para indemnizar perjuicios sufridos por un damnificado y originados en la conducta culpable de un funcionario y, la segunda, la demanda promovida directamente por la víctima. Es que como adujo Segovia: “La responsabilidad del funcionario público es un dogma del gobierno libre...”.

Los estudios sobre contratos, el libro de sociedades civiles y las comunicaciones en esta Academia de quien fuera Secretario y Presidente muestran la profunda personalidad del homenajeado y su exitosa dedicación al derecho civil, aparte de la muy fundamental creación, porque, como ha dicho el Dr. Ray, a él se debe el Derecho Aeronáutico.



# HOMENAJE A FEDERICO VIDELA ESCALADA

POR EDUARDO T. COSENTINO (\*)

El mundo del derecho ha seguido ansiosamente un largo proceso y su lenta agonía, como si sintiera librar una batalla contra el destino, en la que estaba comprometido uno de los más nobles y preclaros juristas del país.

Y cuando sonó la hora, en la que cayó vencido por fuerzas superiores, las frentes se inclinaron con la dolorosa sensación de una batalla perdida.

La aviación toda se detuvo enlutada en el espacio, en homenaje a uno de sus supremos arquitectos jurídicos, cuya obra se irradió en el amplio campo de la comunidad aeronáutica mundial.

*Transcurría el año 1948.* Europa, devastada por la guerra, se recuperaba aceleradamente y comenzó a construir penosamente la paz.

La actividad aeronáutica abandonó, entonces, las cuestiones de “seguridad” y se concentró en la formación de una fuerza, al decir de la Convención de Chicago de 1944, capaz de conservar la amistad y el entendimiento entre las naciones que componen el orden internacional.

Así fue como, en una amplia percepción de la realidad económica, Federico Videla Escalada, desarrolló en su juventud su tesis universitaria que la calificó como “Derecho Aeronáutico, rama autónoma de las Ciencias Jurídicas”.

---

(\*)Disertación del Miembro del Instituto de Derecho de la Navegación, en la sesión pública de homenaje al doctor Federico N. Videla Escalada, el 28 de junio de 2007.

José María López Olaciregui, en el acto de su incorporación a la “Academia”, manifestó que en su obra de juventud operó con un gran rigor lógico, para proclamar sin exorbitarlo el grado de originalidad que caracteriza al derecho aeronáutico y a la vez el límite de relativa independencia que esa originalidad puede determinar.

Desde esta perspectiva evaluó que los episodios de la vida social que conforman situaciones específicas reclaman regulaciones peculiares, que, perteneciendo al ámbito del “tronco sustancial del derecho”, deben estructurarse en una unidad sistemática, orgánica e independiente. Bajo tales condiciones *construye la “autonomía” sobre un análisis empírico del orden institucional*, que basando la sustancia del derecho común, ha conformado, sustentándose en la “novedad de la materia”, y en un todo orgánico, que se integra y se distingue de las otras ramas de las ciencias jurídicas.

La autonomía, reconoce su manifestación científica y legislativa, la que se plasmó en jurisdicción argentina en el Código de 1954, estructurado por el Dr. Gonzalo García, maestro indiscutible de Federico Videla Escalada, quien lo orientó y acompañó en las fascinantes exploraciones por las sendas desérticas en el plano de la regulación de la actividad aeronáutica.

Este texto, de notable factura para la época, requirió la adaptación a las nuevas modalidades de política aerocomercial, trazadas por el Decreto Ley 12.506/56, y un ajuste frente a las aceleradas mutaciones sufridas por las condiciones de la aeronavegación comercial, las que asumieron un carácter sustancialmente más competitivo.

Desde esta perspectiva, es que se formó una Comisión Revisora, integrada por los Dres. Héctor Perucchi, Néstor Errecart y la calificada participación de Federico Videla Escalada, cuya gravitación se pone de manifiesto en la renovación de las múltiples instituciones que fueron plasmadas en el nuevo Código Aeronáutico vigente sancionado en Marzo de 1967.

En sus aspectos más significativos, y bajo el influjo de su pensamiento, se incorporó una regulación en materia de aeronáutica comercial, destinada a estimular la apertura de los mercados, permitiendo la participación de la actividad privada en la prestación de los servicios aéreos tanto internos como internacionales, sistema que le confirió un impulso sustancial a la aviación comercial en nuestro país.

Como instrumento esencial, se recurrió a un sistema contractual que facilitara la utilización y renovación de aeronaves, basado en la construcción doctrinaria de Videla Escalada, la que se manifestó en las figuras centrales de la locación y el fletamento.

Y dentro de esta línea, incorporó la fórmula del régimen de la locación venta, de origen anglosajón, establecida en el Convenio de Ginebra de 1948, y encuadrada dentro de nuestro ordenamiento bajo la figura de venta bajo condición suspensiva en el orden internacional y condición resolutive en el orden interno.

En el plano de la responsabilidad, insertó en la reforma un sistema de los Tratados Multilaterales en vigor, bajo la firme dirección de Videla Escalada en el ámbito de la teoría general de la reparación de los daños ocasionados a los usuarios y a terceros en la superficie.

Pero quizás, la verdadera trascendencia de su obra se consagró a partir de 1968, en la publicación de un trabajo que fue titulado con su modestia de siempre como “Derecho Aeronáutico”, el que en su contenido auténtico se constituyó en un verdadero “Tratado” sobre la materia.

Su desarrollo abarcó cinco tomos, el último de los cuales se publicó en 1976, alcanzando una rápida difusión y gravitación en la esfera del mundo jurídico y aeronáutico.

La riqueza desplegada en su seno pone de manifiesto aspectos significativos tales como su *estructura metodológica*, su *creatividad* y una *profunda erudición que sustentó el desarrollo de la obra*.

Manteniendo el difícil equilibrio entre el derecho público y el privado, el plano de la obra se desenvuelve con un orden metódico, relacionando las diferentes instituciones mediante una consideración sistemática que concilia armónicamente la perspectiva jurídica con el análisis de los distintos elementos que conforman la aeronavegación en sus distintas manifestaciones.

Desde esta perspectiva penetró en el régimen normativo del Espacio Aéreo, enfrentando la prolongación de la soberanía de los Estados sobre este ámbito, como el equilibrio del derecho de dominio del superficiario y los intereses generales comprometidos en el impulso a la actividad aeronáutica.

De manera complementaria se aborda, en el segundo tomo, la aeronave en su relación con el Estado y su asignación de matrícula, y los distintos

aspectos que atañen a la aeronave como objeto de derechos, vale decir, los modos de adquisición del dominio y las diferentes alternativas de los derechos de garantía.

Al propio tiempo, un capítulo esencial está constituido por su aporte a la teoría general del contrato, plasmado en el régimen de utilización de las aeronaves, y las distintas modalidades que admiten los contratos de transporte aéreo.

Estas diferentes facetas normativas culminan en el sistema de resarcimiento por daños ocasionados a pasajeros, equipajes y carga y daños a terceros en la superficie, con su complemento necesario consistente en el régimen de seguros constituido a favor de los usuarios.

La amplitud y extensión de la obra constituye una fuente de consulta profesional, una herramienta de alto valor universitario y académico, habiendo gravitado en el pensamiento jurídico aeronáutico hispanoamericano y penetrado en el ámbito del derecho anglosajón.

La confrontación de las formas institucionales del derecho común, con los rasgos peculiares de la realidad aerocomercial, ha sido resuelto en forma imaginativa y creadora, mediante marcos normativos que concilian en un ordenamiento racional con la expansión y el desenvolvimiento de la actividad aerocomercial.

La obra en su conjunto refleja una notable erudición, respaldada en una amplia bibliografía nacional y extranjera, y una doctrina judicial que la orientación que le ha impreso el Tribunal a las nuevas reglas que rigen las condiciones propias del transporte aéreo.

En suma, se trata de cinco volúmenes que constituyen un sólido tratado que *consolida* de manera rigurosa, metódica y orgánica la estructura sustancial del régimen que rige la aviación civil tanto interna como internacional.

Federico Videla Escalada ha sido un auténtico maestro.

Maestro en su comportamiento ético, el que se nutría de su amor al prójimo y su defensa del interés general.

Maestro en el pensar, bajo el influjo de su talento la precisión de su dialéctica y la riqueza de su cultura universal.



Maestro del derecho, con un pensamiento orientado hacia el punto lejano e infinito de la Justicia.

William Shakespeare puso en boca de Marco Antonio frente al cadáver de Julio César, que: “El bien que los hombres hacen en la tierra queda muchas veces sepultado con sus huesos”.

Pero no: en los claustros de la Universidad del Salvador y la Universidad de Buenos Aires resonará por siempre su voz, y cuando los estudiantes levanten su mirada hacia el pasado, reconocerán de forma imperecedera la grandeza de uno de los más notables juristas de la patria.

Buenos Aires, 10 de setiembre de 2007

VISTO que el día 7 de setiembre ha fallecido el académico titular doctor Antonio Vázquez Vialard,

CONSIDERANDO que el doctor Antonio Vázquez Vialard ha sido académico titular desde el año 1990 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del martes 11 de setiembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Antonio Vázquez Vialard.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Antonio Vázquez Vialard en la primera sesión privada a realizarse el día 27 de setiembre de 2007.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Santos Cifuentes  
Académico Secretario

Julio César Otaegui  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 5/2007

# DOCTOR ANTONIO VAZQUEZ VIALARD

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

Señora académica.

Señores académicos.

Entiendo que corresponde iniciar esta sesión con un homenaje al señor académico don Antonio Vázquez Vialard fallecido el 7 de setiembre último, lo que someto a vuestra consideración

El 10 de setiembre concurrí con el señor académico don Alberto Rodríguez Galán a la misa de cuerpo presente celebrada en la Basílica del Santísimo Sacramento Parroquia de Nuestra Señora de Guadalupe, misa que congregó a una numerosa concurrencia.

En la misma también se hizo presente el señor académico don Horacio A. García Belsunce.

Durante la misa, a más de otros oradores, tuve la oportunidad de manifestar que en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires como Presidente de la misma y asimismo en nombre personal de sus integrantes entre los que me incluía, rendía homenaje a don Antonio Vázquez Vialard por su actuación como académico, como jurista y como juez.

Como académico manifesté que había prestigiado el sitial Juan Bibiloni con aportes doctrinarios de gran profundidad y con esclarecedoras intervenciones en las sesiones privadas del Cuerpo.

---

(1) Palabras pronunciadas por el Académico Presidente, en la sesión privada del 27 de setiembre de 2007.

Como jurista dije que había iluminado la legislación laboral y de seguridad social con la doctrina social de la Iglesia, con la que estaba consustanciado.

Como juez señalé que había sabido aplicar el arte del derecho al servicio de lo bueno y de lo justo.

A título personal y en nombre de sus amigos expresé que rogaba que su alma estuviera en la Gloria ante Dios Nuestro Señor y que sus cenizas descansaran en paz hasta la hora de la resurrección.

Aquí y ahora agrego que sus cenizas descansan en la Basílica del Santísimo Sacramento como merecido premio a su vida.

# DOCTOR ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD

POR JAIME LUIS ANAYA (\*)

Por una deferencia de nuestro colega doctor Jorge H. Alterini, la revista La Ley del 20 de setiembre publicó unas líneas que escribí evocando a Antonio Vázquez Vialard. El diario La Nación de 24 ppdo. dedicó una columna con la misma finalidad. La semblanza de nuestro estimado amigo ya quedó realizada. Agregaré hoy, para dejar constancia en esta sesión, que el 5 de julio de 1990 me cupo la satisfacción de acompañar con mi firma la de los académicos Roberto Martínez Ruiz, Lino Enrique Palacio y José Domingo Ray proponiendo a Vázquez Vialard para el sitial Juan Antonio Bibiloni. Con la aceptación de esta iniciativa se incorporó el primer laboralista neto o pleno de esta Academia, como bien lo destacó el doctor Martínez Ruiz al hacer su presentación en el acto de su recepción pública. De sus méritos intelectuales hemos sido testigos a través de sus participaciones y comunicaciones efectuadas en nuestra Corporación, que se sumaron a la cuantiosa obra escrita que aportó al derecho argentino. Jurista, profesor y magistrado, se desempeñó con altura y solvencia en todos los cargos que supo ganar por sus relevantes méritos. De ello se ha dejado debida constancia en las publicaciones que mencioné al iniciar mi exposición. Sólo me resta destacar en esta ocasión los notables perfiles de su espiritualidad y su generosidad. No fue hombre de declamar su amor abstracto por la Humanidad, por mucha mayúscula que la adorne, sino la menos sencilla de amar a su prójimo concreto y cotidiano. No se limitó a la fácil solidaridad de la ayuda material, sino que practicó la difícil caridad de la comprensión, la ayuda, el consejo, la orientación, el apoyo. Lo hizo

---

(\*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión privada del 27 de setiembre de 2007.

con la fuerza y convicción de su fe activa, que lo hizo partícipe y dirigente de instituciones de bien común, como Caritas y la Comisión de Justicia y Paz del Episcopado Argentino. Desde su adhesión a la doctrina social de la Iglesia tuvo como tema asiduo a partir de su misma tesis doctoral, la dignidad del trabajo, su sentido trascendente, el respeto debido a la personalidad, la dimensión que sobre lo formal corresponde atribuir a las relaciones humanas. Por todo ello y en la convicción de que interpreto el sentir de los señores académicos, dejo rendido el merecido homenaje de nuestra Corporación al doctor Antonio Vázquez Vialard.”

# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

En nombre de la Academia anfitriona declaro abierta la sesión pública conjunta de las Academias de la Historia, de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Señor académico presidente de la Academia Nacional de la Historia, doctor César García Belsunce.

Señor académico presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, doctor Gregorio Badeni.

Señor académico vicepresidente de la Academia Nacional de la Historia, doctor Eduardo Martíre.

Señoras y señores académicos.

Señor arquitecto Raúl Rivarola

Señora María José Rivarola, representante de la señora Ana María Luro

Señoras y señores

Hoy tres Academias Nacionales, la de la Historia, la de Ciencias Morales y Políticas y la de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se aúnan en feliz y necesaria coincidencia para honrar a un varón consular de la República: don Rodolfo Rivarola.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto de homenaje conjunto al doctor Rodolfo Rivarola, en la sesión pública del 11 de octubre de 2007.

Durante su larga existencia conoció la Argentina de las presidencias históricas, la Argentina floreciente de 1880, la Argentina cambiante de 1916, la Argentina desconcertada de 1930 y la Argentina de 1940 atónita ante la hecatombe mundial.

Durante su larga existencia y en tiempos tan diversos siempre tuvo por norte las lecciones de la historia, las normas de la moral y los principios del derecho, ciencias que cultivó.

Por eso hoy le rinden homenaje la Academia Nacional de la Historia, mediante el señor académico presidente doctor César García Belsunce, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, mediante el señor académico, doctor Juan Aguirre Lanari, y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, mediante el señor académico ex presidente, doctor Horacio A. García Belsunce.

Doctor César García Belsunce, tiene usted la palabra.



# RIVAROLA, HISTORIADOR

POR CÉSAR A. GARCÍA BELSUNCE (\*)

No es sencillo hablar de Rivarola como historiador. Su verdadera vocación intelectual fue el derecho y la ciencia política. En cierto sentido, Rivarola fue un historiador *malgré lui*. El mismo lo afirmó en el capítulo II de *Del Régimen Federativo al Unitario* al decir:

“No será por esto mi estudio un trabajo histórico, que éste debiera haberle precedido por obra de los historiadores, profesión a que no me es dado aspirar, por varios motivos. A falta de historia hecha por otros, necesitareé hacer yo mismo la parte de historia que es indispensable para mis inducciones de ciencia política” (1).

La historia tiene para Rivarola un sentido instrumental, pero al mismo tiempo es la base cierta, experimental, en la que se asientan las deducciones de sus ciencias preferidas. Pese a no considerarse un historiador profesional, lo que repite en varias ocasiones, fue un intérprete sagaz de los hechos pasados, gracias a su formación filosófica, a su sentido jurídico y a su conocimiento de los mecanismos de la política.

---

(\*)Disertación pronunciada por el Presidente de la Academia Nacional de la Historia en el acto de homenaje conjunto al doctor Rodolfo Rivarola, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de la Historia y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión pública del 11 de octubre de 2007.

(1) Rivarola, Rodolfo, “Ensayos Históricos, Del Régimen Federativo al Unitario”, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1941, p. 24. Todas las citas subsiguientes de las distintas obras de Rivarola se refieren a la paginación de esta edición.

En una época en la que todavía predominaba una concepción causal de los hechos históricos, por adopción exagerada de los criterios de las ciencias experimentales, Rivarola afirmó que todo fenómeno histórico era el resultado de una complejidad de antecedentes causales (2).

Dentro de esta complejidad, señaló la importancia de las “causas sociales más profundas que las derivadas inmediatamente de las pasiones políticas y de los errores e injusticias a que éstas conducen”. Para él, lo que llevó al Tratado de Unión Nacional del 11 de noviembre de 1859 “era la transformación social que se apresuraba y contribuía a imponer la solución política en ambos lados, factor que no figuraría en los tratados y pactos, pero que no podía negarse como uno de los más decisivos del problema.” (3). Y en uno de sus últimos escritos insistirá:

“No bastarán los “acontecimientos” en que aparece el *hombre* y, especialmente, el político en acción, para cargarle con la totalidad de la culpa o de la absolución. Si de un despotismo o de una demagogia se trata habrá un *pueblo*, como realidad en el hecho memorable, de donde lo “memorable” lo será, así se tratase del bien o del mal” (4).

No se trata de una concepción “colectivista” de la historia. Rivarola aclara a continuación que la complejidad causal “no excluye, sino que comprende al hombre. El hombre, en singular, expresa toda la humanidad, el género humano en la totalidad de variedades que se generalizan, con mayor o menor acierto, en la razón” (5).

En *Mitre. Una década de su vida política*, vuelve sobre la complejidad causal de los fenómenos históricos y va más allá, al plantear la incidencia del inconsciente: “De esta complejidad logramos apenas descubrir algunos elementos; otros permanecen desconocidos, y algunos tienen raíces profundas en el misterio de lo inconsciente” (6).

---

(2) MITRE, “Una década de su vida política”, p. 294, y “Problemas de la historia y del historiador”, p. 477.

(3) MITRE ..., p. 377.

(4) “Problemas...”, p. 477.

(5) Loc. cit.

(6) MITRE, p. 293

La importancia del inconsciente, reconocida por los psicólogos de su tiempo, debe destacarse, porque no era muy apreciada entre sus contemporáneos historiadores. También insiste Rivarola sobre la influencia de los sentimientos como causa de la vida política y lo afirma claramente cuando analiza la situación de Buenos Aires en 1850:

“Es ilusión contraria a toda similitud suponer que la ciudad fuera enemiga de Rosas. Los que vivieron y pudieron vivir en ella, cuando otros eran perseguidos y expatriados, no fueron de la misma opinión ni tuvieron los mismos sentimientos contra quien fue, a juicio de los últimos, tirano sangriento”.

Y tras citar los casos de Vélez Sarsfield y de Esteves Sagui, agrega:

“La ciudad no era una víctima que protestara de la tiranía. No la sentía en los últimos años. No siempre el despotismo es tiránico; y aunque lo fuera, hay mucha gente que vive bien bajo la tiranía” (7).

Y tras esta ironía, profundamente realista, remata su argumento con esta sentencia: “No se cambia en un día el sentimiento de la masa popular y menos aun si tiene que elevarse de uno inferior a otro superior” (8). En la misma línea, insistía en la influencia de los factores emocionales como causa del fracaso de la unión entre Buenos Aires y la Confederación: la pasión y sus hijos, el temor y la desconfianza recíproca, provocaron y alimentaron la ruptura entre ambos bandos. Además de los factores individuales y sociales, Rivarola pondera como con-causa la geografía, tanto en sus aspectos físicos como humanos.

Todo este conjunto de factores, que llamaba “complejidad”, contribuye en su opinión a alcanzar mejor el objeto de la historia, que es la verdad sobre el pasado, verdad siempre elusiva, pero Rivarola advierte que el historiador no es un juez del pasado, sino que su misión es explicarlo. Además de esta función primaria, atribuye a la historia una finalidad moral. Al subrayar, en 1936, los aspectos ejemplares de las actuaciones de Mitre y de Urquiza, —teniendo presente no sólo la historiografía combativa del pasado, sino también la aparición de cierto revisionismo iconoclasta— afirma:

“No es bien para un pueblo, ni servicio que se le hace, empequeñecer a sus grandes hombres. Si no los tuviéramos, tendríamos que inventarlos.

---

(7) MITRE, p. 284.

(8) *Ibidem*, p. 286.

Si los tenemos, levantemos en alto su nombre, su figura, su pensamiento y su acción, que si hubiere quienes ambicionaren mayor grandeza y gloria, que suban más arriba, que sean más perfectos, más puros y más nobles, que piensen con mayor rectitud y obren con mayor justicia. También para ellos será justa la posteridad” (9).

Esta idea queda muy clara cuando hace el comentario de la *Historia de Belgrano* de Mitre, donde ve a la moral y la educación marchar de la mano: “La presentación del personaje histórico —dice— fue el más grande ejemplo educativo que pudo ofrecerse al público argentino, como complemento de la obra política iniciada en Caseros y documentada en la Constitución nacional de 1853”.

II. Expuesta la concepción histórica de Rodolfo Rivarola, analizaré cómo la expresó a través de sus principales producciones.

El libro que lo consagró como analista político-constitucional fue *Del Régimen Federativo al Unitario*, que apareció en 1908, se apoya permanentemente en la experiencia histórica del país, por lo que no puedo dejar de considerarlo aquí.

Desde el punto de vista histórico, esta obra no puede leerse sin el complemento del otro trabajo importante de este género de nuestro autor: *Mitre. Una década de su vida política. 1852-1862*, publicado trece años después, y redactada con motivo del centenario del nacimiento del patricio. Detalle nada despreciable, esta obra fue redactada en sólo sesenta días, presentada en la Junta de Historia y Numismática Americana el 25 de junio de 1921 y publicada al día siguiente en la edición extraordinaria del diario *La Nación*.

Pese a tratarse de un ensayo de homenaje al prócer, Rivarola, sin ocultar su simpatía por Mitre —expresada sin ambages en las pp. 282 y 399—, da testimonio de que no ha citado en vano la siguiente frase de Polibio: “Si no sabéis aplaudir a los enemigos y censurar a los amigos cuando lo merezcan, no escribáis” (10).

En su primer libro, Rivarola comienza por diferenciar la *idea federal*, “vaga y absurda vulgarmente recibida”, de la *federación*, “con claras no-

---

(9) *Ibidem*, p. 280.

(10) MITRE..., p. 370.

ciones”, conceptos ambos que encuentra diferenciados en la Convención Constituyente de 1853. Afirma que el “federalismo vulgar” era el de la omnipotencia de los gobiernos de fuerza instalados en cada provincia, que al darse formas constitucionales consagraban la *soberanía e independencia* de cada provincia, mientras que el concepto de la Constituyente del 53 era el de la unión federal de las provincias que integraban la nación soberana. Rivarola asimila el federalismo vulgar al federalismo histórico —el de Bustos es su ejemplo preferido— y lo opone al federalismo teórico de la *Constitución mixta*, como coincidían en llamarla Alberdi y Mitre (11).

En su análisis histórico opone permanentemente las formas constitucionales y las leyes sancionadas, con su práctica real, donde la federación “de claras nociones” se convertía en una “oligarquía regularizada” de gobernadores con una centralización relativa; o sea en las ligas de gobernadores.

No obstante este juicio lapidario, Rivarola reconoce las dificultades reales del momento histórico. “Nada más difícil” —dice en *del Régimen federativo al unitario*— “que crear un sistema de legalidad cuando el que lo intenta ha surgido de una fuente no legal” (12).

En su obra *Mitre*, Rivarola insiste en que la gran dificultad de los autores del Acuerdo de San Nicolás era “crear y cumplir un sistema de legalidad en el gobierno, a partir de la fuente no legal del éxito en un acto de fuerza, que se llamó la victoria de Caseros”. Y agrega inmediatamente que, como la historia no se escribe sólo en términos legales, “Para llegar a la organización constitucional de la República, el acto de fuerza era necesario” (13).

Fue el caso de Urquiza, quien, ante esta falta, debió apoyarse en los gobernadores de las provincias, los mismos que —recuerda Rivarola— antes de Caseros le habían llamado “infame traidor, prostituido al gabinete brasileño” y que noventa días después lo aclamaron como Libertador de la República (14).

---

(11) “Del Régimen ...”, p. 85.

(12) *Ibíd.*, p. 25.

(13) MITRE..., p. 307

(14) Declaración de la legislatura cordobesa del 28 de noviembre de 1851.

Al analizar la crisis que se desarrolla entre mayo y septiembre de 1852, sostiene que no fue una cuestión de ideologías, sino de errores y desconfianzas mutuas, del espíritu de partido “tan asustadizo y vivo”, como dijo Urquiza. Ambos bandos alegaron idénticas aspiraciones y para probarlo Rivarola se remite a las palabras de los protagonistas. Cita primero a Urquiza: “He sido, soy y seré argentino antes que todo... he querido y quiero que formemos una sola familia...”, y luego a Mitre: “Hay un pacto, un derecho, una ley anterior y superior a la Constitución... Hay una nación pre-existente y esa nación es nuestra patria” (15). Y concluye nuestro autor: “El terror a la tiranía produjo el debate en la Sala contra el acuerdo de San Nicolás. El terror de la demagogia, de la anarquía, del desorden [produjo] el empleo de la violencia contra la Legislatura que había opinado libremente (16).

Rivarola vuelve sobre este tema en el segundo libro que aquí analizo, y dice:

“El primer ensayo de gobierno representativo realizado inmediatamente después de Caseros, por voluntad y patriotismo del vencedor, fracasó en las sesiones de junio por obra no de la oposición parlamentaria, sino por obra de la turba irresponsable, violenta y agresiva, como fue siempre la bestia humana llamada multitud”.

Y agrega:

“Si Sarmiento acertó en denominar a los dos elementos de la formación nacional, civilización y barbarie, la civilización estuvo en la Sala de Representantes y la barbarie, que grita “muera”, en la barra, vistiera ésta de chiripá o se compusiera de estudiantes y dependientes de comercio, [por]que la demagogia no tiene uniforme determinado” (17).

Rodolfo Rivarola no hace aquí sino aplicar su tesis de cómo la influencia de los sentimientos —individuales y colectivos— obstruyen los procesos racionales.

III. Se ha dicho que Rivarola es un historiador mitrista. Sin embargo, en estas obras no deja de criticar la proclama de Mitre tras la firma del pacto

---

15) “Del Régimen...”, pp. 51 y 52.

(16) *Ibíd.*, p. 53.

(17) MITRE, p. 313.

de Unión Nacional de noviembre de 1859, en la que encuentra “proposiciones injustas e inconsecuentes con el convenio de unión” firmado cuatro días antes y la invocación de la fuerza de las bayonetas de Buenos Aires, que precisamente no habían sido triunfadoras sino vencidas. En cuanto a la campaña de Pavón, dice que, desde el punto de vista legal, es “la victoria de una rebelión contra el gobierno constitucional y contra la Constitución jurada poco antes” (18).

Si he abundado en estas citas, es para demostrar que la declarada y reiterada admiración de Rivarola por la obra de Mitre no oscurecía su juicio ante los errores que, como todo hombre, pudo cometer el prócer. Un ejemplo claro es su opinión sobre la revolución de 1874. Mitre, que la había contenido alegando que la peor de las votaciones legales valía más que la mejor revolución, terminó diciendo —por convicción o por presión partidaria— que la renovación de los poderes se había fiado a la fuerza de los gobiernos complotados, lo que era la abrogación del sistema republicano, que hacía de la revolución un derecho, un deber y una necesidad. Rivarola afirma que el mismo temor al dominio de una oligarquía, que en 1853 llevó a la Constituyente contra la rebelde Buenos Aires, motivó en 1874 el credo revolucionario (19).

Rivarola sostuvo en ambos libros su convicción de que existió identidad de objetivos nacionales en Urquiza y Mitre, complicadas por cuestiones de procedimiento y por factores de recelo recíproco, presiones partidarias y la fuerza de los separatistas porteños. Dice que Mitre había pasado de ser un “proscrito unitario” —como lo consideraban los rosistas— a ser un federal confeso, no en el sentido del federalismo de partido, sino de federalismo constitucional. Señala que ya en 1852 en la Profesión de Fe, Mitre había dicho: “Todas las cuestiones de la organización nacional serán consideradas del punto de vista del derecho público federativo. El federalismo es la base natural de la organización del país” (20). Rivarola cita en apoyo de su interpretación una carta que le envió Benjamín Victorica en 1906 en la que se lee: “Verdad es que se llamaban unitarios los que

---

(18) “Del Régimen...”, p. 141-143

(19) *Ibíd.*, p. 151. Rivarola también señala que Mitre, en su proclama, subraya la participación del ejército nacional en la revolución, y agrega sentenciosamente: “No hay diferencia entre el último programa de acción y el que ha mostrado el partido radical en sus últimas actitudes revolucionarias, sobre la base del alzamiento militar”.

(20) MITRE, p. 299

escaparon de sufrir a Rosas, aunque entre ellos había tantos federalistas propios como Alberdi, Mitre, V.F. López, Francisco Pico, etc.” (21).

También recuerda que Mitre, en la convención porteña de 1860, apoyó el reintegro a la Nación, basado en la Constitución de 1853 y “el establecimiento de la república federativa, vaciada en el molde de la de los Estados Unidos” (22). Al mismo tiempo, dice de Urquiza:

“... la unión nacional, la paz interior, el imperio de la Constitución, fueron como ideas fijas, precisas en su mente, a cuyo servicio puso su voluntad inquebrantable, su sagacidad, llamada muchas veces astucia, y cuanto medio de acción lo condujera al fin supremo” (23).

En rigor, Rivarola explica la situación de Buenos Aires y la actitud de Mitre a través de la existencia de tres tendencias: una provincialista representada por Valentín Alsina, Carlos Tejedor y José Mármol; otra nacionalista conducida por Mitre y a la que se adscribe en 1860 Vélez Sarsfield; ambas contrarias al Acuerdo por distintas razones; y una acuerdista en la que militaban los dos López, Marcos Paz y Ezequiel Ramos Mejía (24). En estas posiciones, insiste Rivarola, se mezclaban las ideas y las emociones en función de dos términos: unión nacional y presencia de Urquiza. Para Valentín Alsina era preferible la separación de Buenos Aires, antes que la unión con Urquiza. Para Mitre era más importante la unión que la hostilidad personal. El autor ejemplifica la posición de Mitre con su actitud en la convención constituyente porteña de 1854, donde se opuso a que a la provincia se la denominara Estado y con otros varios ejemplos (25).

La imparcialidad de Rivarola se muestra también cuando critica a Vélez Sarsfield por haber pedido a V. F. López que excusara las expresiones injuriosas de la barra en las tormentosas sesiones legislativas de junio de 1852. Dice:

“Extraño concepto del orden y de la inviolabilidad de la palabra en el recinto del Parlamento, la de aquel sabio jurisconsulto que había sido ya

---

(21) *Ibíd.*, p. 326, nota 1.

(22) *Ibíd.*, p. 363.

(23) *Ibíd.*, p. 290.

(24) *Ibíd.*, pp. 329-330.

(25) *Ibíd.*, pp. 332-335 y 349-353.



---

diputado en el Congreso de 1826. Lo que pudo hacer y debió hacer fue pedir a la presidencia que hiciera respetar al orador en el uso de la palabra y que desalojara la barra, si no lo respetaba” (26).

IV. Cuando escribió “Ciclo de Ideas-fuerza en la Historia Argentina” (27), Rivarola cerró sus ciclos treintañales en 1910-11. Sostenía también que al vigésimo año de cada ciclo se producía una crisis. Guardó silencio sobre el último período que vivía; escribía en 1931 y no ignoraba la crisis del año anterior. No sé si intuyó que en 1943 se cerraría ese ciclo y se abriría otro que iba a representar algo muy distinto de su concepción del estado, del régimen representativo y de las libertades civiles y políticas. Rodolfo Rivarola falleció el 10 de noviembre de 1942, como si no hubiera querido ser testigo de tamaño cambio.

---

(26) *Ibíd.*, p 309.

(27) *Boletín de la Junta de Historia y Numismática Americana*, Buenos Aires, 1931; *Ensayos...*, pp 427-457.

---



# HOMENAJE AL DOCTOR RODOLFO RIVAROLA EN EL SESQUICENTENARIO DE SU NACIMIENTO

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (\*)

La dolorosa circunstancia que impone la ausencia del admirado Académico y querido amigo, Doctor Gerardo Ancarola, me impone de improviso la delicada tarea de sustituirlo en este acto, representando a nuestra Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

El Dr. Rodolfo Rivarola, figura consular de la República, recogió en vida homenajes singulares que premiaban con justicia y naturalidad los títulos nacidos de sus singulares dotes intelectuales y jurídicas, servidas con noble y abnegada pasión ciudadana.

Entre ellos, nos cabe destacar en primer término su calidad de Presidente Fundador de nuestra Academia, cargo que desempeñó hasta su muerte. Seguiremos al recordado Académico Guillermo Garbarini Islas (1) sobre las circunstancias ocurridas al fundarse nuestra corporación. Recuerda previamente el impacto que recibió antes, acompañando a Río de Janeiro

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico en el acto de homenaje conjunto al doctor Rodolfo Rivarola, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de la Historia y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión pública del 11 de octubre de 2007.

(1) Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: Homenaje a su Fundador y primer presidente Dr. Rodolfo Rivarola con motivo del 25° aniversario de su fallecimiento. Conferencias pronunciadas por los Académicos Dres. Guillermo Garbarini Islas y Carlos Sánchez Viamonte, Buenos Aires 18 de diciembre de 1967.

a Rivarola, Presidente del Instituto Cultural Argentino-Brasileño. Al llegar divisaron una multitud esperando el barco y pudieron oír que decían: “Viva Argentina, bem vindo Rivarola”. Autoridades y empinados representantes de la cultura brasileña compitieron en agasajar a los visitantes argentinos. Impresionado, Garbarini Islas detalla las circunstancias concluyendo en que los homenajes del pueblo, la cultura, el Derecho y la República anfitriona lo eran para aquel hombre ilustre, cuyas obras conocían y utilizaban con justiciero respeto.

“Con tales antecedentes —continúa Garbarini Islas— no debe extrañar que cuando en 1938 concebimos con el Dr. Enrique de Gandía la idea de esta Academia, yo visitara a Don Rodolfo en su estudio de la calle Viamonte para pedirle que se pusiera al frente de los trabajos constitutivos”.

Destaca luego que “Rivarola acogió entusiasmado la iniciativa y la misma, con la ayuda de otros hombres eminentes, entre los cuales Miguel de Andrea, Mariano R. Castex, Vicente C. Gallo, Tomás Amadeo, Alfredo L. Palacios y J. Honorio Siguiera, quedó convertida en realidad el *28 de diciembre de 1938*, acto en el que don Rodolfo pronunció palabras que revelan su modestia y pudieran estamparse en bronce como el acta de nacimiento de la Academia”.

“Por ahora nos corresponderá adquirir merecimientos para que sean igualmente amparados el empeño y el esfuerzo colectivo en realizar la promesa que implican el título y la obra a que alcancen la dedicación de nuestro tiempo y de nuestros estudios en Ciencias Morales y Políticas”.

“Pocos meses después ya consolidada la Academia y ampliado su elenco con figuras tan prestigiosas como Leopoldo Melo, Ernesto Bosch, Octavio R. Amadeo, Carlos Saavedra Lamas, Ricardo Levene, Juan Carlos Rébora, Alejandro M. Unsain y otros, inicia sus actividades con una conferencia que, como es lógico, está a cargo de don Rodolfo”.

Sintetizar aquí la personalidad y obra de Rivarola no es tarea fácil y excede nuestro tiempo. Destacaremos solamente que nació en Rosario, Provincia de Santa Fe, el 18 de diciembre de 1857, en un hogar de modestos recursos, lo que no obstó para que el joven accediera a una educación esmerada.

Realiza sus estudios primarios en Rosario e inicia su secundario en el célebre Colegio Nacional de Concepción del Uruguay, donde cursa los

tres primeros años. Pasa luego al Colegio Central de Buenos Aires donde cumple hasta el sexto año entre 1874 y 1876.

Pero el hecho más trascendental para Rivarola fue su encuentro con el entonces Rector del Colegio, José Manuel Estrada, figura que lo impacta profundamente en su trayectoria intelectual y moral. Rivarola lo considera siempre como su gran maestro y en la evolución de su pensamiento se advierte la influencia decisiva de aquél. Sus biógrafos coinciden en que las arraigadas convicciones de Rivarola sobre *democracia y libertad* provienen de su influencia, como así también su culto a la virtud y su creencia en la *educación* como motor indispensable para el afianzamiento de nuestras prácticas ciudadanas.

Rivarola luego trabaja en una Escribanía y se inscribe en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1881, donde en sólo once meses se recibe de abogado, obteniendo pocos meses después el título de doctor en jurisprudencia.

Luego actúa como juez del crimen y de comercio en Corrientes, donde es justicieramente valorado y, sin perjuicio de sus funciones, se lo solicita para proponer mejoras en la administración de justicia.

Será después juez en Mercedes y luego en La Plata. En sucesivos ascensos se desempeñará como fiscal de cámara, ocasión en que abandona la función judicial para dedicarse a la abogacía y la docencia.

Desde su adolescencia en el colegio nacional, Rivarola, lector voraz, muestra sus inclinaciones literarias. Su contemporáneo Martín García Merou afirma: "Creo que nadie de nuestra generación y de las siguientes, ha escrito en su juventud tanto como Rivarola". Y agrega: "Sus numerosos escritos ocupaban un gran cajón: estaban copiados todos en la bella letra del autor cuidadosamente cosidos". Como la famosa generación de 1837, impedida desde sus inclinaciones literarias a la vida pública, también lo hizo la generación del aventajado estudioso que recordamos.

Pero don Rodolfo, que mostró su vena artística entonces, debió consagrarse al Derecho, en el cual tendría papel sobresaliente.

Sin embargo, su vocación de estudioso y su espíritu humanista expanden sus actividades. En un estudio que recordaremos después, el académico doctor Néstor Tomás Auza, recuerda su paso por la Facultad de Filosofía y Letras

en la que ocupa el cargo de decano (1896-1904) y en la que ejerce la cátedra primero de Psicología para pasar después a la que será su propia creación, la de Ética y Metafísica. Señala Auza que Rivarola está entre “los primeros, sino el primero, que inicia la superación del positivismo y el cientificismo en boga”. En efecto, como también señala Ancarola, Rivarola estuvo adscrito al comienzo a las doctrinas materialistas y positivistas, dominantes a fines del siglo XIX, se vuelca luego a los principios Kantianos, sobre todo por influjo de su contacto con Ortega y Gasset y “en los últimos años de su vida, Rivarola asumió una posición francamente espiritualista y cristiana” (2).

La vocación docente de Rivarola se exhibe también en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires donde es profesor de Filosofía y Derecho Civil. En la Universidad de la Plata es Vicepresidente, secundando a Joaquín V. González, tarea en la cual tuvo la oportunidad de invitar al famoso profesor español Adolfo Posada a realizar cursos sobre Ciencia Política que tuvieran vasta repercusión. Sucedió en la presidencia de la Universidad al ilustre riojano, desempeñándose a la vez como profesor de Ciencia Penal. Rivarola participó allí del concepto abierto y pluralista que infundió Joaquín V. González a la nueva Universidad.

Pero es en el campo del Derecho Público, especialmente en la Ciencia Política y Constitucional, como la llamaría Linares Quintana (3), donde brilla especialmente la predilección de Rivarola. El mismo alumbró dos obras fundamentales ya en la madurez, como resumen de su sabiduría y experiencia, como fueron *La Constitución Argentina y sus principios de Ética Política* y *La enciclopedia de la Constitución Argentina*. No entraré a analizarlas, pues descarto que será materia de erudita disertación del representante de la Corporación respectiva, Dr. Horacio A. García Belsunce.

Rivarola publicó también *Partidos políticos, Unitario y Federal y Del régimen federativo al unitario*. Critica la falsedad del federalismo entonces practicado, con opiniones que no han perdido vigencia en muchos aspectos denunciados.

Hemos señalado sólo las obras fundamentales de Rivarola, sin pretender agotar la nómina, que se engrosa con otras que surgían de su curiosi-

---

(2) ANCAROLA, Gerardo, “Las ideas políticas de Rodolfo Rivarola”, Marimar, Buenos Aires agosto 1995, pág. 21, nota 13

(3) LINARES QUINTANA, Segundo V., “La nueva Ciencia Política y Constitucional”, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Número 3, pág 9 y siguientes.

dad permanente o de la docencia cívica para sus conciudadanos, preca-  
viéndolos del totalitarismo que asomaba en otras latitudes.

Hemos dejado para el final, entre las obras de Rivarola, el recuerdo de la *Revista Argentina de Ciencias Políticas* que él fundara y orientara, la que abarcó treinta y cinco volúmenes de aproximadamente mil páginas cada uno. La misma es dirigida por Rivarola desde su fundación en 1910 hasta 1918 y luego, hasta su desaparición en 1928, es sustituido en la dirección por sus recordados hijos, Horacio C. y Mario Rivarola, aunque aquél la sigue custodiando con sus colaboraciones, sin que se desvíe la estricta línea de independencia periodística escogida por el fundador.

Quiero aquí destacar públicamente el reconocimiento de nuestra Corporación para el extraordinario aporte realizado por el Miembro de la Academia Nacional de la Historia, Dr. Néstor Tomás Auza, sobre la *Revista Argentina de Ciencias Políticas* y su ilustre fundador, Dr. Rodolfo Rivarola. Con generosidad, ha hecho llegar su trabajo a nuestra Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, autorizándonos a su publicación, lo que obliga a nuestra gratitud y a la de los muchos estudiosos que se beneficiarán con la misma.

El Académico Auza, con inteligente y escrupulosa labor, en la *Parte I*, nos informa sobre dicha Revista y la personalidad de su fundador con solvencia intelectual. En la *II Parte*, incluye un Índice General de Temas y en la *III Parte*, un Índice General de Autores. Lo anunciado justifica el interés y la utilidad que nuestros especialistas encontrarán en dichas páginas, que hoy ven la luz editadas por nuestra Corporación. Como bien afirma el Académico Auza, la *Revista Argentina de Ciencias Políticas* concebida por Rivarola es poco conocida, y bien podríamos decir, poco utilizada y aprovechada por la carencia de los índices que ahora se publican.

En 1910, cuando acomete su labor, Rivarola, que propicia unir la *Ciencia* y la *Política* bajo el término común de *Ciencias Políticas*, se constituye en un abanderado del estudio científico de los hechos y problemas de la política en todo lo que hoy abarcan los fenómenos de la temática del poder. Es así el precursor de las cátedras que se abrieron después en el ámbito universitario, cuya creación, por ejemplo, aconsejó para la novel Universidad de Tucumán.

Fiel a su espíritu liberal, abrió su Revista a todas las opiniones, aunque no coincidieran con la suya, para discutir los múltiples asuntos que interesaban a nuestro devenir institucional, sin excluir la política internacional y las relaciones internacionales.

Rivarola quiso pensar y obligó también a que lo hicieran sus conciudadanos, ventilando el gobierno y la administración, los partidos políticos y las fuerzas sociales; en suma, la política como ciencia y como ética ante la realidad social y el bien común.

Me hago el deber de destacar que tan nobles y levantados propósitos fueron revividos en 1960 por nuestro admirado maestro, el Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, quien fundó y dirigió la Revista Argentina de Ciencia Política que se publicó en tres tomos, en una labor que lamentablemente no pudo ser continuada.

No quiero dejar de destacar la influencia que en el pensamiento de Rivarola tuvo José Manuel Estrada. Así lo enfatiza Ancarola y también Octavio R. Amadeo (4), quien recuerda que Rivarola “conoció a fondo al maestro José Manuel Estrada. Nadie puede juzgarlo de maestro a maestro como él, que fue eximio en el oficio. El ha dicho de Estrada que *era el maestro que más influyó en mi conducta docente*. Fijáos que Rivarola no dice en 'mis ideas docentes' sino en 'mi conducta docente', que es otra cosa”, sentencia Amadeo.

Este juicio de un eximio analista de los grandes de nuestra Patria nos enfrenta al relieve que rodea a Rivarola, que se acrecienta progresivamente, no por obra de la fortuna o por dispensa de gracia ajena, sino como el frutal que acrece su cosecha por la bondad de su cepa originaria.

Como el bearnés D'Artagnan, que se lanzó a conquistar la Corte parisina confiado en el puño de hierro que guió a su diestra espada, también el rosarino Rivarola, con las armas de su poderosa inteligencia, su vocación de trabajo y su unción republicana, llegó a Buenos Aires y ésta, Mecenas de talentos, lo adoptó naturalmente como suyo.

Así apareció el estudioso, el Abogado que enseñó en la exigente cátedra universitaria Derecho Público y Privado con reconocida solvencia. Así nació el publicista que influyó en la opinión pública, sin aspirar a otra compensación que no fuera la tranquilidad de su conciencia. Y así se estructuró, por encima de todo, su dimensión del *Ciudadano, servidor de la República*.

Si *Plutarco*, en sus *Vidas paralelas*, hubiera escrito sobre nuestra Argentina, seguramente habría enlazado a Rodolfo Rivarola con el juez Antonio Bermejo. Ambos hombres de conducta vinieron a Buenos Aires para cumplir, cada uno a su manera, con su misión suprema: la defensa de la Constitución Nacional.

---

(4) AMADEO, Octavio R., “Doce argentinos”, Buenos Aires, 1945, págs. 167-168.



Bermejo actuó en la vida política, incluso con las armas en la mano durante la revolución del 80. Pero como dice Amadeo: “No era tampoco político; los ‘amigos’ del comité no le atraían; no sabía darles la mano en el apretón electoral. Llegó a sentir la náusea política que sufren a cierta altura los hombres de su calidad” (5). Aunque llegó a ocupar cargos políticos de significación, no se sentía en su hábitat ideal.

Roca, conocedor de hombres, lo llevó a la Corte Suprema de la Nación en 1903. Allí encontró su destino para ejecutar la política arquitectónica, no la agonal, que respondía a su gusto. Allí encauzó sus esfuerzos en una labor excepcional. Con austeridad, consagración, percepción aguzada del fiel a la balanza que debía cuidar, fue elaborando en el silencio de su despacho los “casos” que conformaron una jurisprudencia acorde con el prestigio de una Corte que resguardó la Ley Suprema.

Rodolfo Rivarola, a su vez, también supo que en la política no estaba su sino, que, como un romano, pertenecía a la República antigua, con sus costumbres sencillas que aprendió en el hogar y transfirió a los suyos, no en las deformaciones que conoció el Imperio. Se sentía, como ciudadano, más a gusto en la Asamblea del Pueblo, discutiendo los problemas públicos, que en la senda agonal encaminada al poder de las sillas curules. Acierta Ancarola cuando afirma: “Claro está que Rivarola hubiera deseado aunar el pensamiento con la acción política, porque no podía ignorar que para el político de raza la vocación debe concretarse más por el camino de la actividad —que lleva al poder— que por la de la especulación, ya que, en definitiva, prefiere la realización práctica a la teoría pura. Pero como reconocía que la acción “requiere situación, condiciones y aptitudes, que no todos reúnen”, Rivarola se volcó apasionadamente al cultivo de la Ciencia Política. De esa manera —confesaba— “doy al país lo que tengo; no puedo darle lo que no poseo” (6). En esa tarea, Rivarola, “dando lo que tenía”, sabiduría, espíritu reflexivo, patriotismo, en la serenidad de su biblioteca, en el rumor incitante del aula, o en la exposición pública de sus ideas, coincidió con Bermejo.

Ilustró sobre el sentido de nuestra Constitución y su misión de garantizar nuestros derechos y libertades, educando al pueblo para el ejercicio de la democracia enlazada al soplo de la virtud ciudadana.

---

(5) AMADEO, Octavio R., “Vidas argentinas”, segunda edición, Buenos Aires, 1934, pág. 254.

(6) ANCAROLA, Gerardo, ob. cit., pág. 17.

En su larga caminata, ese docente cívico, sin pausa y sin otro compromiso que el bien público, fue acumulando con su *conducta* y su *sapiencia* la *autoridad moral* reconocida a los varones consulares. No necesitaba forzar puertas; ellas se abrían respetuosas ante su presencia, sin inquirir sus designios. Tampoco le fue escamoteada la silla que sus contemporáneos le guardaron en el lugar relevante que en cualquier reunión le correspondía.

Enrique de Gandía, con su reconocido prestigio de historiador y acompañante de causas culturales, lo describe así: "... sus ideas políticas eran conservadoras y, al mismo tiempo, liberales, es decir, partidario del dogma de la libertad. Podía considerársele un constitucionalista sutil y erudito. Su figura sorprendía. Corta estatura. La cabeza y los bigotes blancos. Daba la impresión de no haber sido nunca joven. Su vejez era adusta y bondadosa. Encerraba talento, autoridad y afecto. Mente lúcida, brillante. No vacilaba. Encontraba la clave en las inquietudes y en los aparentes misterios, memoria límpida, ademanes rápidos, redacción clara, luminosa, y palabras firmes, exactas, sin florilegios ni ambigüedades. Era el Maestro y Presidente nato de nuestra Academia..." (7).

Nuestro recordado maestro y amigo Carlos Sánchez Viamonte relata que, hallándose en Rosario con Rivarola, éste lo condujo hasta una casa que guardaba en su memoria. Y señalándola, le dijo "con esa su voz opaca, pausada y dulce como hecha para dar notas de bondad tan suave como suele llegar a serlo una caricia varonil". "En esta casa nació yo y he querido mostrártela" (8).

Pienso que con esa voz, que imagino invadida por la nostalgia, el Maestro habrá querido rendir un tierno homenaje al *domus* que lo vio partir en la aventura de la adolescencia. Y con emoción recatada, realizar allí una rendición de cuentas a sus manes tutelares.

Sin duda, ellos la aprobaron, con celebración de honores. También lo hace la posteridad reconocida ante un ciudadano ejemplar de la República.

---

(7) DE GANDIA, Enrique "Orígenes de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas", en [www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

(8) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, discurso en el Homenaje a Rodolfo Rivarola, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 18 de diciembre de 1947, pág. 15.

# RODOLFO RIVAROLA, UN JURISTA CABAL

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (\*)

Aunque me comprenden las llamadas generales de la ley, en razón de que Rodolfo Rivarola era el hermano mayor de mi abuela materna, no me siento inhibido por ello de elogiar su personalidad y su obra, sino que, muy por el contrario, creo que tengo el deber de exaltarla como la mejor forma de honrar su memoria, al cumplirse el próximo 18 de diciembre el sesquicentenario de su nacimiento, y hacerlo en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, a la que se incorporó en 1912.

Lo conocí bien dentro del ámbito del trato familiar. Recuerdo el festejo de su octogésimo cumpleaños, ocasión en la que por razones de edad no fui al acto de homenaje que se le brindó en el Teatro Colón de la Ciudad de Buenos Aires, con asistencia del Presidente de la Nación, ministros, integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diplomáticos extranjeros, legisladores y las más altas personalidades representativas del mundo de la cultura en la República Argentina.

En esa oportunidad Octavio R. Amadeo entregó al homenajeado un álbum recordatorio que decía: "A Rodolfo Rivarola, en sus 80 años. Agrandó cada uno de sus días con un noble afán. Dio a la Patria muchos libros y muchos hijos. Juez, jurista, maestro y escritor, todo lo hizo bien. Vivió

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico en el acto de homenaje conjunto al doctor Rodolfo Rivarola, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de la Historia y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión pública del 11 de octubre de 2007.

mucho en largo y en ancho. Y seguiré viviendo su gran vida argentina, según la bondad de Dios. Como un viejo gomero ha echado sus raíces ondas y ramas espesas, bajo cuya sombra se reúnen sus amigos y sus hijos para honrar su juvenil ancianidad”.

Pero sí lo visité en su casa, obviamente acompañado por mis padres, el día en que se cumplía exactamente el 80° aniversario de su nacimiento. Recuerdo que en esa ocasión sus hijos le regalaron un reloj de mesa, en el que en el lugar que corresponde a cada una de las once horas figuraba el retrato de cada uno de sus once hijos y en el lugar de la hora doce, el suyo.

Los 17 años que yo tenía cuando él falleció, me impidieron recibir sus lecciones y sus consejos que habrían sido inestimables. Pero, una vez graduado de abogado he recorrido su biblioteca en la casona que poseía en Coronel Díaz y Juncal y que, después de su fallecimiento, fuera ocupada por su hijo Mario Alberto, distinguido comercialista, a quien acostumbraba a visitar los domingos al mediodía para recibir sus lecciones y orientación en algunos de mis primeros trabajos que hice en materia de derecho comercial. Recuerdo también que revisé su biblioteca en búsqueda de libros de derecho penal, cuando preparé el primer trabajo que publiqué bajo el título “El prevaricato de los jueces”.

No puedo dejar de hacer mención del inmenso honor que tengo de ocupar los sitios que tienen como patrono a Rodolfo Rivarola en mi carácter de miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que él fundara y fuera su primer Presidente en 1938, y en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, de la que fuera miembro fundador y primer Presidente su hijo Horacio Carlos, a quien recuerdo con respeto y afecto, porque fue mi profesor de derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, decano de esa Facultad y rector de la Universidad en el año 1945, uno antes de mi graduación.

Sebastián Soler, que fue un alto exponente del derecho penal argentino, dijo en su libro *La interpretación de la ley* (Barcelona, 1962, p. 191) que la máxima especialización en una rama del derecho, es el más justo título para pretender justificar la ignorancia del resto del derecho. Verdad inquestionable y más valiosa aún, cuando proviene de quien ha sido un calificado especialista de una rama del derecho, pero que unió a su obra *Derecho Penal Argentino* de 1940, que tuvo varias ediciones y reimpresiones, libros y ensayos sobre filosofía del derecho y teoría general del dere-

cho, que sería largo enumerar en esta ocasión, aunque basta citar a título de ejemplo su libro *Fe en el Derecho* de 1956.

Anticipándose al pensamiento de Soler, Rodolfo Rivarola fue un exponente del enfoque del derecho en sus distintas ramas. La bibliografía jurídica argentina encuentra las obras de Rodolfo Rivarola en el derecho penal, el derecho civil, el derecho constitucional y muy especialmente en la ciencia política.

Me atrevo a señalar que la obra principal de Rodolfo Rivarola dentro de un marco estrictamente jurídico, fue su *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, publicada en tres tomos en el año 1890. A ella siguió en 1891 su *Proyecto de Código Penal*, en colaboración con los doctores Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo. En 1899 publicó un libro titulado *La justicia en lo criminal, organización y procedimiento*.

En 1901 escribió en dos tomos *Instituciones del derecho civil argentino*, “como un nuevo programa de esta parte de la ciencia jurídica”, como lo expresa en su *Introducción*, al que califica de gradual, porque al ordenar el programa procuró no avanzar en una materia determinada sino después de haber fijado las nociones que supone, que es también sistemática, porque, después de separar en una parte general todo lo que corresponde al derecho civil como derecho común, refirió el derecho especial a las dos instituciones sociales que comprende: la familia y la propiedad, una y otra aisladamente, y después en sus relaciones recíprocas. Al explicar los propósitos de esa obra, dice su autor que además del fin puramente docente, puede el plan que propone interesar al jurisconsulto que tenga del derecho y del Código Civil un dominio completo y superior, porque la ordenación y distribución de la materia científica no corresponde a la ciencia particular es una aplicación de otra ciencia general, la lógica. Supone en verdad, continúa expresando, el conocimiento de la ciencia particular; pero supone también la mayor atención en el examen de las leyes del entendimiento. Agrega, que la investigación no basta para difundir los conocimientos; es menester la exposición; y he aquí justificada la tarea más modesta, pero suficientemente útil, de la ordenación lógica que facilite con el menor esfuerzo el acceso a la ciencia.

Su obra cumbre, en mi opinión, por la trascendencia que tiene como crítica del régimen constitucional argentino y como exponente valioso y combativo de su ideario político es el libro *Del régimen federativo al unitario*, publicado en 1908, en el que expone con exhaustiva y aguda profun-

dización sus ideas en materia de ciencia política, proyectándolas al derecho político y constitucional, sin medir las consecuencias que de ellas pudieran derivarse, como lo voy a comentar más adelante. Para no dejar dudas a los lectores de la finalidad que persigue la obra, en su *Introito* adelanta con precisión, y diría que quizás con propósitos de confrontación, sus ideas sobre la materia al decir que: “Este libro aspira a promover la discusión del dogma federalista, que vive en la creencia de los argentinos. Dogma que se discute, perece, y el federalismo argentino perecerá. La palabra federación ha perdido ya su acepción etimológica; solamente la unidad expresa a la vez el orden, la fuerza y la justicia”.

Aclara al terminar el mencionado *Introito* que “No le ha movido antipatía alguna, ni el más remoto sentimiento agresivo. A quienes pudiera afectar cualquier apreciación suya, encontrarán aquí una excusa suprema: *la fuerza de las cosas*”. Su fundamentación a favor del régimen unitario es contundente y así como dijo que no le animaba ningún propósito agresivo ni antipatía alguna, fueron las ideas contenidas en este libro las que dieron pie a que el entonces Presidente de la Nación, Doctor Victorino de la Plaza, no aceptara la propuesta del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Doctor Carlos Saavedra Lamas, sugiriendo a Rodolfo Rivarola como candidato a ocupar un sitial en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, porque consideró que no podía integrar el Alto Tribunal quien, sin perjuicio del respeto que le merecía su personalidad y su obra, era contrario al régimen federal instituido como sistema de gobierno por la Constitución Nacional.

Perteneció a la generación del 80 y vivió intensamente todos los acontecimientos políticos transcurridos en su larga vida. Pero, fue una personalidad difícil de ubicar en el mundo en que vivió. El rector de la Universidad de Buenos Aires, Doctor Carlos Saavedra Lamas, dijo de él al despedir sus restos mortales: “Tuvo títulos sobrados para haber sido presidente de la República, ministro, embajador, parlamentario, juez del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, rector de la Universidad de Buenos Aires, etcétera, pero ninguno de esos cargos oficiales ocupó en su vida. No obstante, ejerció la más alta magistratura moral actuando como una fuerza gobernante cuya gravitación hemos sentido en el curso de nuestra vida y cuya proyección hemos alcanzado en las tareas de gobierno, cuando hemos recurrido a la ciencia de sus libros o cuando hemos ido tantas veces a su hogar, a buscar su autorizado consejo”.

Gerardo Ancarola en su libro *Las ideas políticas del Doctor Rodolfo Rivarola*, expresa que: “Claro está que Rivarola hubiera deseado aunar el

pensamiento con la acción política, pues no podía ignorar que para un político de raza, la vocación debe concretarse más por el camino de la actividad —que lleva al poder— que por la sola especulación, ya que en definitiva, prefiere la razón práctica a la teoría pura”. En el lenguaje actual de la ciencia política, diríamos que Rivarola ejerció una política *arquitectónica*, pero desechó la política *agonal*, cuyo objetivo es la búsqueda del poder.

He dicho en otra oportunidad que: “Quien vivió tan profundamente la vida política del país y no hubo acontecimiento alguno que no cayera bajo el peso de su pluma o de su palabra; quien desmenuzó los textos constitucionales y legislativos de aquel entonces en busca de su mejor interpretación y razonamiento; quien adicionaba a su sapiencia intelectual una personalidad vigorosa, un espíritu profundo y convicciones inflexibles, se dio cuenta que no pudo entrar en la lucha política, pues no estaba dispuesto a hacer concesiones ni transacciones para compartir el poder con los que lo ostentaban o para acercarse a la lucha por él mismo. Fue consciente, como todos los espíritus definidos y convencidos de los principios que sustentan, de las consecuencias de sus acciones que, por cierto, las tuvieron” (*Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, T. XVII, p. 653, año 1988).

Otra de las consecuencias que de su pensamiento le resultaron adversas le ocurrió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuando en su juventud siendo profesor adjunto de Derecho Civil, divergencias nacidas de la orientación y conducción de la materia que reflejó en el libro *Instituciones del derecho civil*, determinaron su renuncia y alejamiento de esa Facultad y, siguiendo a Ancarola en su libro ya citado, la Facultad de Derecho perdió a quien habría de ser uno de los grandes maestros del derecho en esa época. Queda así explicada a las nuevas generaciones la razón por la cual uno de los más grandes juristas argentinos de fines del siglo XIX y comienzos del XX no haya integrado el elenco de los grandes maestros de la Facultad de la que egresamos, pues bien pudo ocupar la docencia titular en cátedras como las de derecho penal, derecho civil, derecho político o derecho constitucional.

Su actividad docente en el marco del derecho se desarrolló en la Universidad de la Plata inmediatamente después de su fundación, oportunidad en la que fue primer decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y segundo presidente de la Universidad después de su fundador, Joaquín V. González. También fue profesor titular de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, de la que ocupó el decanato.

Excedería los límites que el tiempo impone a esta breve exposición entrar a analizar las principales ideas que ilustraban el pensamiento de Rodolfo Rivarola en las distintas materias jurídicas que fueron objeto de su analítica exposición y de su aguda e insobornable crítica. En su obra *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*, escrita en ocasión del 75° aniversario de la era constitucional, es donde Rivarola expone todo el vigor de su pensamiento político - constitucional, la profundidad de sus conceptos y la belleza de su expresión. En su prólogo dice, entre otros conceptos, que deben remarcarse y repetirse, que: “Dos ideas me parecen dominar en todo juicio sobre la Constitución. La primera, que ya más que un código es un programa de acción; la segunda, la virtud que le da fuerzas a la exclusión de todo lo radical, no en la acepción de todos nuestros partidos, sino en el sentido del tratamiento heroico o de fuerza, de prepotencia o de comando, para cambiar de raíz la existencia natural de la sociedad o del Estado. Su poder está en la templanza, la moderación y el equilibrio del justo medio”.

Para terminar estas palabras nada mejor para honrar la memoria de nuestro homenajeado, que recordar los conceptos que vierte en el prólogo de la obra últimamente citada y que dicen: “Para los que vengan debemos los de la hora presente la palabra de fe y de estímulo; perseverar en el examen y aun en la crítica de la Constitución, como el credo de un pueblo que quiere ser libre y ama el bien, tiene un ideal y siente la pasión por la Patria. Los que vemos próximo el término de la jornada decimos a los jóvenes de hoy para que transmitan a sus descendientes: *Mantened el amor por la libertad, el derecho y la justicia; ellos están en el más breve de los `corpus juris`, el libro más pequeño en formato y el más grande en su acción y en sus consecuencias*” (la bastardilla me pertenece).

---



Buenos Aires, 1° de noviembre de 2007

VISTO que el día 31 de octubre ha fallecido el académico titular doctor Carlos Manuel Muñiz,

CONSIDERANDO que el doctor Carlos Manuel Muñiz ha sido académico titular desde el año 1989 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del jueves 2 de noviembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Carlos Manuel Muñiz.

ARTÍCULO 2°. Rendir honores al doctor Carlos Manuel Muñiz en la primera sesión privada a realizarse el día 8 de noviembre de 2007.

ARTÍCULO 3°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Juan Carlos Cassagne  
Académico Vicepresidente

Julio César Otaegui  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 7/2007

# DOCTOR CARLOS MANUEL MUÑIZ

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (\*)

Hoy nos reunimos sin don Carlos Manuel Muñiz y cuadra recordarlo.

Ocupó el sitial cuyo patrono es el maestro José Nicolás Matienzo, sitial en el que sus antecesores fueron juristas de la talla de Agustín Matienzo y Manuel Ordóñez.

Don Carlos Manuel Muñiz honró a su patrono y a sus antecesores con una descollante labor con un ideal la proyección de la República en el mundo conforme a derecho.

Por ello con su patrono compartió la inclinación por el Derecho Constitucional particularmente en lo atinente a las Relaciones Exteriores.

Por ello con su antecesor Agustín Matienzo compartió la vocación por la función pública la que culminó con el cargo de canciller

Por ello con su antecesor Manuel Ordoñez compartió la defensa de la libertad en el país y en el mundo.

En estos temas investigó, enseñó y publicó cumpliendo así los deberes académicos.

Pero hizo mucho más porque no sólo fue un hombre de pensamiento sino también de acción y conforme a su ideal concretó su pensamiento en

---

(\*) Palabras pronunciadas por el Académico Presidente, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2007.

---

instituciones señeras como el Instituto del Servicio Exterior y el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

No sólo le interesó la proyección de la República en el mundo sino también la paz en el mundo pero la paz de la justicia.

Para ello requirió la comprensión por parte de los países desarrollados de las aspiraciones de los que no lo son a una mejor salud, alimentación y educación, a la prevención de los desastres ecológicos y al respeto de los derechos humanos.

Con motivo de sus exequias la Iglesia de Nuestra Señora de la Merced se colmó con una concurrencia proveniente de diversos sectores de nuestra sociedad reunida para rendirle homenaje.

Hoy corresponde a la Academia hacer lo propio y en nombre de la misma y de los señores académicos lo hará el ex presidente don Alberto Rodríguez Galán

A continuación el doctor Otaegui solicita a la señora y señores académicos ponerse de pie en homenaje al doctor Carlos Manuel Muñiz. Así se hace.

# HOMENAJE AL ACADÉMICO CARLOS MANUEL MUÑIZ

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (\*)

Carlos Manuel Muñiz se fue antes y voy a evocarlo con la emoción y el respeto debido a un hombre superior.

Su magisterio moral en todos los campos de su actuación, su voluntad de servicio para su país, su desvelo en el ejercicio de la función pública cuando la desempeñó, su idoneidad como diplomático eminente, su creatividad intelectual que le valió distinciones, su docencia que despertó vocaciones, porque transmitía el permanente mensaje de su pensamiento y de su conducta, plenas de esperanza y de fe en el destino de su patria.

Y fue así porque esos afanes e ideales los ofreció y compartió en el transcurso de una vida en que la amistad fluía con el hábito ciceroniano que irradian quienes saben pensar, hablar y escribir, virtudes superiores que él poseyó.

Temprano, estudiante aún, funda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, un Centro llamado a nuclear educandos ajenos a corrientes ideológicas extremas que originaban continuos y violentos enfrentamientos. Ese Centro adquiere tal prestigio que en mayo de 1945, en un país convulsionado, formula una Declaración que marcará un derrotero al afirmar: “Que entiende por democracia una manera superior de convivencia basada en la razón, en la libertad, en la responsabilidad y en el respeto mutuo, en la que el individuo reconocía su verdadera jerarquía, actúa conforme a normas morales y dirige su acción a fines colectivos de beneficio general y no a mezquinos intereses exclusivamente personales o de grupo”.

---

(\*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2007.

Días siguientes, el 29 de mayo de 1945, el diario La Nación, en su editorial titulado “ ‘Acción de la juventud’ , lo destaca como expresiva de una asociación representativa de una parte de la juventud universitaria destinada a intervenir mañana con todas sus energías en la vida cívica”.

Esa juventud se formó con maestros, y le cupo a uno de ellos, nuestro ilustre antecesor el académico ex presidente doctor Eduardo B. Busso, designado Ministro del Interior y Justicia por el gobierno de la Revolución Libertadora, nombrar a Carlos Manuel Muñoz, Subsecretario de esa cartera y convocar con él para altas funciones al grupo, entonces jóvenes profesionales llamados a aplicar en el ejercicio del poder político los principios de aquella Declaración que formularan como estudiantes diez años antes, principios que todos cumplieron y cumplen de por vida.

Con la misma impronta desplegada en aquél cargo, Carlos Manuel Muñoz comienza su brillante acción diplomática.

Nombrado embajador de la República en Bolivia, afrontará con equilibrio sorprendente, una misión en la que un solo error motivaría su fracaso. Con doscientos asilados en su residencia, éste “cultor fervoroso del Derecho Internacional”, como lo ha calificado la prensa en estos días, con estricta aplicación de sus normas superó todos los obstáculos y su gestión mereció general reconocimiento al abandonar, tres años después, la ciudad de La Paz para asumir, designado por el presidente Arturo Frondizi, la Embajada ante la República Federativa de Brasil.

No me voy a extender, pero sí debo destacar el respeto que originó en el país hermano su personalidad por la jerarquía con que rodeó su desempeño, por su condición de jurista, de diplomático y de hombre de la cultura, y por la solvencia social con la que anudó amistades que fueron fundamentales en ese medio. Prueba de ello fue la presencia del Presidente Juscelino Kubitschek con todo su gabinete y lo más representativo del Brasil en la entonces residencia del palacio, de la Avenida Botafogo, en Río de Janeiro, al cumplirse el 25 de mayo de 1960 el sesquicentenario de nuestra fecha patria.

Pero es aquella condición de jurista, la que evidenció más tarde en ocasión del encuentro de los presidentes Frondizi y Quadros en Uruguayana.

El Presidente Frondizi con visión de estadista, estimaba que la situación internacional del momento hacía necesaria una política consensuada con

Brasil y con su embajador le proponen al Presidente Quadros, establecer un mecanismo de consulta, cooperación y diálogo, vale decir, institucionalizar por esa vía, lo que era una novedad entonces y es corriente hoy en el mundo de la diplomacia contemporánea. Esta posición incomprendida en el tiempo que se concibió, marcó más tarde un paso señero en la diplomacia internacional.

Al finalizar su gestión en mayo de 1962 con su objetivo cumplido, regresa a Buenos Aires y su trabajo fue equiparado por sus pares de Itamaraty con el de los grandes embajadores argentinos que lo precedieron, don Ramón J. Cárcano, Octavio R. Amadeo, Julio Argentino Roca, Eduardo de Labougle y el de su inmediato antecesor don Felipe A. Espil. Tres de ellos ilustres miembros de nuestra corporación.

Pero a poco le esperaba otro desafío. En octubre del mismo año, el Presidente José María Guido le ofrece la cartera de Relaciones Exteriores y Culto, y responderá a aquél desafío con una labor ministerial excepcional.

Consolida la política exterior del país con las potencias occidentales. Viaja a los Estados Unidos, entrevista al Presidente John F. Kennedy y protagoniza, en el seno del gobierno, la necesidad de alinear el país en la posición asumida por los Estados Unidos de América frente a la Unión Soviética. La crisis de los misiles primero, así como la que se precipita en Santo Domingo después, motivó el desplazamiento de un barco de nuestra Marina de Guerra al teatro de los hechos. Como integrante del gabinete, he sido testigo de la capacidad y tenacidad con que nuestro recordado académico persuadió al presidente y a sus colegas los ministros para convencerlos en la adopción de medidas tan extraordinarias.

Pero quizás, el hecho más trascendental de la gestión del canciller Muñiz es la fundación del Instituto del Servicio Exterior de la Nación que materializó la creación de la carrera diplomática con la capacitación de un posgrado para su ejercicio, desde el inicio, de una función esencial para el país y convoca, para dirigirlo, a un distinguido embajador y brillante intelectual, el académico don Roberto Levillier, que interrumpe su retiro para ejercerlo.

Embajador en Washington, 1971-1973, su actividad guardó el ritmo de sus anteriores destinos diplomáticos. Respetado por el gobierno del Presidente Nixon, lleva a cabo delicadas y exitosas gestiones económico financieras con el apoyo de su Secretario de Estado don Henry Kissinger,

con el que traba una relación que le posibilitará años más tarde –junio de 1978- invitarlo en Buenos Aires a dictar la conferencia inaugural del Consejo Argentino para Relaciones Internacionales. Y son el CARI con el referido Instituto del Servicio Exterior de la Nación sus creaciones emblemáticas, por lo que han significado y significan para el país a sus cuarenta y cuatro años el primero, y a sus casi treinta años el segundo, y por constituir la acabada expresión del pensamiento y acción de su creador, calificando al CARI como “...la institución en la cual consiguió reunir a través del tiempo a los representantes más preclaros del ámbito diplomático y de otras esferas de la vida cultural”.

Por su parte, el Instituto del Servicio Exterior irradia la idoneidad que soñó y exigió su fundador para los diplomáticos de su país, meta lograda y que ahora sólo cabe ser respetada por la autoridad de aplicación en resguardo de aquella idoneidad.

Embajador ante las Naciones Unidas en 1982, llevó a cabo “una encendida defensa de los derechos soberanos de nuestro país sobre el archipiélago de las Malvinas, cada vez que le tocó abordar la cuestión ante la Asamblea General de la ONU”, y así fue calificada.

Fue el artífice del apoyo logrado por numerosos países al respaldo de la posición argentina frente a Gran Bretaña con posterioridad al conflicto.

Esta gestión positiva y brillante fue el logro del Embajador Muñiz y del entonces Canciller doctor Juan R. Aguirre Lanari que ratificó la vigencia de los ideales comunes, alentados por aquella lejana, pero siempre presente, declaración del Centro, referida al principio y que ambos firmaron como presidente fundador uno y como sucesor en ese cargo el otro.

Finalizada su gestión ante la ONU en 1986, Carlos Manuel Muñiz regresa al país, asume su cátedra de Derecho Constitucional I como profesor titular, cargo al que ha accedido por concurso tras haber ejercido la docencia como profesor adjunto y asociado.

Regresa a la presidencia del CARI, cuyo vicepresidente nuestro eminente colega de permanente presencia, el académico Jorge A. Aja Espil había ejercido en su ausencia con la honestidad intelectual y el acierto direccional que esta gran institución exige. En 1987, Carlos Manuel Muñiz es elegido miembro de número de nuestra corporación y recibido por nuestro académico decano y ex presidente, el doctor Segundo V. Linares Quintana.

La calidez de sus palabras y el nivel del discurso de incorporación al abordar el tema “*La conducción de las Relaciones Exteriores. El rol del Ministro: atribuciones constitucionales y legales*” confirió al acto el carácter de una verdadera fiesta intelectual.

Maestro y discípulo dieron muestras de las excepcionales condiciones de su pensamiento y conducta, al coincidir en que el derecho es determinante en las vidas superiores y que en democracia y con democracia es la forma óptima de convivencia basada en la razón, en la libertad y en el sentido de servicio al país.

Señores académicos.

El 31 de octubre próximo pasado, no sin antes disponer que la más absoluta reserva guardara su tránsito, muere Carlos Manuel Muñiz.

El día anterior, el CARI realizó su asamblea ordinaria que dio cuenta del esplendor de su múltiple actividad. Era el último homenaje que la Institución ofrecía a su fundador del que alcanzó a informarse y recibirlo conmovido.

Carlos Manuel Muñiz fue un hacedor, un jurista y un hombre de la cultura, pero por sobre todo un justo, que sirvió a su patria con denuedo batiéndose con coraje por las causas superiores que abrazó. Por eso como en las Odas de Horacio murió llorado por los hombres de bien.

Pido al señor Presidente unos instantes de silencio en recuerdo de un colega que tuvo para sí como un alto honor integrar nuestra corporación.



# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR JULIO C. OTAEGUI (\*)

Declaro abierta la sesión pública del 20 de noviembre de 2007.

Hoy es un día de júbilo en esta Casa porque hoy es distinguida por el señor académico honorario doctor Segundo V. Linares Quintana.

Hoy es distinguida por el señor académico honorario doctor Segundo V. Linares Quintana porque la ha elegido para la presentación de la segunda edición actualizada y ampliada de su “*Tratado de Interpretación Constitucional (homenaje a Karl Loewenstein)*”.

La presentación de la obra estará a cargo, como no podía ser menos, del señor académico Director del Instituto de Derecho Constitucional doctor Juan R. Aguirre Lanari.

A lo anterior se suma que tras la presentación, Don Segundo V. Linares Quintana disertará sobre “*El incumplimiento de la ley*”.

Graves cuestiones tanto la interpretación constitucional como el incumplimiento de la ley, cuestiones que se conjugan.

Grave cuestión la de la interpretación constitucional porque de la misma depende que las declaraciones, derechos y garantías prescriptas en la Constitución Nacional sean un derecho viviente.

---

(\*) Palabras del Académico Presidente, en la sesión pública del 20 de noviembre de 2007.

El derecho a la libertad sin el que no puede el hombre serlo plenamente, el derecho a la propiedad sin el que el derecho a la libertad sería incompleto, los derechos a la seguridad y a la justicia sin los que los derechos a la libertad y a la propiedad serían ficticios y por sobre todo el derecho a la vida sin el cual los anteriores derechos carecerían de razón de ser.

El derecho a la forma de gobierno representativa republicana y federal que nos resguarda tanto de la tiranía como de la anarquía.

Grave cuestión la del incumplimiento de la ley porque destruye a todos los derechos.

Doy la palabra por su orden al señor académico don Juan Aguirre Lanari y al señor académico honorario don Segundo V. Linares Quintana

# HOMENAJE AL MAESTRO SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (\*)

Acaba de aparecer la segunda edición ampliada y actualizada del *Tratado de Interpretación Constitucional* del Dr. Segundo V. Linares Quintana, con la eficaz colaboración de su consecuente discípulo Antonio Castagno.

Con tal motivo, el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que tiene a aquel como su Presidente Honorario, ha resuelto cerrar sus actividades del presente año con este acto público, con el auspicio de la corporación madre, quien lo cuenta a su vez como su ex Presidente y Académico Decano.

A poco de que se lea el referido Tratado, se comprueba que su singular magnitud física está acorde con su densidad científica, encuadrada en el impresionante acopio de antecedentes, matizados con un severo y lúcido análisis de los temas abordados con conclusiones siempre fundadas, aspectos todos que caracterizan la trayectoria intelectual del Dr. Linares Quintana.

El Tratado de Interpretación Constitucional aludido, que por sí sólo valdría como justificativo para esta reunión, resulta así oportuno para nuestro principal objetivo. Queríamos rendirle al Dr. Linares Quintana el homenaje que el mundo universitario y académico, el país todo, le debían a un maestro y ciudadano de excepción.

---

(\*) Discurso pronunciado por el Académico en la presentación del libro "Tratado de Interpretación Constitucional (Homenaje a Karl Loewenstein)", segunda edición actualizada y aumentada del Académico doctor Segundo V. Linares Quintana, en la sesión pública del 20 de noviembre de 2007.

Pero el Dr. Linares Quintana enterado del motivo que le expusimos para este encuentro, nos dio una nueva prueba de su vocación docente. Nos solicitó disertar sobre “*El incumplimiento de la Ley*”. Por supuesto que coincidimos en el designio, que le posibilitará revalidar sus clases magistrales con un tema acuciante de nuestro devenir institucional.

Ello impone una limitación muy estricta para el tiempo de mis palabras, permitiendo al disertante el desarrollo adecuado en un asunto tan trascendente.

Aunque el Dr. Linares Quintana no necesita presentación en un ambiente académico, parece justiciero recordar sucintamente algunas facetas de la fecunda trayectoria de una vida consagrada exclusivamente al estudio, la enseñanza y la publicación de sus ideas.

Alumno distinguido de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, se doctoró en ella con una tesis sobre *Derecho Público de los Territorios Nacionales* que obtuvo la calificación de sobresaliente y los premios María A. Carranza y Recomendación al Premio Facultad.

Especializado en Derecho Constitucional, recorrió por concurso una ascendente carrera en la docencia en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata, en las que fue consagrado como Profesor Titular y Emérito, ejerciendo también la dirección de los Institutos de la materia en ambas Facultades y de los cuales es Director Honorario en la actualidad.

Aparte de lo ya mencionado, el Dr. Linares Quintana es Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias y de la Academia Argentina de la Historia, así como también de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas que ha presidido alternadamente en dos ocasiones, y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que también presidió.

Ha sido Fundador, ex Presidente y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Ciencias Políticas y Director de su Revista, habiéndose desempeñado como Presidente del Congreso Internacional de Ciencias Políticas celebrado en Buenos Aires en 1960. Pertenece a múltiples entidades culturales nacionales y extranjeras y ha recibido distinciones significativas como el Laurel de Plata del Rotary Club de Buenos Aires y los premios de la Fundación Bunge y Born en Derecho y el Konex de Platino

en Humanidades. La Asociación de Derecho Constitucional lo ha declarado Maestro de la Libertad, la Justicia y el Derecho. La Cámara de Diputados y el Senado de la Nación, por unanimidad, lo han agasajado públicamente por sus méritos científicos y ciudadanos.

Como dije, su figura es también vastamente conocida en el extranjero, siendo Doctor Honoris Causa en la Universidad de North Carolina (Chapel Hill), en la que se desempeñó como Profesor Visitante.

Fecundo publicista, el Dr. Linares Quintana es autor de innumerables folletos y artículos de su especialidad. Ha publicado también 26 libros y tiene en preparación otro titulado “*La Ciencia del Poder en el Nuevo Mundo: La Revolución Empírica*”, que acredita su permanente actualización intelectual en la materia.

Sin duda, su libro más celebrado y unánimemente conocido y admirado es su “*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*” que ha sido laureado con el Primer Premio Nacional de Ciencias (1955/1957) (Historia, Filosofía, Derecho y Ciencias Sociales), con nueve tomos y dos ediciones, encontrándose en preparación la tercera.

No solamente es una obra de obligada consulta en el orden constitucional, un clásico singular en nuestro país, sino también tiene notoriedad internacional. Citaré solamente la opinión, extractada pero terminante, de quien ha sido una cumbre intelectual de nuestra materia en el siglo XX: el Profesor Karl Loewestein. Afirma éste que “solamente un científico en el campo del derecho constitucional comparado es capaz de hacer justicia a un autor que ha llegado a ser una sobresaliente autoridad”. Sólo aquél —sintetizo sus palabras— “está en condiciones de valorar con exactitud la hazaña consumada por el Profesor Linares Quintana con su monumental Tratado...”. Y agrega: “No resulta fácil admitir —y en efecto, no tiene parangón en la literatura jurídica contemporánea— que un solo autor, sin ayuda, haya compilado esos nueve volúmenes, escribiendo cuatro mil quinientas páginas, ordenadas en más de seis mil secciones y documentadas por más de seis mil notas”.

Loewestein declara su admiración “por la dimensión de la empresa, como por la capacidad del autor para organizar un extraordinario material jurídico y fáctico” y agrega, refiriéndose a la compilación de las opiniones de los representantes de los más variados países y civilizaciones que la obra de Linares Quintana “constituye un compendio del conoci-

miento constitucional de nuestra época”. Destaca “la asombrosa erudición del autor, que difícilmente otro constitucionalista contemporáneo sería capaz de igualar”. Estos son sólo algunos de los muchos conceptos sobre Linares Quintana vertidos por Loewestein, quien se autodefine como un autor “al que no puede acusarse del hábito del elogio indiscriminado”.

No puedo olvidar que el Profesor Linares Quintana difundió en nuestro país orientaciones y tendencias en la Ciencia Política con nuevos criterios, revolucionando nuestros planes de estudios universitarios. Ha encarado la integración de la Ciencia Política y Constitucional mostrando una sola disciplina en la que el Derecho Constitucional resulta la Ciencia Política fundamental, con la finalidad específica de la consagración práctica de la libertad y dignidad del hombre, a la vez que la realización de la justicia mediante el imperio del Derecho.

No puedo cerrar esta obligadamente apretada y sucinta presentación sin recordar al ser humano excepcional que sirve de soporte al notable estudioso y apasionado defensor de nuestra Ley Suprema.

A los noventa y ocho años, con la plenitud intelectual de siempre, Linares Quintana tienen en preparación una obra sobre la Revolución Empírica que explicará un fenómeno intelectual que bulle allende nuestras fronteras.

El país conoce al Dr. Linares Quintana. Millares de argentinos buscan en sus libros la solución imparcial e insobornable que ofrece a los problemas constitucionales quien es hoy la máxima autoridad en la materia. Es el ciudadano que continúa la senda ilustre, entre otras, de sus admirados Fray Mamerto Esquiú, el inspirado profeta de la ley nueva; de Joaquín V. González, bien llamado el místico de Samay Huasi y de Rodolfo Rivarola también predicador, como ellos, de la devoción constitucional en nuestro pueblo.

El Dr. Linares Quintana es conocido en el mundo exterior, en el cual se leen sus obras. Pocos saben que hace días, más de cien alumnos universitarios de Asunción del Paraguay, encabezados por su profesor de Derecho Constitucional Dr. Ubaldo Centurión Morinigo, irrumpieron en alternados turnos, por razones de espacio, en el hogar del Maestro. Ellos estudian en sus libros y vinieron espontáneamente para conocer y homenajear al mismo.

---

Nosotros, al visitarlo en su casa, recluido entre su monumental biblioteca y pilas de carpetas con valiosa documentación, no dejamos de evocar al brillante Profesor que, hace ya muchos años, nos abrió los brazos a cientos de los que hoy seguimos siendo sus humildes discípulos, induciéndonos al estudio y a la reflexión.

Entre ellos, me hago un deber emocionado recordar hoy a nuestro querido, inolvidable y fraternal amigo Carlos Manuel Muñiz. Cuando el Dr. Linares Quintana se inició como Profesor Titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Muñiz fue uno de los cinco Profesores adjuntos que el Maestro requirió junto a sí. Su contracción al estudio, su pasión argentina y ciudadana, sus cualidades humanas excepcionales, dieron leal ejemplo de solidaridad entre el Maestro y el discípulo, hasta el final de sus días.

Los que quedamos y los muchos que posteriormente valorizaron altamente esa lista inicial de colaboradores, sólo podemos repetir ante nuestro homenajeado el juicio de siempre. Ante su ejemplo de austeridad republicana, que venció la adversidad física con la vigilia gozosa del coloquio intelectual; ante la generosidad de espíritu que nos prodigó, hoy sólo podemos decirle, con la memoria y el corazón en las manos: Doctor Linares Quintana, en nombre del país y en el nuestro, ante su fecunda y abnegada labor, gracias, muchas gracias, admirado Maestro y querido y noble amigo!





# EL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY Y LA REVOLUCION EMPIRICA

POR SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (\*)

**SUMARIO: I. La revolución empírica. — II. Técnicas cuantitativas y matemáticas — III. Teoría de los juegos y estrategia política. — IV. El incumplimiento de la ley. — V. Moral y democracia. — VI. La ciencia del poder moderna. — VII. Psicopatología y Política. — VIII. Desconstitucionalización y perversión constitucional. — IX. Educación para la libertad. — X. El Dogma o Ideario de Mayo. — XI. La Constitución Nacional de 1853-1860. Acta Fundacional de la República Argentina: Su cumplimiento y no reforma. El mandato histórico del General San Martín.**

Agradecemos especialmente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, así como a su Instituto de Derecho Constitucional, la honrosa invitación para hacer, en la presente sesión pública, la presentación de la segunda edición, actualizada y ampliada, de nuestro libro *Tratado de Interpretación Constitucional*.

También expresamos nuestro profundo reconocimiento al señor Director del Instituto de Derecho Constitucional, por sus generosas palabras.

En el inicio de la presente reunión académica, cumplimos, con profundo dolor, en rendir el más sentido homenaje en memoria del Académico Dr. Carlos Manuel Muñiz que falleciera el último día del pasado mes, al término de una larga y penosa dolencia, que supo enfrentar con discreción y entereza ejemplares, dejando el imborrable recuerdo de una fecunda existencia como uno de los actores más activos de la vida política, cultural y

---

(\*) Disertación del Académico Decano en la presentación de su obra "Tratado de Interpretación Constitucional (Homenaje a Karl Loewenstein)", segunda edición actualizada y aumentada en la sesión pública del 20 de noviembre de 2007.

académica del último medio siglo de historia argentina, según el exacto decir de un calificado órgano de la opinión pública de la República.

Jurisconsulto de prestigio internacional, maestro de maestros, modelo de estadista y diplomático, fundador de instituciones notables de reconocido prestigio mundial, como la Comisión para el estudio de las relaciones internacionales, C.A.R.I., que presidió hasta su muerte, y el Instituto de Servicio Exterior de la Nación; este último sobre la base de la creación de la carrera diplomática, durante su desempeño como Canciller del país, así como de embajador en Bolivia, Brasil y los Estados Unidos, país este último con cuyo entonces presidente John F. Kennedy mantuvo fecundos contactos y de quien fue admirador y amigo personal.

El Dr. Muñiz, paralelamente a su brillante actuación pública, ejerció con igual excelencia la enseñanza de su especialidad, como Profesor de reconocido prestigio, en las Universidades de Buenos Aires y La Plata, del cual fuimos colega y amigo entrañable; lo que nos permitió valorar sus excepcionales condiciones morales e intelectuales, como también cívicas.

Y, en fin, no podemos dejar de repetir, que, como consta en las páginas iniciales de nuestro nuevo libro, el mismo esta dedicado en memoria del Profesor Emérito de la Universidad de Amherst, Estados Unidos, Dr. Karl Loewenstein, maestro de maestros, cuya vida ejemplar, esclarecido pensamiento y generosa amistad nos iluminaron el alma y el camino en el apasionante campo de la Ciencia del Poder —como él mismo y con plena autoridad la denominara—, cuyos relevantes méritos científicos y valores éticos justifican que se le haya considerado el constitucionalista del siglo. Se lo dedicamos a su memoria, con profunda admiración, afecto y reconocimiento, como el más humilde de sus discípulos, por sus magistrales enseñanzas y ejemplar generosidad intelectual.

Nuestras próximas palabras en esta tarde, serán de profundo reconocimiento a Dios, que nos concede la gracia de poder volver a ocupar físicamente el honoroso sitio académico, en feliz coincidencia con el cumplimiento del medio siglo de nuestro ingreso a esta Ilustre Corporación; desde luego que poniendo en resalto el hecho de que nuestra ausencia corpórea —como resultado de un grave accidente— en modo alguno interrumpió la faena intelectual, por cuanto, superando la adversidad, al contrario la intensificamos, en el grato recinto hogareño —que es también biblioteca y taller—, en afectuosa comunicación con familiares, colegas y amigos como así también estudiantes, que enseñar es también aprender, al decir de Miguel de Unamuno en su última lección.

Ajeno al propósito de incurrir en innecesaria como pretenciosa rendición de cuentas, nos complacemos, en cambio, en informar que durante nuestra forzosa ausencia física en las actividades académicas, nos dedicamos a elaborar el material de una nueva edición de nuestro *Tratado de Interpretación Constitucional*, que en este momento nos complacemos de presentar a ustedes, y que hemos realizado con la gentil colaboración del Dr. Antonio Castagno, prestigioso constitucionalista y querido amigo.

Para quien, como el que habla, ha dedicado, durante toda una vida, lo mejor de su esfuerzo intelectual al estudio y la enseñanza de la Ciencia Política y Constitucional, acontecimiento como el presente, no solamente hace oportuno, sino que impone como elemental deber profesional y ético, intentar la formulación de algunas precisiones vinculadas con la doctrina y la praxis de la disciplina en la actualidad del acontecer político en el mundo, en concordancia con lo expuesto en la cátedra, el libro y el sillón académico.

Como no hay mal que por bien no venga, según el viejo adagio, aprovechamos el forzoso retiro dedicando nuestro esfuerzo intelectual para concluir los borradores de un nuevo libro en preparación, cuyo título tentativo podría ser: *La Revolución Empírica y la Ciencia del Poder en el Nuevo Milenio*, utilizando valioso material sobre el tema —que hemos vertido al español— obtenido durante nuestra residencia en los Estados Unidos, ejerciendo la cátedra de Ciencia Política y Derecho Constitucional Comparado en la Universidad de North Carolina (Chapel Hill), durante los ciclos lectivos 1951—1952 y 1953—1954; actuación que nos hizo merecedor de que se nos concediera el Doctorado en Derecho *honoris causa* y se nos adjudicara la cátedra titular en forma definitiva.

### **I. La revolución empírica**

Nuestra permanencia en los Estados Unidos hizo posible que, en plena Revolución Empírica, pudiéramos informarnos y cambiar ideas directamente con los protagonistas principales del trascendental movimiento que ocasionó cambios fundamentales en el proceso de cientificación de la Ciencia del Poder. Tales circunstancias nos facilitaron reunir invaluable material para el referido libro, que servirá para informarse del estado actual de la Ciencia del Poder, que esperamos publicar próximamente.

David Easton, notable profesor de la Universidad de Chicago y protagonista por excelencia de la Revolución Empírica, en su clásico libro *The Political System: an inquiry into the state of Political Science*, editado en la ciudad de New York en 1953, expuso las bases y postulados fundamenta-

les del trascendental movimiento ideológico y metodológico que se expandió rápidamente en el mundo, calando hondo en las entrañas mismas de la Ciencia Política y que de cierta manera comportaba un revival de la concepción aristotélica originaria (1).

En dicha obra, de amplísima difusión mundial, Easton expresaba que en el último medio siglo, la Ciencia Política ha sufrido una transformación radical. Ningún factor, por sí solo, ha tenido tanta influencia en este cambio como la Revolución Empírica, que tuvo lugar en Europa, que echó raíces en el siglo XIX, y cuyo nombre fue usado por primera vez por Harold D. Lasswell y A. Kaplan, en su obra *Power and Society*, con la posterior aprobación de David Easton, y así como de la generalidad de los científicos políticos (2).

Con su característica claridad y concisión, Friedrich explica en que consiste la Ciencia Política o del Poder de acuerdo con el criterio moderno que prevalece en la actualidad: recorrer y resumir la experiencia política de la humanidad con el fin de establecer conclusiones generales sobre los factores que propician u obstaculizan el orden político y el bien común, en una tarea tan necesaria como arriesgada. Y con plena autoridad científica, el prestigioso catedrático de la Universidad de Harvard, advierte que su obra fundamental *El Hombre y el Gobierno*, procura cumplir con tan esencial y difícil faena intelectual precisamente alguien que hubiese pasado toda su vida trabajando con los materiales de la Política, no solo en teoría, sino en la práctica, no solo en un país, sino en muchos; no solo de un modo pragmático, sino también filosófico. Los materiales se multiplican, los esfuerzos para la construcción y reconstrucción de los órdenes políticos adquieren un alcance mundial, pero la insatisfacción ante los resultados en general también. Y señala que es el primero en admitir, sin embargo, que su obra no es la primera ni la última que intenta enfrentarse con la experiencia política de la humanidad en términos generales. Desde la Política de Aristóteles hasta las obras de nuestros contemporáneos —agrega— las cuestiones tratadas han ocupado la atención de los mejores cerebros, pues pese a cuanto se ha dicho y hecho, el destino del hombre depende de su capacidad de entablar relaciones con su prójimo, dentro del marco

---

(1) DAVID EASTON, "The Political System: an inquiry into the state of Political Science", New York, 1953. Idem, "Política Moderna: un estudio sobre la situación de la Ciencia Política", versión española de Luis María Trejo de Hernández.

(2) DAVIS EASTON, "The Political System: an inquiry into the state of Political Science", cit., p. 67; ídem, Política Moderna, cit., p. 68.

estable de una comunidad ordenada en la que gobernantes y gobernados estén unidos en la prosecución de fines comunes (3).

Sobre la base del análisis científico de la experiencia de los hombres y los pueblos, hoy se busca elaborar la *teoría empírica de la Política*. Consiste —como explica acertadamente Friedrich— en “recorrer y resumir la experiencia política de la humanidad con el fin de establecer conclusiones generales sobre los factores que propician u obstaculizan el orden político y el bien común”. Trátase de la teoría política de la experiencia humana, entendida la teoría —si la diferenciamos de la Filosofía y la opinión— como “el conjunto, más o menos sistematizado, de generalizaciones demostrables —o, al menos, coherentemente argüibles— basadas en el análisis riguroso de hechos comprobables”. Ahora bien, el entendimiento humano se apropia progresivamente del mundo real y de las cosas que contiene y, al mismo tiempo, este proceso no es nunca completo y hay siempre aspectos o fases de las cosas estudiadas que permanecen fuera del conocimiento humano en este punto, pero que pueden ser captados posteriormente. La experiencia política está condicionada por el aspecto que presentan las mentes humanas en sus operaciones, e incluso la ley más abstracta y general está condicionada por las formas de pensamiento que todo ser humano aporta a la descripción de las observaciones. Bien advierte Friedrich que “nunca describimos únicamente hechos, sino observaciones de estos pretendidos hechos. En el terreno de la historia, estos hechos son acontecimientos que creemos que se han producido y que, al producirse, han sido experimentados por seres humanos, en parte mediante la observación, en parte mediante la participación y en parte, finalmente, mediante la conjetura. El resto lo hace la comprensión simpática. La singularidad de los hechos históricos, al producirse sólo una vez en su marco específico, significa la exclusión de toda posible comprobación de la experiencia mediante la repetición. La narración de los hechos es el único documento sobre lo ocurrido y ha de convertirse, por lo tanto, en el foco de toda investigación científica. Esto significa que en la extensa área de hechos histórico-políticos de que se ocupa la Ciencia Política, tratamos con narraciones de hechos, no con los hechos directamente” (4).

---

(3) CARL J. FRIEDRICH, “El hombre y el gobierno: Una teoría empírica de la Política” versión española de J. A. González Casanova, Madrid, p.11.

(4) DAVID EASTON, “The new revolution in Political Science”, “The American Political Science Review”, diciembre 1969, vol. LXIII, núm. 4, p. 1051.

De acuerdo con su sentido gramatical, el empirismo es el sistema o procedimiento fundado en la experiencia; y más específicamente, designa al sistema filosófico que toma a la experiencia como la única base de los conocimientos humanos. La experiencia es el conocimiento que se adquiere exclusivamente con el uso, la práctica, el vivir. Y como mucho se ha discutido y escrito sobre el tema, no sorprende que hace más de un siglo ya Sarmiento, con su proverbial agudeza, en carta dirigida a Victorino Lastarria, el 6 de diciembre de 1868, aludiera irónicamente al “charlatanismo, que es la aspiración de la Ciencia Política”, en abierta paradoja con uno de los postulados esenciales de la Revolución Empírica, que exige la mayor exactitud y precisión en la terminología del método científico, por ella utilizado.

Señala Easton que para la investigación política norteamericana, el concepto fáctico de la Ciencia había nacido en el período que siguió a la guerra civil. Con anterioridad a esa época, la elaboración del inventario de hechos era prácticamente desconocida; después de ese lapso, surgió un punto de vista sobre la Ciencia que se convirtió en la base de la investigación política moderna; la esencia de la Ciencia se encuentra en la reunión de datos objetivos, los hechos desnudos, sobre la vida política. Fundamentalmente, surgió como reacción contra el tipo especulativo y elaboración de sistema, que prevaleció en el siglo XIX, especialmente en Europa y, sobre todo, en Alemania, donde se formaban los científicos sociales norteamericanos más prominentes, o de donde tomaban inspiración. Parte de esta especulación tomó la forma de la jurisprudencia racionalista que terminó en el callejón sin salida del positivismo legal. Sus limitaciones en cuanto a ayudar a comprender a la sociedad se hicieron aparentes desde la década de 1880. Sin embargo una parte considerable de esta especulación, típica no solamente de la Ciencia Política, sino de todas las Ciencias Sociales, participó en la construcción de amplia teoría sistemática sobre la vida social y política (5).

Un adecuado equilibrio y una razonable ponderación entre el enfoque tradicional y estas nuevas orientaciones han de señalar el camino que conduce al reencuentro de la ciencia política y constitucional con el hombre. Que no es sino el rumbo que con profética y señera visión indicara Echeverría, en su luminosa *Ojeada retrospectiva*, hace más de un siglo, cuando escribía: “El punto de arranque para el deslinde de estas cuestio-

---

(5) DAVID EASTON, “The Political System: an inquiry into the state of Political Science”, cit., ps. 67/68; ídem, “Política moderna: un estudio sobre la situación de la Ciencia Política,” cit., ps. 67/68.

nes debe ser nuestras leyes, nuestras costumbres, nuestro estado social; determinar primero lo que somos, y aplicando los principios, buscar lo que debemos ser, hacia que punto debemos gradualmente encaminarnos. Mostrar en seguida la práctica de las naciones cultas cuyo estado social sea más análogo al nuestro, y confrontar siempre los hechos con la teoría o la doctrina de los publicistas más adelantados. No salir del terreno práctico, o perderse en abstracciones; tener siempre clavado el ojo de la inteligencia en las entrañas de nuestra sociedad...” (6).

En un notable análisis de la teoría y el método del análisis político, el profesor Meehan señala que aún hoy no es raro encontrar estudios de política que involucren un conjunto de supuestos y un *modus operandi* que solo difieren en detalle de los empleados por Hobbes y Locke, y aún por Platón y Aristóteles; ya que, a su juicio, para algunos modernos especialistas parecería no existir la ciencia moderna, y su terminología incurre en ambigüedades e imprecisiones que suelen vincularse con la época en que la Filosofía y la religión eran las madres de las Ciencias. Según el profesor Meehan, “las Ciencias Físicas y la Filosofía de la Ciencia son fuentes de información para el científico—político que se dedica a explorarlas. Metodológica y substancialmente la Ciencia tiene mucho que ofrecer al estudio de la Política” (7).

Claro está que resulta indispensable que el investigador, empleando la mayor ponderación posible, al analizar los distintos elementos que integran el fenómeno político, mantenga un justo equilibrio sin acordar preferencia a unos respecto de otros. Bien advierte Friedrich que “se considera, por consiguiente, la polaridad de las personas y de los procesos. Las instituciones son y pueden ser vistas como cristalizaciones de procesos, y las funciones como proyecciones de las personas. En muchos casos, los problemas políticos no podrán ser resueltos si se deja fuera del cuadro esta relación entre personas, procesos, funciones e instituciones. El énfasis excesivo entre uno u otro de estos componentes de toda situación política es una distorsión de la experiencia. *Política est res dura*, cosa dura, y exige el análisis más endurecido” (8).

---

(6) ESTEBAN ECHEVERRÍA, “Ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37”, II in fine. Obras completas, Ed. Carlos Casavalle, Buenos Aires, 1873, t. 4, p. 17.

(7) EUGENE J. MEEHAN, “The theory and method of political análisis”, Ed. The Sorsay Press, Homewood, Illinois, 1965, ps. 5 y 257.

(8) CARL FRIEDRICH, “El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política”, cit., p. 35; ídem, “Man and his government: an empirical theory of politics”, cit., p. 22.

Mas el énfasis en el enfoque científico, con todas las rigurosidades que él mismo comporta, y que lleva a la utilización estricta de las técnicas empíricas, no debe llevar al menosprecio de la teoría, sin cuyo auxilio la mejor investigación empírica caería en el caos y la perdición. Como bien lo proclama Dahl, “el empirismo crudo, no acompañado por la guía de una teoría adecuada, casi ciertamente será estéril; igualmente estéril es la especulación que no es, o no puede ser, sometida a comprobación empírica...La Ciencia Política empírica haría bien en hallar un lugar para la especulación. Fácil y grave error en que incurren los estudiosos de la Ciencia Política, impresionados por las realizaciones de las Ciencias Naturales, es imitar sus métodos, excepto el más crítico: el uso de la imaginación” (9).

Esteban Echeverría, al que puede con justicia considerarse como el fundador de la Ciencia Política en nuestro país, si bien no formuló, en forma precisa y orgánica, una tipología de los sistemas políticos, expuso a través de las densas páginas que escribió sobre la materia, los elementos integradores de una sistematización semejante. Lejos de ser un teórico, como la generalidad de los estudiosos sociopolíticos de la época, Echeverría adentróse siempre en la realidad para formular sus conclusiones. “El punto de arranque para el deslinde de éstas cuestiones —escribía, en su luminosa *Ojeada Retrospectiva*, hace más de un siglo— debe ser nuestras leyes, nuestras costumbres, nuestro estado social; determinar primero lo que somos y aplicando los principios, buscar lo que debemos ser, hacia qué punto debemos gradualmente encaminarnos. Mostrar en seguida la práctica de las naciones cultas cuyo estado social sea más análogo al nuestro, y confrontar siempre los hechos con la teoría o la doctrina de los publicistas más adelantados. No salir del terreno práctico, no perderse en abstracciones; tener siempre clavado el ojo de la inteligencia en las entrañas de nuestra sociedad” (10).

Las conclusiones del *Dogma Socialista o de Mayo*, uno de cuyos capítulos fundamentales redactara Alberdi, demuestran con plena evidencia el adecuado método empírico utilizado, que permitiera sugerir a los Constituyentes, con sabiduría y clarividencia indiscutibles, la forma mixta de Estado que, integrando las tendencias unitaria y federal manifestadas en

---

(9) ROBERT A. DAHL. “El método conductista en la Ciencia Política,” *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, marzo-abril 1964, núm. 134, ps. 95 y 105.

(10) ESTEBAN ECHEVERRIA, “Ojeada Retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37”, II, in fine, “Obras completas”, Ed. Carlos Casavalle, Buenos Aires, 1873, t. 4, p. 17.



nuestra experiencia histórica, proporcionara la solución institucional al problema que hasta entonces parecía desembocar en una fatal y excluyente alternativa. Bien pudo escribir Juan María Gutiérrez que “su figura se levanta sin rival entre los iniciadores en nuestro país de la verdadera Ciencia que se ocupa de resolver por medios experimentales el gran problema de la organización de la libertad para los pueblos, que más que capacidad tienen el instinto que despierta en ellos al aspiración a gobernarse a sí mismos” (11). Con injusta inexactitud se ha achacado falta de originalidad al genial autor del *Dogma de Mayo*, base ideológica de nuestra Constitución de 1853-1860. “El día que se estudie el *Dogma Socialista* sin preconceptos, con el espíritu limpio de sistemas —ha dicho Cháneton—, sin propósitos bastardos como de Ángelis, sin prejuicios positivistas como Groussac o Ingenieros, se comprenderá hasta qué punto es ésta una obra entrañablemente argentina y original. Y resultará fácil explicarse el principado intelectual que todos los hombres de su generación reconocieron sin discrepancias en Esteban Echeverría”. Y agrega que “cuando se hable, pues, de su falta de originalidad, después de mostrar lo que dijo y lo que enseñó, podréis interpelar al contradictor —con la seguridad de que no sabrá responder a conciencia—: ¿Quién había pensado hasta entonces, en esta tierra argentina, con más originalidad que Echeverría?” (12).

Con acierto, escribía Alberdi que “la política y el gobierno, considerados como ciencia abstracta y especulativa, ciencia de meras ideas filosóficas, es estudio de escuela que no merece inquietar a los pueblos ni dividir a los hombres. La política aplicada, los hechos, los pueblos, los intereses, las reglas prácticas que son objeto de ella, esto es realmente la política que merece este nombre y vale la pena de ocupar al mundo. Preguntar cuál es el mejor en general, es decir, en abstracto, si la forma republicana o la monárquica, es una puerilidad de escuela. Se debe responder al instante: ¿de cuál república y de cuál monarquía se trata? Porque no se debe discutir jamás semejantes cuestiones, sino con la aplicación de la república A o B o a la monarquía C o D”. Por eso ponía énfasis el autor de las *Bases* en que “la elección de forma de gobierno no es materia de abstracciones; se hace por motivos prácticos de conveniencia”. “El hombre —afirmaba— no

---

(11) JUAN MARIA GUTIERREZ, anotación a ESTEBAN ECHEVERRIA, Discurso de introducción a una serie de lecturas pronunciadas en el “Salón literario” en setiembre de 1837, “Obras completas”, cit., t. 5, 308.

(12) ABEL CHANETON, “Retorno de Echeverría”, Editorial Ayacucho, Buenos Aires, 1944, p. 157.

elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad una Constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. El recibe esas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia; en todo lo cual no tiene más acción su voluntad que la dirección dada al desarrollo de esas cosas en el sentido más ventajoso a su destino providencial” (13).

Anticipándose en muchos años a la moderna concepción de la teoría empírica de la Política, Bartolomé Mitre, desde su banca de constituyente en la famosa Convención Reformadora de la Provincia de Buenos Aires 1870-1873, sostuvo que “la Ciencia Política es una Ciencia experimental cuyas teorías son las consecuencias probadas, y en tal sentido es una Ciencia popular que está en la conciencia del mundo entero”. En la misma oportunidad dijo Mitre que “la política aplicada a las instituciones es la Ciencia y la experiencia, o en otros términos, una Ciencia experimental que nace de los hechos, de los que se deduce la teoría, que al fin de eleva a la categoría de principio” (14).

Con referencia más específica al Derecho Constitucional, puede decirse con Friedrich, que el Derecho es historia congelada. En un sentido elemental, todo lo que estudiamos cuando estudiamos Derecho es la narración de un acontecimiento histórico, y toda la historia consiste en relatos o testimonios de esta clase. Las instituciones que construyen los Derechos de los distintos países son excrecencias de ese proceso que, según la memorable frase de Burke, une lo muerto y lo pasado con las generaciones que aún están por nacer. Por el otro lado, no es posible concebir la Historia sin el Derecho, sobre todo si nos referimos a la Historia de nuestro mundo occidental. Como acota Friedrich, “es evidente que ni la Historia medieval ni la moderna se hubieran podido escribir sin prestar cuidadosa atención a las instituciones legales. Desde el feudalismo hasta el capitalismo, desde la Carta Magna hasta las Constituciones de la Europa contemporánea, el historiador, a cada vuelta, da con el Derecho como un factor decisivo”. Por ello, concluye el autor citado que la experiencia es, pues, experiencia histórica. Sin Historia no puede

---

(13) JUAN B. ALBERDI, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Obras selectas, cit., t. 10, p. 100.

(14) LUIS V. VARELA, “Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires: 1870-1873”, Ed. Oficial, Imprenta de “La tribuna”, Buenos Aires, 1877, t. 1, ps. 49 y 293.

haber, ni habría, Derecho ni Jurisprudencia. La Historia en este caso, se concibe simplemente como testimonio de la experiencia humana (15).

La teoría empírica de la Política ha sido cultivada en los últimos años, con reconocida eficacia, en el área del análisis de los sistemas políticos, estableciéndose una confrontación entre los regímenes democráticos y los regímenes autoritarios y formulándose estrategias y tácticas para la investigación (16).

Enseña Duverger que la investigación científica en el campo de las Ciencias Sociales, y dentro de éstas en el ámbito de la Ciencia Política y Constitucional, comprende dos elementos: la búsqueda y observación de los hechos y el análisis sistemático de los mismos. Sin la búsqueda y la observación de los hechos, el análisis sistemático se reduce a un razonamiento filosófico y abstracto, y sin este último, la observación y la búsqueda resultan nada más que empíricas. Sin embargo, no debe olvidarse que ni uno ni otro elementos se sitúan en momentos diferentes y sucesivos de la investigación; no se observan primero los hechos para analizarlos sistemáticamente luego, sino que la sistematización interviene desde la fase de la observación, está íntimamente ligada a ella —formulación de hipótesis, elaboración de hipótesis, elaboración de una tipología, etc.— y sin ella no puede progresar (17).

Desde luego que el empirismo ha dado lugar a criticables exageraciones en el dominio de la Ciencia Política, puestas de manifiesto por numerosos y calificados especialistas de todo el mundo. Con frecuencia, la excesiva preocupación por los hechos no solamente desfigura la realidad misma, sino que hace perder orientación a quien investiga, extraviándolo en la selva oscura de los datos. “La impresión que produce la aplicación de los métodos empíricos en Ciencia Política —dice Verdú— no es muy alentadora, pues parece que el objeto de aquélla se disuelve en una serie de procedimientos explicativos de los fenómenos políticos”. Los datos se acumulan, sus explicaciones se amontonan, pero es menester la sistemática que los agrupe coherentemente e incorpore a una línea teórica. Hay que evitar que el énfasis sobre los hechos oscurezca los procedimientos lógicos

---

(15) CARL FRIEDRICH, “La Filosofía del Derecho”, versión castellana de Margarita Alvarez Franco, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 331.

(16) AREND LIJPHART, “Toward empirical democratic theory”, “Comparative Politics”, abril 1972, vol. 4, núm. 3, p. 417

(17) MAURICE DUVERGER, “Métodos de las Ciencias Sociales”, cit., p. 107.

englobantes del conocimiento político (18). Débese, asimismo, comprender y aceptar que por la diferencia misma de la naturaleza, la Ciencia Política no puede mantener los *standards* de empirismo que las exigencias físicas requieren (19). Por otra parte, la acentuación exagerada del empirismo y, además, mal entendido éste, ha llevado, sobre todo en los Estados Unidos, al descuido por la teoría, a la vez que el mal uso de ésta (20).

Advierte Van Dike que los procedimientos investigativos se considerarán científicos o no en atención a la garantía que ofrezcan sus resultados. Si la repetición del éxito es posible, o si los hallazgos se basan claramente en pruebas que son convincentes para aquellos que están en situación de poder juzgar, se entiende que los procedimientos utilizados son científicos. Y cita a Hyneman, quien dice que un investigador político emprende un estudio científico: a) si tiene como objeto de investigación una materia que puede ser ilustrada por pruebas empíricas; b) si concede a las pruebas empíricas la máxima fuerza probatoria; c) si en la búsqueda, el análisis y la evaluación de las pruebas se acerca a los más altos criterios que otros científicos sociales han probado que son alcanzables; y d) si da cuenta de sus procedimientos y de sus hallazgos de manera que permita a otros estudiosos ampliar la posibilidad de juzgar si sus pruebas confirman sus hallazgos. Se ha señalado que resulta inevitable que los científicos políticos empleen en sus investigaciones diferentes métodos, técnicas y enfoques. Aparte de estas diferencias, los politicólogos tienen en común ciertos compromisos con los métodos académicos. Aunque los practiquen de muy diversas maneras, en general están obligados por los principios fundamentales del empirismo. Es decir, que en mayor o en menor medida están ligados a la proposición de que el conocimiento de la conducta y las instituciones sociales debe nacer de la experiencia de la percepción sensorial de los hechos ocurridos en el mundo real. Para el empírico, el conocimiento es una serie de generalizaciones basadas en la observación de casos y hechos concretos. “Los científicos de la política —dice Sorauf— pueden diferir en cuanto a lo sistemáticamente que juzgan las observaciones y el registro de las mismas; pero, a pesar de ello, está presente su aceptación de los métodos empíricos”. Tal vez exista otra forma de expresar esta aceptación del empirismo: los peritos en Ciencia Política están de

---

(18) PABLO LUCAS VERDU, “Principios de Ciencia Política”, cit., p. 87.

(19) EUGENE J. MEEHAN, “The theory and method of political analysis”, cit., p. 178

(20) DAVID E. APTER and CHARLES F. ANDRAIN, “Contemporary analytical theory”, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, N. J., 1972, P. 1.

acuerdo, fundamentalmente, acercarse de los que es la realidad en el mundo de los acontecimientos, así como acerca de la manera como se procede a derivar generalizaciones de tales acontecimientos. Comparten la definición de prueba como aquello que puede ser observado, y se muestran reacios a aceptar un hecho si no cuentan con el peso de la prueba. Por consiguiente, procuran conseguir los informes o documentos originales, o bien observan el comportamiento, o interrogan a otros observadores. Además, practican los rigurosos métodos del científico para poner a prueba hipótesis y proposiciones, valiéndose de pruebas empíricas. En otras palabras no se fían de la contemplación ni de la excogitación como sistemas para conocer lo relacionado con la política. Ni tampoco deducen explicación alguna de hechos concretos, ni acciones, de principios generales acerca de aquello que parece natural, razonable o lógico (21).

Brecht advierte que la expresión método científico puede usarse de diversos modos. En su más amplio sentido, distingue los procedimientos que se consideran científicos de los que se consideran no científicos, pero sin decir nada explícito acerca de la razón de la diferencia. En un sentido más específico, la expresión designa un determinado tipo de método; con lo cual quedan todavía abiertas dos posibilidades de interpretación. Método científico puede, en efecto, significar el único método justificado para pretender carácter científico—mientras todos los demás son científicos—, o bien simplemente método que vale la pena destacar porque está clara y precisamente definido, porque su carácter científico está fuera de duda, pero sin que con ello se pretenda que sea necesariamente el único método científico (22).

Según Brecht, en toda investigación—tanto en el ámbito de las Ciencias Sociales, incluida la Ciencia Política, cuanto en el de las Ciencias de la Naturaleza—El *método científico* se concentra en los siguientes actos científicos, operaciones científicas o pasos del procedimiento científico:

1) *Observaciones* de lo que puede ser observado y provisionalmente aceptado, por vía de ensayo, hasta más ver, aceptación o recusación de las observaciones como suficientes.

2) *Descripción* de lo observado y provisional aceptación o recusación de la descripción como correcta y adecuada.

---

(21) VERNON VAN DIKE, "Ciencia Política: un análisis filosófico", cit., p. 217.

(22) ARNOLD J. BRECHT, "Teoría política", cit., p. 27.

3) *Medición* de lo que pueda ser medido; cierto que esto no es más que una forma especial de la observación y la descripción, pero lo bastante característico como para enseñarla por separado.

4) Aceptación o recusación provisionales de los resultados de la observación, descripción y medición como hechos o realidad.

5) *Generalización inductiva* provisional de los hechos particulares aceptados o las generalizaciones fácticas inductivamente conseguidas, mediante apelación a determinadas conexiones, especialmente conexiones causales.

6) *Deducción lógica* a partir de las generalizaciones fácticas conseguidas o de los intentos hipotéticos de explicación, con objeto de expresar claramente en palabras u otros signos lo que queda implícitamente dicho en las generalizaciones y en los intentos de explicación respecto de otras observaciones posibles o respecto de hechos ya aceptados, generalizaciones fácticas ya aceptadas o intentos hipotéticos de explicación también ya aceptados.

7) *Comprobación, testing*, mediante ulteriores observaciones de si la aceptación provisional de observaciones, descripciones y mediciones ha sido correctamente ejecutada, y de si sus resultados se justifican como hechos y las expectativas derivadas de sus generalizaciones o intentos de explicación resultan también cumplidas.

8) *Corrección* de la aceptación provisional de observaciones, etc., y de sus resultados, de las generalizaciones inductivas y las explicaciones hipotéticas, en la medida en que resultan inconciliables con otras observaciones, generalizaciones o explicaciones previamente aceptadas; o bien corrección de lo previamente aceptado.

9) *Previsión* de acontecimientos o estados que deben esperarse como consecuencia de acontecimientos o estados pasados, presentes o futuros o de toda constelación posible de tales acontecimientos o estados; y ello con el fin de: a) someter una vez más a prueba hipótesis fácticas y teóricas; o bien b) suministrar una aportación científica a la acción práctica de elección entre varias alternativas posibles de la conducta.

10) *Recusación* —o sea, eliminación de entre las proposiciones aceptables— de todas las afirmaciones que no han sido conseguidas ni confir-

madras del modo aquí descrito, especialmente de todas las proposiciones *a priori*, con la excepción de aquellas que son inmanentes al método científico o que se utilizan meramente como suposiciones provisionales o hipótesis de trabajo (23).

La tendencia a la aplicación de rigurosos procedimientos científicos ha tenido proyecciones de incalculable valor en el campo de la metodología de las Ciencias Sociales y Políticas. Como bien afirman Festinger y Katz, “el descubrimiento contemporáneo de que la metodología científica puede aplicarse a los problemas humanos revolucionó la Psicología y afectó notablemente todas las ramas de las Ciencias Sociales” (24). Y si bien tan importante movimiento dio lugar a abusos y exageraciones por parte de quienes olvidaron las profundas diferencias que separan a las Ciencias Sociales y Políticas de las Ciencias Físicas y Naturales, que acarrearán considerables limitaciones al empleo del enfoque científico en el área de dichas disciplinas, no puede negarse el efecto beneficioso que ha reportado a las mismas, dentro del propósito de científizarlas. Es que —como afirma Lastrucci— “el hombre está ahora presenciando la segunda gran embestida ideológica de la Ciencia, y está asustado y atónito por lo que ve. La primera gran agitación en el pensamiento occidental ocurrió en la Edad Media cuando la naciente Ciencia de Copérnico, Galileo y Newton obligó al hombre medieval a revalorarse en relación al cosmos. Hoy, sin embargo, la Ciencia está forzando al hombre a reorientarse en relación a su supervivencia potencial sobre su propio estremecido planeta” (25). Metodológica y sustancialmente, la Ciencia tiene mucho que ofrecer a los estudiosos de la Política. Pero —como señala Meehan—, “los científico—políticos no pueden abdicar de su propia disciplina en el nombre de la Ciencia o de cualquier otra disciplina” (26).

La acentuación de la rigurosidad científica en la metodología de la Ciencia Política y Constitucional no comporta, sin embargo, ignorar la naturaleza particular de la disciplina a la vez que las notables diferencias que

---

(23) ARNOLD J. BRECHT, “Teoría política”, cit., p. 28.

(24) LEON FESTINGER y DANIEL KATZ, “Los métodos de investigación en las Ciencias Sociales”, versión castellana de Eduardo Masullo, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1972, p. 13.

(25) CARLO L. LASTRUCCI, “The scientific approach: Basic principles of scientific method”, Schenkman Publishing Co., Cambridge, 1967, p. V.

(26) EUGENE MEEHAN, “The theory and methods of political análisis”, cit., p. 257.

presenta con relación a las Ciencias Físicas y Naturales. Robert Oppenheimer, uno de los sabios más destacados en la investigación atómica, hace notar que en la mayoría de los estudios científicos, las cuestiones del bien y del mal, o de lo justo o injusto, desempeñan a lo sumo un papel menor y secundario. En cambio, son fundamentales para las decisiones prácticas de orden político, ya que sin ellas la acción política carecería de sentido. “Las decisiones de orden práctico —dice— y, sobre todo, las decisiones políticas, nunca pueden separarse enteramente de las pretensiones de interés especial en conflicto. Estas son también parte del significado de una decisión y de una conducta, y deben ser una parte esencial de la fuerza que ha de realizarlas. Las decisiones políticas son actos únicos en su género. En la Política poco hay que pueda corresponder a la repetición de un experimento que lleva a cabo el hombre de Ciencia. Un experimento que fracasa en su propósito puede ser tan bueno o mejor que uno que tiene éxito, porque puede ser más instructivo. Una decisión de orden político no puede ser tomada dos veces. Todos los factores que le sean pertinentes sólo se hallarán reunidos una única vez. Las analogías de la historia pueden proporcionar una guía, pero sólo muy parcial. Son éstas diferencias formidables entre los problemas de la Ciencia y los de la práctica. Ellas muestran que el método científico no puede ser adaptado directamente a la solución de problemas en la política y en la vida espiritual de hombre. Y, sin embargo, hay una pertinencia de un carácter más sutil, pero no por ello trivial” (27).

Asimismo Friedrich opina, con acierto, que, en cualquier caso, las generalizaciones acerca del valor científico relativo de los diferentes campos de conocimiento humano, están sujetas a dos objeciones fatales. En primer lugar, contienen una simple petición de principio, ya que para probar la supuesta diferencia comparan los métodos de las Ciencias Sociales con los utilizados en las Ciencias Naturales; y como consecuencia de ello que las Ciencias Sociales carecen de la exactitud del experimento o de la medida cuantitativa. Pero la aplicación de los métodos de las Ciencias Naturales a las Ciencias Sociales solamente podría estar justificada si los materiales sobre los que operan las Ciencias Sociales fuesen los mismos de las Ciencias Naturales. Por todo ello, Friedrich aconseja a los politicólogos, que se concentren en aquellas situaciones en las que pueden emplear pueden ejercer su juicio crítico. Con frecuencia es un gran paso adelante determinar las posibilidades, es decir las alternativas disponibles; y ad-

---

(27) ROBERT OPPENHEIMER, “Ciencia y política”, “*Liberalis*”, enero-febrero 1953, núm. 23, p. 9.



vierte que muchos de los errores más graves que se cometen de la Política práctica son debidos a que quienes incurren en ellos tratan de realizar algo imposible. Sin embargo, el conocimiento insuficiente para la predicción puede ser valioso como guía, como advirtió John Stuart Mill. Claro está que, como señala acertadamente Friedrich, el biólogo, el médico, así como el cultivador de las Ciencias Sociales, manejan con frecuencia ese tipo de conocimiento. Se ocupan de la vida orgánica y social en su manifestación real; y tienen que estar, en todo momento alerta a la posibilidad de que aparezca el acto creador que añade a lo que se repite siempre lo que no ha existido nunca (28).

En cuanto conocimiento cierto de las cosas, por sus principios y causas, la Ciencia del Poder, o Ciencia Política, ha experimentado al correr de los tiempos, y del mismo modo ocurrido con otras ramas del conocimiento, un largo y laborioso proceso de desarrollo y adelanto, desde sus inicios mismos con los geniales diálogos de Platón y Aristóteles hasta los actuales días; proceso evolutivo que podríamos denominar con el poco agradable pero exacto neologismo de científización; proceso signado por el ininterrumpido afán del científico de encuadrar la metodología de sus investigaciones en el marco de la mayor rigurosidad y estrictez impuestos por el innato estímulo del perfeccionamiento humano, que requiere el continuo cambio de ideas y procedimientos; cambios que muchas veces no suceden por lenta y progresiva evolución, sino rápida y hasta abruptamente por una verdadera revolución.

Resulta oportuno recordar que Alexis de Tocqueville, en su clásico libro *La Democracia en América*, llegó a afirmar “es necesaria una Ciencia Política nueva para un mundo enteramente nuevo”. Por su parte, Harold D. Lasswell, —uno de los más destacados científicos políticos de la actualidad, a quien se atribuye justificadamente haber bautizado al trascendental movimiento que conmovió y transformó a la Ciencia Política moderna, ocurrido hace medio siglo y cuyas consecuencias calaron tan hondo: como Revolución Empírica—, expresa en su última obra *The future of Political Science*, el presente período de transformación mundial podría llamarse *La era de la Ciencia* o de la *Astropolítica*; y agrega que nadie imagina que entre todas las Ciencias y las Artes, la Ciencia Política ha sido la única en permanecer sin ser afectada por los cambios ocurridos en el mundo en movimiento. Y en lo que concierne a la Ciencia Política, los efectos se

---

(28) CARL J. FRIEDRICH, “Teoría y realidad de la organización constitucional democrática”, cit., p. 548-550.

vinculan con el proceso político mismo; por lo que resulta imposible creer que el Gobierno y el Derecho hayan podido quedar al margen de los acelerados tiempos de la Historia (29).

Según Friedrich, los problemas metodológicos de la Ciencia Política son, naturalmente, parte de problemas más amplios relativos al método en las Ciencias Sociales. “En realidad —dice—, no pueden estudiarse sin considerar el método científico en cuanto tal” (30). El acuerdo sobre el uso de métodos particulares es lo que diferencia al científico del lego y del charlatán, y permite que las afirmaciones científicas puedan ser discutidas efectivamente con otros científicos. Los métodos, las vías para alcanzar el resultado, permiten a todos los miembros del grupo dedicado a esta Ciencia particular recorrer todos los pasos que condujeron a determinada afirmación, reexaminar los hechos y comprobar las generalizaciones basadas en ellos. Este proceso es el que da orden y coherencia al progreso de la Ciencia o lo hace, de hecho, posible (31). “El método científico —observa Berelson— se distingue por la sistemática y cuidadosa atención que presta a la acumulación de pruebas objetivas y los procedimientos científicos presentan a estas pruebas de una manera que demanda el respeto de los hombres de razón, por escépticos que puedan ser al principio” (32).

No debe malinterpretarse el verdadero sentido del empirismo en la Ciencia Política y Constitucional, que en manera alguna comporta la burda imitación de la investigación en las Ciencias Físicas y Naturales. “Si la moderna Ciencia Política es empírica —advierte de Sola Pool— es únicamente en el sentido de la búsqueda mediante la precisión cuantitativa y descriptiva para permitir la última verificación o desaprobación por medio de la observación” (33).

La experimentación, dentro del área de la disciplina, ha sido encarada de diversas maneras. En primer lugar, se puede ensayar la reconstrucción

---

(29) HAROLD D. LASSWELL, “The future of Political Science”, New York, 1964, p. 1.

(30) CARL FRIEDRICH, “Teoría y realidad de la organización constitucional democrática”, cit., p. 545.

(31) CARL FRIEDRICH, “El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la Política”, cit., p. 18; ídem, “Man and his government: an empirical theory of Politics”, cit., p. 6.

(32) BERNARD BERELSON, “El hombre, su comportamiento”, Editorial Pax, México, 1968, p. 15.

(33) ITHIEL DE SOLA POOL, “Contemporary Political Science: toward empirical theory”, Ed. McGraw-Hill Co. Nueva York, 1976, p. VIII.

del pasado o analizar los acontecimientos presentes, dentro de los límites relativamente estrictos de un cuadro conceptual determinado, y en relación no solo a la materialidad de los hechos en tanto elementos constitutivos del relato, sino igualmente al análisis del relato en función de hipótesis específicas. En segundo lugar —sobre todo en el estudio de las relaciones internacionales (34)—, puede utilizarse la simulación. Algunos consideran que la simulación comporta un real enfoque para el estudio de la Política (35).

El estacionamiento que en algún instante de su evolución mostró la Ciencia Política, así como la mayoría de los errores incurridos por no pocos de sus estudiosos, hanse debido a la reluctancia por el uso de los procedimientos científicos exigidos para la investigación de una verdadera Ciencia. Bien afirma Easton que “podríamos atribuir parte del lento avance de la investigación política a la falta relativa de preocupación para las cuestiones de metodología, la lógica que debe haber tras los procedimientos científicos que los especialistas en Ciencia Política dicen con frecuencia que están usando. Tales cuestiones de lógicas son tan importantes para la Ciencia Política como lo son para todas las Ciencias Físicas y Biológicas”. Y agrega que, de hecho, la Ciencia Política es la última de las Ciencias Sociales, en los Estados Unidos, que ha recibido la influencia de los procedimientos científicos rigurosos (36). Tratándose de una verdadera Ciencia, como lo es, la Ciencia Política exige para su investigación procedimientos tan rigurosamente científicos como los que requiere cualquier otra Ciencia. Por ello, ha podido decir Karl Deutsch que “la moderna Ciencia Social también ha aumentado nuestras facultades para observar y comparar sistemáticamente este mundo empírico de hechos que nos rodea, y para someter a muchos de estos hechos y procesos a medición cuantitativa y análisis lógico matemático. Al mismo tiempo, las Ciencias del Comportamiento nos han proporcionado una buena medida de información nueva y parcialmente verificada acerca de cómo la gente piensa, percibe y actúa, individualmente y en grupos” (37).

---

(34) W. J. MACKENZIE, “La Science Politique”, en UNESCO, “Tendances principales de la recherche dans les Sciences Sociales et Humaines”, Mouton — UNESCO, Paris, 1970, p. 228.

(35) WILLIAM D. COPLIN, “Introduction: simulation as an approach to the study of Politics”, en WILLIAM D. COPLIN (editor), “Simulation in the study of Politics”, Markham Publishing Co., Chicago, 1970, p. 1.

(36) DAVID EASTON, “Política moderna”, cit., p. 48; ídem, “The Political System: an inquiry into the state of Political Science”, cit., p. 48.

(37) ITHIEL DE SOLA POOL, “Contemporary Political Science: toward empirical theory”, Ed. McGraww Hill Book Co., Nueva York, 1967, p. XIII.

## II. Técnicas cuantitativas y matemáticas

No comporta una novedad el empleo de las técnicas cuantitativas, y específicamente de las matemáticas, en la investigación en el dominio de la Ciencia Política y Constitucional. Plutarco recuerda el aserto, quizás apócrifo, que formulara Platón, respondiendo la pregunta de uno de sus discípulos, de que “Dios siempre geometriza”. Por otra parte, en la puerta de la Academia leíase la enfática inscripción: “No entre quién no sea matemático”. Lo que no hace sino trasuntar la elevada estima en que los grandes filósofos políticos de la Antigüedad tenían a las matemáticas, en cuya historia y desarrollo cúpoles importante papel tanto a Platón como a Aristóteles: al primero como inspirado profesor y al segundo como autor de varios fundamentales tratados de lógica matemática. Alker afirma que desde que los geómetras egipcios mensuraron las tierras del rey y prorratieron sus contribuciones, las matemáticas han sido aplicadas a la práctica y al análisis de la política, poniendo en relieve la importante función desempeñada por las matemáticas en la Filosofía y la Ciencia Política de la Grecia Antigua. Llama así la atención acerca de la influencia ejercida por la doctrina pitagórica sobre el sistema de ideas platónico (38).

Hobbes escribió, en su *Leviatán*, que “la destreza en hacer y mantener los Estados descansa en ciertas normas, semejantes a las de la aritmética y la geometría, no, como en el juego de tenis, en la práctica solamente” (39). Por lo demás, Rousseau y Condorcet expusieron opiniones favorables a la utilización de las matemáticas en las Ciencias Sociales y Políticas, y a partir de Comte, muchos sociólogos mostraron inclinación a recurrir a las técnicas de las Ciencias Exactas dentro del ámbito específico de sus estudios. Durkheim llegó a creer que el empleo de tales procedimientos haría que los progresos del Arte Político pudieran seguir a los de la Ciencia Social, del mismo modo que los descubrimientos de la fisiología y de la anatomía habían contribuido a perfeccionar el arte de curar. Harto significativo resulta que tanto Croce como Quetelet, considerados fundadores de la estadística, designaron con el nombre de Física Social a la disciplina que creaban (40).

(38) HAWYARD R. ALKER, “Mathematics and politics”, Ed. The Macmillan Co., Nueva York, 1965, p. 1; H. W. TURNBULL, “The great mathematicians”, Ed. Simon and Schuster, Nueva York, 1956, p. 75.

(39) THOMAS HOBBS, *Leviatán*, versión castellana de Manuel Sánchez Sarto, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, parte II, cap. 20, p. 170.

(40) JEAN MEYNAUD, “Introducción a la Ciencia Política”, cit., p. 158; Idem, “Introduction a la Science Politique”, cit., p. 169; GEORGES BURDEAU, “Método de la Ciencia Política”, cit., p. 162.

Las técnicas cuantitativas se fundan sobre la estadística matemática, que consiste en el estudio de los hechos o los datos capaces de tener proyección política, que se prestan a numeración o recuento, y la comparación de las cifras referentes a los mismos. Los datos observados se someten, ante todo, a una descripción estadística. Por ejemplo: serán numerados los comportamientos y se los clasificará según estén a favor o en contra de una decisión, experiencia o doctrina determinadas. Con posterioridad, esta primera observación global servirá de base a un análisis por factores e interdependencias; se tratará de identificar los factores del comportamiento, de poner de manifiesto sus interdependencias, de medir su grado de eficacia en función de los sujetos o grupos de sujetos. Y siendo de por sí datos, serán sometidos a los mismos tratamientos estadístico y analítico. Del análisis se deducen los elementos de una primera teoría matemática formulada, hasta donde sea posible, en lenguaje cifrado o en ecuaciones o hasta en esquemas gráficos. Más tarde se efectuarán nuevas observaciones para verificar su justificación y llenar sus lagunas. Intervendrá, luego, la experimentación en la medida en que es posible reconstituir, en una probeta aislada, por así decirlo, el fenómeno social estudiado, eliminando los factores irrelevantes. Finalmente, luego de agotar el material observado mediante un análisis exhaustivo, se establecen métodos conceptuales que asimismo se trata de reducir a una fórmula matemática. Como advierte Burdeau, en último análisis, el recurso de las técnicas de las Ciencias Exactas se concreta a adoptar una actitud resueltamente inductiva y una expresión cifrada o simbólica (41).

Pero si no puede considerarse una novedad la utilización de las técnicas matemáticas en el campo de las Ciencias Sociales y particularmente en el ámbito de la Ciencia Política, es evidente que data de relativamente poco tiempo la tendencia al empleo intensivo del análisis matemático con relación al fenómeno político. Y, como señala Benson, ha sido el enfoque del comportamiento político o conductista —con su inclinación a concentrar la atención sobre las acciones de los individuos actores— el mayor estímulo para el empleo de las técnicas matemáticas en el área de la Ciencia Política, particularmente con respecto a tópicos determinados, como las elecciones, los conflictos y las relaciones entre grupos. Una razón importante para la asociación del método matemático en la Ciencia Política con el movimiento conductista, al enfocar las acciones y las interacciones de los individuos y los grupos, encuéntrase frecuentemente involucrados en la investigación interdisciplinaria, particularmente con los demás científi-

---

(41) GEORGES BURDEAU, "Método de la ciencia política", cit., p. 162.

cos sociales. Por lo demás, la utilización de las máquinas electrónicas ha resultado invaluable por su rapidez y capacidad para proporcionar información y, sobre todo, para la simulación del comportamiento en el mundo real, como veremos más adelante (42).

Paralelamente al debate suscitado en abstracto acerca de las posibilidades de aplicar el análisis matemático a los fenómenos políticos, algunos científicos han preferido trasladar la controversia al nivel del caso concreto, para extraer conclusiones ajustadas a la realidad. Así, por ejemplo, el profesor Fisher, de la Universidad de Harvard, ha encarado el problema en relación al análisis matemático de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos con vistas a la predicción en la medida en que los casos no ofrezcan modalidades nuevas y existan claros precedentes. Cabe señalar que también se ha pretendido emplear las técnicas cuantitativas para clasificar a los jueces y en general analizar los distintos aspectos de su desempeño (43). Laswell ha llegado a afirmar que se está aproximando el tiempo en que las máquinas estarán tan desarrolladas como para hacer posible la realización de juicios en los que los seres humanos que han de decidir y los *robots* serán enfrentados unos contra otros; y cuando las máquinas estén aún más perfeccionadas todavía, se construirá, por ejemplo, un escaño de *robots* jueces (44).

Sin aceptar las criticables exageraciones a que ha llegado la cuantificación en nuestros días, particularmente en los Estados Unidos, debe reconocerse la utilidad de su empleo adecuado y ponderado. Como advierte Giorlandini, “hay ámbitos, dentro de lo político, que imponen la utilización del método matemático, admitiendo siempre la unilateralización resultante de tal manipulación, pero innegablemente útil para que, ubicada la conclusión en el conjunto de causas de un proceso, se arribe a una meta aproximada a la verdad real que, por otra parte, nunca será absoluta” (45).

---

(42) OLIVER BENSON, “The use of mathematics in the study of Political Science,” en JAMES C. CHARLESWORTH, “Mathematics and the Social Science”, Ed. The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Filadelfia, junio 1963, ps. 30 y 65.

(43) FRANKLIN M. FISHER, “The mathematical análisis of Supreme Court decisions: the use and abuse of quantitative methods”, “The American Political Science Review”, junio 1958, v. LII, núm. 2, p. 321; FRED KORT, “Reply to Fisher’s mathematical analysis of Supreme Court decisions”, “The American Political Science Review”, junio 1958, v. LII, núm. 2, p. 339.

(44) HAROLD D. LASWELL, “Current studies in the decision process: automation v. creativity”, “Western Political Quarterly”, setiembre 1955, v. VIII, p. 381.

(45) EDUARDO GIORLANDINI, “Matemáticas y Ciencia Política”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 81.

Cartwright afirma, a su vez, que una parte notablemente amplia de la moderna investigación social y psicológica consiste en la clasificación, el ordenamiento, la cuantificación y la interpretación de la palabra y otros productos simbólicos de los individuos y los grupos; en cuya labor una de las tareas más importantes es la de convertir fenómenos simbólicos en datos científicos (46).

Como observa Gaudenet, la estadística aparece como una de las ramas más vivas de las matemáticas y el cálculo electrónico le abre posibilidades incalculables. También los politicólogos se han dedicado, después de algún tiempo, a desprender del fenómeno político algunos elementos cuantificables para poderlos tratar según los métodos matemáticos (47).

Meynaud anota que la utilidad del método estadístico es de dos órdenes. En primer lugar, es sumamente beneficiosa la exposición de los datos en una forma que facilita su comprensión y asimilación. Los cuadros y diagramas facilitan la comunicación de los resultados y hacen visibles inequívocamente las lagunas de la documentación que suelen pasar desapercibidas en las exposiciones de tipo literario. Pero, además y principalmente, el método estadístico comporta procedimientos de análisis que han demostrado su utilidad en todas las ramas del conocimiento científico, desde el establecimiento de promedios e índices hasta los más sutiles cálculos de correlación. Los especialistas de la Ciencia Política, mediante los estudios cuantitativos, han logrado un instrumental de alta precisión en función de las series disponibles. Una de las técnicas que mayor utilidad ha tenido es la de la correlación, que permite medir el grado de similitud, en magnitud y sentido, que existe entre los valores correspondientes de dos caracteres; o, en términos más simple, hace posible comparar las variaciones relativas de dos o más fenómenos. De esta manera se estudiará el grado de correlación entre la estructura social de la población y los resultados electorales y, llegado el caso, se expresará mediante coeficientes adecuados (48).

Las investigaciones sobre el comportamiento electoral, tan frecuentes en los últimos tiempos, se basan en el estudio sistemático de los resulta-

---

(46) DORWIN P. CARTWRIGHT, "Análisis of qualitative material", en LEON FESTINGER and DANIEL KATZ, "Research methods in the behavioural sciences", cit., p. 421.

(47) PAUL MARIE GAUDETNET, "Science financière et Science Politique", "Revue Française de Science Politique", agosto 1965, v. XV, núm. 4, ps. 630/31

(48) JEAN MEYNAUD, "Introducción a la Ciencia Política", cit., p. 160; ídem, "Introduction à la Science Politique", cit., p. 171.

dos electorales a través de las estadísticas, complementado por los sondeos, que permiten al estudioso vincular la decisión del elector con las motivaciones que han influido su voto. Precisamente, los sondeos han perfeccionado el análisis de los partidos políticos. En la generalidad de los países, y en particular en la República Argentina, el conocimiento sociológico de las agrupaciones partidarias es deficiente. A falta de otros instrumentos, el sondeo de la opinión pública aparece como medio eficaz para lograr inapreciable información; verbigracia: participación del ciudadano en la vida interna partidaria, motivos de la abstención electoral, proselitismo, razones de la elección del partido, comparación entre los partidos (49).

Con relación a las Ciencias Sociales en general, la aplicación de las técnicas matemáticas suscita una objeción que se refiere, a la vez, a la actitud intelectual, la inducción y la formulación matemática de sus resultados. En cuanto a la actitud, se señala que si bien la observación es necesaria, en todo caso nunca podría llegar a ser suficiente. Se ha dicho que los hechos sociales no pueden compararse a florecillas que nacen en los campos y que basta recoger. La intuición es, pues, indispensable para distinguir lo importante de lo accidental. Y si llegara a faltar, como anota Burdeau, la Ciencia correría el peligro de convertirse en un protocolo o en una versión taquigráfica. Por otra parte, si bien algunos fenómenos sociales son tributarios de la observación estadística, ésta es completamente ineficaz en otros casos. Si el hecho está desprovisto de significación objetiva deja de depender de la observación para entrar en el acampo de la introspección. Pero la objeción es mucho más fuerte con respecto a la posibilidad de una formulación matemática. ¿Es lo cualitativo, característica dominante de los fenómenos sociales, reducible a lo cuantitativo, condición de un lenguaje matemático? Si se afirma que la palabra método significa cuantificación, surgirá la acusación de que se desconoce el valor único de la persona humana. A su vez, los matemáticos podrán decir que no se posee, de los objetivos de su Ciencia, más que una visión superficial y hasta caduca (50):

Con referencia específica a la Ciencia Política, parecería provechosa la imitación de las Ciencias de la Naturaleza; desde que si le es necesario observar lo real, no puede obtener más que ventajas de la utilización de

---

(49) JEAN MEYNAUD, "Introducción a la Ciencia Política", cit., p. 171; ídem, "Introduction à la science politique", cit., p. 182.

(50) GEORGE BURDEAU, "Método de la Ciencia Política", cit., p. 163.



aquellas técnicas cuya eficacia está comprobada en la actualidad: no solo debe registrar los hechos, sino también consignar los resultados obtenidos en el lenguaje más preciso, o sea, mediante cifras, ecuaciones, gráficos o símbolos. Claro está que no en todas las materias de la Ciencia Política resulta igualmente fácil la utilización de los procedimientos cuantitativos. Además, en cuanto a la extensión del campo de utilización del método cuantitativo, parecería que fuera más estrecho para la Ciencia Política que para la Física o la Biología, por ejemplo. En estas últimas, una vez identificados los fenómenos, se someten sin resistencia a la observación. En materia política, en cambio, los hechos no se someten por sí mismos a la prueba, sino que hay que ir a buscarlos, cosa que generalmente resulta dificultosa. Cuanto más especializada es la Ciencia Política, encuéntrase en mejores condiciones para utilizar las técnicas de las Ciencias de la Naturaleza; más como Ciencia de síntesis, la Ciencia Política les es menos propicia (51).

Otro problema que suscita la aplicación al ámbito de la Ciencia Política de los métodos matemáticos es la duda que se plantea acerca de si bastan dichas técnicas. Físicos, biólogos y naturalistas, no están seguros de la eficacia absoluta de sus instrumentos cognoscitivos como lo creen algunos de los científicos políticos que pretenden servirse de ellos. Por otra parte, la naturaleza de la investigación política no autoriza a pretender de las técnicas positivas todo lo que las Ciencias de la Naturaleza han obtenido de ellas. J. Robert Oppenheimer, considerado el inventor de la bomba atómica, ha dicho “que no existe ninguna unidad e técnica, de apreciación, de valor y de estilo entre las diversas actividades a las que damos el nombre de Ciencia. No estoy seguro de que la victoria del espíritu humano, tan espectacular en esta empresa (la investigación de las regularidades), no haya tenido por efecto hacernos un poco sordos al papel que en la vida desempeñan las contingencias y las particularidades...

Esta noción puede ser muy útil a nuestros amigos que se consagren al estudio del hombre y a su vida: tal vez les sirva mucho más que la insistencia en seguir las vías a través de las cuales la Ciencia de la Naturaleza ha conseguido éxitos tan resonantes”. En esto ve Burdeau, prudentemente, u llamado de atención a los especialistas de la Ciencia Política contra la tentación de jugar al sabio. “Es lícito que utilicen los métodos de las Ciencias de la Naturaleza —dice—, aún de las mismas Ciencias Exactas, como

---

(51) GEORGES BURDEAU, “Método de la Ciencia Política”, cit., p. 165.

instrumentos de investigaciones parciales —búsqueda de los hechos, clasificación, determinación de su volumen en cantidad y en intensidad, apreciación de las relaciones entre datos poco numerosos, muy precisos, y relativamente estables— pero como procedimientos capaces de proporcionar una explicación global o la enunciación de una constante de un sistema complejo de fenómenos, nos parece que por el momento constituyen más bien una fuente de sinsabores que de provecho”. Claro está que el propio Bureau se cuida de advertir que estas reservas no comportan condenar toda aproximación metodológica entre la Ciencia Política y las Ciencias Exactas, sino que su objeto es incitar a la prudencia; más una vez que se ha tomado esta precaución, nada impide encarar las nuevas perspectivas que ofrecen determinadas orientaciones de los estudios matemáticos. Al ampliar los cuadros de las matemáticas tradicionales —justamente aquellos cuya adaptación a los problemas sociales no se consideraba posible—, las investigaciones recientes sobre la teoría de los grupos, la teoría de los conjuntos, la extensión del cálculo de probabilidades, introducen en las Matemáticas una disociación entre las ideas de rigor y de medida. Liberadas de la esclavitud del número, las Matemáticas se inclinarían a técnicas cualitativas (52).

Como ha señalado muy acertadamente Reynaud, las reticencias del especialista en Ciencia Política respecto a las Matemáticas, provienen de causas múltiples. Una de las más relevantes es la noción, todavía muy extendida, de que la aplicación de las técnicas de estas últimas llevaría a descuidar completamente los aspectos cualitativos de una situación o de una evolución. Esta idea deriva de un mal entendido sobre la naturaleza de las Matemáticas que, en algunos aspectos —lógica simbólica— es puramente cualitativa. Esta comprobación elemental de la situación actual de las investigaciones constituye el fundamento de lo que se comienza a llamar las *Matemáticas del hombre o de las ciencias humanas*. El objetivo de la nueva disciplina es expresar, en fórmulas adecuadas, las observaciones relativas al comportamiento social (53).

Como señala Van Dike, los métodos son obviamente cuantitativos cuando comprenden la medición y la contabilización. De manera más amplia, las referencias a cifras o a relaciones numéricas son cuantitativas, incluso

---

(52) GEORGES BURDEAU, “Método de la Ciencia Política”, cit., p. 166.

(53) JEAN MEYNAUD, “Introducción a la Ciencia Política”, cit., p. 184; ídem, “Introduction à la Science Politique”, cit., p. 194.

cuando las referencias son tan sólo a una fecha, que refleja las unidades de tiempo desde el nacimiento de Jesucristo. Muchos otros conceptos, aparte de las unidades de tiempo, son contados o medidos: palabras, temas, tópicos, extensión de las columnas, gente, votos, pasos, unidades de producción, etc. Quienes subrayan la importancia de los métodos cuantitativos desean, sin duda, que sean aplicados de manera más bien metódica, insistiendo en que lo que se cuenta sea definido con precisión y sea objetivamente identificable y que el cálculo sea hecho con cuidado. Los procedimientos deben ser tales que permitan la repetición. El conocimiento que se obtenga debe ser susceptible de demostración. Según indica Van Dike, los métodos cuantitativos han sido empleados, en general, en relación con las cuestiones que se refieren a grandes números de unidades del mismo tipo, verbigracia, votantes, y en relación con el análisis de contenido (54).

Los métodos cualitativos pueden definirse como aquellos que no son cuantitativos, o sea, que no comportan medición y contabilización. Reposan totalmente en las condiciones personales del científico: su lógica, juicio o penetración, su imaginación o intuición o su habilidad para formar impresiones exactas o percibir relaciones. Así, por ejemplo, como aclara Van Dike, cuando un método es impresionista o cuando implica solamente estimaciones aproximadas, con preferencia a contabilidad precisa, es considerado cualitativo, inclusive cuando conduce a afirmaciones casi cuantitativas. Cuando decimos que algo sucede *normalmente, frecuentemente, generalmente, etc.*, estamos formulando afirmaciones del tipo cuantitativo. Más tales afirmaciones por lo general sólo reflejan impresiones o estimaciones muy poco precisas y no contabilidad o mediciones. Análogamente los métodos son cualitativos cuando se basan en la aplicación de la inteligencia del científico a la existencia o inexistencia de pruebas, si no se considera la frecuencia relativa. El examen inteligente de una afirmación del presidente de los Estados Unidos, por ejemplo, puede proporcionar la base para explicar o predecir la acción gubernativa; y en algunos casos, la ausencia de una declaración tiene el mismo significado. Asimismo, el conocimiento de una acción o de una serie de acciones completamente diferentes del gobierno soviético puede, análogamente, proporcionar la base para una respuesta de una cuestión que de otra manera no podrías ser contestada (55).

---

(54) VERNON VAN DIKE, "Ciencia Política: un análisis filosófico", cit., p. 201.

(55) VERNON VAN DIKE, "Ciencia Política: un análisis filosófico", cit., p. 202.

Los métodos cuantitativos y cualitativos difieren en su aplicabilidad a diferentes tipos de preguntas o de situaciones. Se tiende a tratar las cuestiones complejas cualitativamente; muchas de ellas deben tratarse de este modo porque es imposible o poco práctico subdividirlas o volver a formularlas de manera que haga posible la cuantificación. Señala Van Dike que las técnicas estadísticas no son adecuadas para campos de complejidad organizada, en los que algunas afirmaciones sólo pueden hacerse para dos o más cosas consideradas en sus interrelaciones, en las cuales el hecho pertinente no es la presencia o la ausencia de algo en tal y cual cantidad, sino más bien la naturaleza de la ordenación de las entidades observables. Las cuestiones relativas a los acontecimientos, condiciones, prácticas o instituciones que sean únicas o altamente distintivas, son tratadas comúnmente con métodos cualitativos, pues es limitada la posibilidad de emplear eficientemente la contabilidad. Las cuestiones que se refieren al significado o importancia de las palabras o acontecimientos son tratadas generalmente con métodos cualitativos. O sea, que los métodos cualitativos son empleados en el tratamiento de la mayoría de las cuestiones examinadas por los científicos políticos. En cambio, los métodos cuantitativos han sido usados, por lo común, en relación con las cuestiones que se refieren a grandes números de unidades del mismo tipo, por ejemplo, votantes, y en relación con el análisis de contenido. Como observa Van Dike, “no existe duda de que los resultados logrados por los métodos cuantitativos son considerados generalmente como más seguros —y pueden, en verdad, ser más seguros— que los conseguidos por métodos cualitativos. A medida que los científicos políticos empiezan a emplear métodos cuantitativos con mayor totalidad —lo cual están haciendo un número creciente— la Ciencia Política ganará, indudablemente, en influencia. Al mismo tiempo no hay nada mágico en este método. El mejor de los métodos puede claramente ser fructífero a menos que su uso sea guiado por la imaginación y el fin apropiado. Parece plausible que las cuestiones que se preguntan hagan más que los métodos empleados para determinar la influencia de los científicos individuales y las disciplinas. Quienes se limitan a la persecución de los hechos de un bajo nivel de generalidad y cuya producción consiste tan sólo en información varia, no pueden alcanzar mucha influencia. Pero quienes, con imaginación y sentido de los fines que les llevan a plantear preguntas importantes, pueden esperar tener mucha influencia. Puede incluso ocurrir que utilicen o desarrollen métodos, quizá métodos cuantitativos que, en consecuencia, parezcan irrelevantes o innecesarios (56).

---

(56) VERNON VAN DIKE, “Ciencia Política: un análisis filosófico”, cit., p. 203.

Al decir de Alker, las matemáticas son el estudio lógico de relaciones simbólicas y consideran los sistemas de interrelaciones lógicas entre símbolos cualitativos y cuantitativos. A causa de que por su naturaleza están libres de todo contenido específico sustantivo, estos sistemas abstractos lógicos han sido aplicados a una variedad de experiencia humana, incluyendo la política (57). Como advierte Duverger, las técnicas matemáticas son formas perfeccionadas del análisis comparativo. La traducción de los fenómenos en cifras y en símbolos permite comparar muchos a la vez, confrontar sus respectivas características con gran precisión y llevar muy lejos el análisis. Si los científicos sociales y políticos se esfuerzan por introducir al máximo en sus dominios la cuantificación y las matemáticas, no lo hacen por seguir la moda, como piensan muchos ignorantes, sino porque les proporciona unos instrumentos de análisis cuya eficacia no puede compararse con la de los procedimientos clásicos de comparación. Y así, Duverger piensa que “entre los resultados que pueden ser alcanzados mediante el empleo de las técnicas matemáticas, existe la misma diferencia que entre la marcha a pie y el empleo de un avión a reacción (58).

La *investigación operacional* nació durante la Segunda Guerra Mundial para el estudio de las decisiones estratégicas. Hoy se aplica al análisis de problemas comerciales e industriales, al establecimiento de la planificación económica, a la elaboración de la política financiera, etc. La investigación operacional es una *ciencia de la decisión* en las organizaciones humanas complejas, en las que hay que tener en cuenta numerosos y diversos factores. El concepto de ciencia de la decisión debe ser precisado. Toda decisión comporta una elección y la investigación operacional tiene como objeto precisar los límites exactos de dicha elección, las consecuencias concretas de una elección orientada en una dirección determinada. Como aclara Duverger, no se trata de sustituir una decisión voluntaria por una decisión mecánica, sino de aclarar aquella, determinando con la mayor claridad posible las consecuencias que pueda acarrear (59). Los científico-políticos, en particular en los Estados Unidos, han iniciado la utilización de las computadoras electrónicas en el campo de nuestra disciplina. Desde que la ingenua concepción de la computadora como una glorificada máquina de sumar y clasificadora de estadística es reemplazada por el

---

(57) HAYWARD R. ALKER jr., “Mathematics and politics”, cit., p. 12.

(58) MAURICE DUVERGER, “Métodos de las Ciencias Sociales”, cit., p. 437.

(59) MAURICE DUVERGER, “Métodos de las Ciencias Sociales”, cit., p. 468.

concepto de un poderoso aparato lógico capaz de investigar casi toda imaginable cualidad de un sistema específico, podemos dejar de usar las computadoras como simples recursos estadísticos y comenzar a desarrollar su real potencial. La computadora, lisa y llanamente, puede tratar cualquier problema que pueda ser expresado en lenguaje claro y preciso; puede examinar las cualidades de cualquier teoría social que pueda ser planteada en palabras, por elaborada que pueda ser. Casi no existe límite para la utilización que los especialistas en ciencia política puedan hacer en la computadora, cuyo empleo supera las fronteras de nuestra imaginación. Por ejemplo, es posible programar un *hombre político idealizado*, con las características determinadas por estudios empíricos, y lograr el examen de las consecuencias lógicas de estos supuestos en un estipulado conjunto de circunstancias. ¿Cómo una persona, con una particular clase de experiencia anterior, creencias particulares, valores particulares, ha de responder en un medio exterior dado? Cuestiones de esta índole pueden ser respondidas por la computadora. Se puede crear una cantidad de personas dentro de la computadora, cada una de las cuales tenga características particulares y de comportamiento, y examinar las consecuencias de sus interacciones bajo diferentes condiciones. Se puede simular una burocracia y examinar su funcionamiento. La parte más difícil es la preparación de los datos iniciales y las reglas de operación que han de utilizar las máquinas (60).

Uno de los problemas importantes que plantea el empleo de las computadoras se refiere a los medios de comunicación del hombre con dichas máquinas. Estos medios de comunicación, que por extensión de los empleados corrientemente entre personas, se llaman lenguajes, se han desarrollado entre dos límites extremos, el del hombre y el de la máquina absoluto. Las computadoras obedecen exclusivamente el lenguaje de los impulsos eléctricos, al pasa o no pasa, al sí o no, al cero o uno, a lo que se llama un sistema binario de instrucciones. Cuando se quiere hacer realizar a una computadora una compleja operación de cálculo, es necesario combinar miles de instrucciones en sistema binario, lo que requiere muchas horas-hombre de tediosa labor de programación. Cuando las computadoras entraron en su segunda etapa de desarrollo, aparecieron otros lenguajes, los simbólicos, más parecidos a los utilizados por el hombre en sus actividades, que combinan el álgebra y frases de un idioma corriente, por lo general el inglés, como son el Fortran, el Algol, el Mad, el Comic y el Cobol, para no citar sino los más usuales, que utilizan la capacidad de la

---

(60) EUGENE J. MEEHAN, "The theory and method of political análisis", cit., p. 219.

máquina para traducirse automáticamente al lenguaje de éstas, o absoluto, mediante un programa intermedio o traductor. De manera que en la actualidad, para programar una computadora, o sea para darle las instrucciones necesarias para realizar determinadas operaciones, se requiere aunar dos tipos de conocimientos: de técnica de programación, por un lado —relativamente fácil de aprender en pocas semanas— y por el otro, de tipo científico, que exige el dominio preciso y detallado del problema a resolver, el que debe ser formulado matemáticamente y de acuerdo con las técnicas de cálculo numérico más aptas para su resolución con la máquina, lo que exige normalmente varios años de estudio de matemáticas, física e ingeniería. Esta necesidad de profundo conocimiento del problema era una condición *sine qua non* para poder plantearlo concretamente a la máquina. Ahora, los investigadores norteamericanos han creado un lenguaje, o mejor dicho, varios lenguajes orientados al problema y al hombre, tan próximos al lenguaje de éste que hacen no sólo innecesario conocer programación, sino también la técnica de la resolución del problema específico. Esta le ha sido enseñada a la máquina en uno de los lenguajes antes indicados, que son automáticamente traducidos por ésta al lenguaje simbólico Fortran mediante un programa traductor, y luego, del Fortran al absoluto (61).

El empleo de las computadoras en el campo del Derecho se va difundiendo cada día en más en los Estados Unidos, donde importantes empresas comerciales proporcionan a los abogados servicios de investigación jurisprudencial, realizados sobre la base de la utilización de las computadoras electrónicas. A este respecto, se ha llegado a pensar en la posibilidad de ofrecer un servicio internacional sobre la base del empleo de una red de computadoras, que opere con las sentencias de los principales tribunales judiciales del mundo a la vez que con la doctrina de los autores (62)

Desde luego que la utilización de las computadoras electrónicas en el campo de la Ciencia Política es hoy indispensable, siempre que no se pretenda que las máquinas sustituyan a la mente humana. Como anota Charlesworth, con aguda ironía, “¿qué habría ocurrido si la manzana que cayó sobre la cabeza de Newton hubiese caído sobre una computadora?”. Más tal temor resulta infundado, si se tiene en cuenta que el acto de la

---

(61) EMILIO A. JÁUREGUI, “Las computadoras y la práctica profesional del ingeniero”, “La Nación”, 7 de enero 1968, tercera sección, p. 6.

(62) CHARLES S. RHYNE, “The computer Hill speed a law-full World”, “The American Bar Association Journal”, mayo 1967, v. 53, p. 420.

decisión únicamente puede y debe ser realizado por el ser humano, y que los mecanismos electrónicos solamente proporcionan información al individuo para decidir con menores probabilidades de equivocarse (63).

Las críticas que se han formulado por no pocos se han dirigido más que al empleo de las computadoras electrónicas en el ámbito de la Ciencia Política, al abuso de su utilización y hasta la equivocada pretensión de que la máquina sustituya al hombre en la decisión, cuando no constituyen sino un reflejo del humano sentimiento de aversión hacia la mecanización operada en todos los aspectos de la vida contemporánea, que no en pocas situaciones convierte a la persona en una cosa. Como ha escrito Toynbee, aquélla “ha llegado a ser una cifra, un número serial perforado en una tarjeta que luego es procesada en una computadora. En una fracción de segundo, la computadora decide el destino del ciudadano—víctima entre un millón; y cuando la computadora ha pronunciado sentencia ésta es inapelable. La computadora es autocrítica e inescrutable” (64).

Sorokin ha observado que potencialmente el valor de los métodos cuantitativos es mucho mayor que su valor real demostrado hasta ahora por los estudios existentes. Este valor real—a juicio del destacado sociólogo ruso—, especialmente en los estudios de uniformidades, factores y causas, ha sido hasta el momento muy modesto. Y la modestia de los resultados ha disminuido notablemente debido a un mal uso y al abuso *cuantofrénico* de los métodos matemáticos y estadísticos. En la totalidad de las diferentes investigaciones cuantitativas, esta parte *cuantofrénica* es desgraciadamente grande. Sostiene que “puesto que la llamativa frase *investigación cuantitativa precisa* se ha convertido en una especie de manía entre los investigadores, y puesto que una actuación mecánica de las operaciones estadísticas *cuantofrénicas* no requiere discernimiento, pensamiento lógico, largo aprendizaje y una sólida preparación científica o un destello de genio, es completamente comprensible la reciente difusión de la irreflexiva investigación estadística”. Y agrega, con ironía no disimulada, que “en la rabiosa epidemia de *cuantofrenia*, todo el mundo puede coger unas cuartillas, llenarlas con toda clase de preguntas, enviar los cuestio-

---

(63) JAMES CHARLES C. CHARLESWORTH, “Some thoughts relating the present dimensions of political science”, en JAMES C. CHARLESWORTH, “A design for political science: scope, objectives and methods”, Ed. The American Academy of Political and Social Science, Filadelfia, 1966, p. 248.

(64) ARNOLD TOYNBEE, “La tercera guerra mundial”, “La Nación, 21 junio 1968, p. 6.



narios a todos los sujetos posibles, recibir las respuestas, clasificarlas de éste o aquel modo, someterlas a una máquina de tabular, colocar los resultados en varias tablas (con todos los porcentajes computados mecánicamente, los coeficientes de correlación, los índices, las desviaciones tipos y los errores probables), y luego escribir un ensayo o un libro lleno de impresionantes adornos de tablas, fórmulas, índices y otras evidencias de una investigación objetiva, esmerada, precisa, cuantitativa” (65).

### III. Teoría de los juegos y estrategia política

La teoría de los juegos fue expuesta en 1944 por el físico matemático J. von Neumann y el economista A. Morgenstern, quienes, a su vez, recogieron ideas anteriores (66). Concebida originariamente para la explicación del comportamiento económico, hoy se ha difundido ampliamente en numerosos campos, inclusive el de la teoría militar. La teoría únicamente concierne a los juegos de la estrategia, en los que, por oposición a los juegos de azar, la maestría del jugador constituye un factor del resultado. No es idéntico el caso del ajedrez, en que el conocimiento del jugador abarca todos los elementos a jugar, al caso del juego de las cartas, en que el conocimiento es sólo parcial. En la primera situación, el jugador puede emplear una estrategia pura; en la segunda, debe utilizar una estrategia mixta. Mas en todos los casos, los jugadores se enfrentan con un conjunto de elementos que representan las diversas posiciones del juego, cuya posibilidad tendrán que considerar tarde o temprano. Tres factores dominan la partida: la información del jugador sobre la posición del juego en el momento en que ha de decidir; la regla que muestra las posiciones disponibles en función del punto alcanzado; y la victoria, número conocido al final de la partida. Como dice Meynaud, la teoría de los juegos representa una tentativa de formalizar matemáticamente las decisiones intencionales y las estrategias. Según sus partidarios, la teoría de los juegos comporta un aporte a la explicación de los comportamientos sociales, o quizá, mejor, constituye un método de análisis de éstos. Toda decisión política

---

(65) PITRIM A. SOROKIN, “Achaques y manías de la sociología moderna y ciencias afines”, versión castellana de L. Rodríguez Aranda, Madrid, 1957, ps. 257/8.

(66) J. VON NEUMANN and A. MORGENSTERN, “Theory of games and economic behaviour”, Ed. Princeton University Press, 1944, p. 7; R. DUNCAN LUCE and HOWARD RAIFFA, “Games and decisions”, John Wiley and Sons, Nueva York, 1967, p. 1; KARL W. DEUTSCH, “Los nervios del gobierno, versión española de Alberto Ciria”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 83; T. S. SCHELLING, What is game theory?, en JAMES C. CHARLESWORTH, 2Contemporary political análisis”, cit., p. 212.

implica una elección entre varias posibilidades; por lo que puede esperarse que esta técnica metodológica facilite la sistematización de las opiniones que se enfrentan entre sí, así como la elección de los criterios de apreciación (67).

En sus distintas variantes —teoría del juego, teoría de la decisión, teoría de la utilidad— la teoría de los juegos ha sido ampliamente usada en cuestiones económicas y militares y en algunas clases de situaciones políticas. Como todas las estructuras matemáticas, la teoría de los juegos es formal y lógica y no tiene relevancia en el mundo real, sino en cuanto sus axiomas sean adecuados a los hechos. Pero la situación que la teoría de los juegos considera se asemeja a muchos aspectos de la vida real, y en cuanto muestra la subyacente lógica del comportamiento bajo las circunstancias estipuladas, parece ofrecer reales percepciones de la estructura de la conducta humana racional. La forma primera de la teoría, por ejemplo, trataba situaciones en las cuales dos antagonistas perseguían metas anti-téticas y mutuamente exclusivas de acuerdo con un conjunto dado de reglas en que la ganancia de un antagonista igualaba la pérdida del otro jugador. Desde entonces, se han utilizado varias otras formas de la teoría de los juegos, en las cuales uno de los jugadores gana y en las que el juego no está limitado a los jugadores... Es importante aclarar que la teoría de los juegos nada nos dice acerca de lo que la gente hace o debe hacer en la vida real. Únicamente nos dice lo que la gente haría si se cumplen tres condiciones: a) si la persona puede siempre decidir, en cada situación, cuál resultado prefiere entre diversas alternativas y qué precio o riesgo es preferido; b) si la persona puede utilizar toda la información disponible y calcular el resultado efectivo de una situación que es determinada y el resultado esperado en situaciones que involucran riesgo; c) si las reglas que gobiernan la secuencia de las acciones permitidas son fijas y explícitas (68).

En la contienda política —dice Duverger— como en todas las luchas complejas, cada uno actúa según un plan preconcebido, más o menos elaborado, donde prevé no solamente sus propios ataques, sino las respuestas del adversario y los medios de hacer frente a ellas. Este plan de lucha es lo que constituye una estrategia, mientras que los diferentes ele-

---

(67) JEAN MEYNAUD, "Introducción a la Ciencia Política", cit., p. 195; ídem, "Introduction à la science politique", cit., p. 203.

(68) EUGENE J. MEEHAN, "The theory and method of political analysis", cit., p. 213.

mentos que la componen —acciones sobre el adversario y réplicas a sus acciones— son lo que se llaman las tácticas. El análisis de las estrategias políticas —según Duverger— se encuentra todavía poco desarrollado, salvo en los dominios de las relaciones internacionales y de las luchas sindicales. Por otra parte, se han estudiado principalmente las luchas en torno a decisiones particulares. Desde hace algunos años, se ha tratado de aplicar en su análisis métodos matemáticos, utilizando la teoría de los juegos de estrategia y las técnicas del cálculo operativo (69).

La aplicación de la teoría de los juegos dentro del ámbito de la Ciencia Política, es hasta ahora reducida, limitándose a obras de un alto nivel de abstracción. Meynaud piensa que es escaso el número de politicólogos que posean la cultura matemática suficiente para su aplicación. Señala, asimismo, que un sector de eventual operación de dicha teoría es la determinación de las *reglas del juego* en política o para conferir mayor racionalidad a las decisiones de los responsables (70). Hay en cambio, quienes piensan que para aplicar la teoría de los juegos a la política no se requiere dominar matemáticas avanzadas (71). A pesar de que la teoría de los juegos goza hoy de prestigio entre los especialistas, es así mismo objeto de serias observaciones. Si bien resulta atrayente la asimilación que hace de los juegos estratégicos y de formas determinadas de la actividad social, existen diferencias importantes. Las reglas de los juegos están formuladas para dar posibilidades iniciales iguales a cada participante; lo que casi nunca sucede en las relaciones sociales, en las que es regla la desigualdad derivada de motivos asaz diferentes. Las reglas del juego estratégico son inmutables, debiendo los jugadores someterse a ellas; en tanto que en la vida social y en particular en la política, las reglas son con frecuencia materia de controversia y lucha, verbigracia, la legislación electoral. El juego, en fin, es, como bien se ha dicho, un mundo aparte, cerrado en sí mismo y aislado en el tiempo y en el espacio, mientras los procesos sociales son continuos e indefinidos. Por otra parte, surgen dudas en cuanto al alcance del empleo de dicha teoría fuera del ámbito de las matemáticas puras. En la realidad no es lo común que los participantes dispongan, como debiera ser, de una información que agote los datos útiles, ni que el adversario actúe con conocimiento de causa aguardando un resultado preciso. No es

---

(69) MAURICE DUVERGER, "Sociología Política", cit., p. 239.

(70) JEAN MEYNAUD, "Introducción a la Ciencia Política", cit., p. 196; ídem, "Introduction à la science politique", cit., p. 205.

(71) HAYWARD R. ALKER jr., "Mathematics and politics", cit., p. 130.

posible descartar el error, el capricho o la tontería. Por lo demás, la utilización del procedimiento se reduce al examen de fenómenos aislados en los que se enfrentan un número pequeño de participantes. Claro está que la mención de los inconvenientes y obstáculos no supone desconocer las ventajas del empleo razonable de los juegos. Como anota Meynaud, “la Ciencia Política sacrificaría posibilidades de renovación, cuyo alcance no podríamos ahora precisar, si cortase sistemáticamente los contactos con estas corrientes o si no hiciese nada o muy poco para intentar integrarlas en la explicación. Como mínimo, parece conveniente que estos métodos e instrumentos nuevos se estudien y ensayen muy atentamente sobre problemas precisos. Al término de tal análisis será menos presuntuoso escribir un estudio sobre las relaciones entre las matemáticas y la Ciencia Política de lo que resulta todavía hoy” (72).

Duverger, en su notable curso sobre las estrategias políticas, dictado en la Universidad de París en 1958, afirmó que para el estudio de aquéllas eran posibles tres métodos. En primer término, el método psicológico, que es el más conocido y más clásico. El análisis psicológico de los líderes políticos y de los presidentes del Consejo de Francia revelaría la estrategia de estas personalidades. Podríase así determinar la habilidad de los hombres, a la vez que su medida de personalidad y de agresividad con respecto al grupo. A juicio del distinguido profesor francés, este método sería muy valioso para las personalidades más fuertes que con frecuencia adoptan tácticas personales. El método sociológico, en segundo lugar, permite conocer las relaciones de las tensiones entre los diferentes grupos. Pero, a juicio de Duverger, el método más útil y menos utilizado para el estudio de las estrategias políticas es el método o teoría de los juegos, que resulta impracticable para quien no posea profundos conocimientos matemáticos (73).

Duverger observa que el término *estrategia* es nuevo en el campo de la Ciencia Política. De origen militar, designa el arte de preparar un plan de campaña, de dirigir un ejército sobre puntos decisivos y estratégicos, y de reconocer los puntos sobre los cuales, en las batallas, deben dirigirse las grandes masas de tropas para asegurar el triunfo. Estrategia se opone a

---

(72) JEAN MEYNAUD, “Introducción a la Ciencia Política”, cit., p. 198; ídem, “Introduction à la science politique”, cit., p. 206.

(73) MAURICE DUVERGER, “Introduction à l'étude des stratégies politiques”, París, 1959 (rotaprint), ps. 257/8.

*táctica*, que designa las operaciones que los ejércitos que se enfrentan realizan uno contra el otro. Táctica es, así, en primer lugar, el arte de combatir y de emplear las fuerzas armadas en los terrenos y en las posiciones que les sean favorables. La táctica ejecuta los movimientos que son dirigidos por la estrategia. En segundo lugar, la táctica es la manera de conducir o de dirigir los cuerpos deliberantes. Duverger afirma que la noción de estrategia comporta varias ideas que le son inherentes: una idea de batalla, de combate, de guerra; una idea de plan de combate preparado con anticipación, en previsión de los objetos del a batalla, de las reacciones del adversario, etc.; una idea de plan de conjunto, de plan global, que comprende toda campaña. Es esta nota de plan provisional y de conjunto que diferencia la estrategia de la táctica; esta última se ubica en el nivel de los detalles de la ejecución: es solamente el arte de combatir, la acción de las fuerzas armadas, la ejecución del plan de combate (74).

En el dominio de la teoría de los juegos, la estrategia asume una importancia enorme. Corresponde, desde luego, distinguir las dos ramas de la teoría de los juegos: los juegos de azar y los juegos de estrategia. La lotería es un juego en el que interviene exclusivamente el azar; el bridge y el póker, en cambio, son juegos de estrategia, en los cuales se prepara un plan y se prevén las reacciones del adversario. La teoría matemática de los juegos de estrategia, busca analizar matemáticamente las decisiones humanas en las situaciones probables. La noción de estrategia en la teoría de los juegos es un poco diferente del concepto militar: se define únicamente por el carácter completo del plan. Todo el objeto de la teoría de los juegos de estrategia es definir las diferentes estrategias posibles y medir las chances de éxito de cada una por una evaluación matemática de las ventajas y los inconvenientes de cada eventualidad. Debe abarcar un plan completo que incluya todas las réplicas del adversario. Duverger piensa que la aplicación de esta teoría en el campo de las Ciencias Sociales, y en particular en el de la Ciencia Política, que está hoy muy de moda, debe hacerse con prudencia, por cuanto pocos problemas políticos pueden ser planteados en términos matemáticos sin privarlos de substancia (75).

Como aclara Duverger, la estrategia política no es una rama o un campo particular de la Ciencia Política, sino un enfoque o ángulo de visión. Es una manera de enfocar los fenómenos políticos bajo un determinado

---

(74) MAURICE DUVERGER, "Introduction à l'étude des strategies politiques", cit., ps. 4/5.

(75) MAURICE DUVERGER, "Introduction à l'étude des strategies politiques", cit., ps. 5/6

aspecto. Estudiar las estrategias políticas consiste en estudiar la vida política en una óptica de combate, de lucha, de rivalidad: lucha de partidos, rivalidades de grupos presión, enfrentamiento entre los órganos estatales, etc. Puede decirse, así, que la estrategia política es el aspecto dinámico de la vida política. Un estudio institucional se contentará con describir las estructuras de los partidos, sus elementos o doctrinas, desde un punto de vista estático. El estudio estratégico, por el contrario, investiga el funcionamiento de esos elementos y su orientación. El estudio de las estrategias políticas tiene por objeto investigar si esas luchas son ordenadas u organizadas y descubrir las relaciones permanentes, las leyes sociológicas de las rivalidades políticas. Toda ciencia debe establecer leyes para prever; la meta de la Ciencia Política también es prever. Pero el concepto de estrategia política no se sitúa directamente sobre el plan previsional. No se trata de establecer planes de acción y hasta es posible que no se establezcan nunca. Se trata de estudiar y determinar las leyes que rigen los combates políticos y por el conocimiento de dichas leyes podría quizá llegarse a una previsión indirecta (76).

Se ha advertido, con acierto, que es crucial que el científico social reconozca que la teoría de los juegos no es necesariamente descriptiva sino más bien condicionalmente normativa. Establece, no cómo la gente se comporta o cómo se comportaría en un sentido absoluto, sino cómo ha de comportarse para lograr determinados fines (77).

#### **IV. El incumplimiento de la ley**

La aplicación de una ley, y por consiguiente de una Constitución, que es la ley de las leyes, requiere su previa interpretación. Esta es un acto de comprensión. Claro está que no se interpretan normas, sino conductas con las normas. Por eso es que la interpretación es de normas y de comportamientos o conductas. Vale decir, que en un sentido lato, la interpretación es una actividad cognoscitiva dirigida a averiguar el significado, valor y alcance de determinadas normas y conductas, a fin de ejecutar, o llevar a cabo, las reglas o prescripciones jurídicas que deben seguirse o a que se deben ajustar, comportamientos, tareas o actividades. De lo que resulta la íntima relación existente entre las problemáticas de la interpretación, aplicación y cumplimiento de las normas y conductas.

---

(76) MAURICE DUVERGER, "Introduction à l'étude des strategies politiques", cit., ps. 7/8

(77) DUNCAN LUCE and HOWARD RAIFFA, "Games and decisions", ed. John Wiley, Nueva York, 1957, p. 63.

Por lo dicho, resulta indiscutible que una de las precisiones más importantes que hoy impone establecer el accionar político en el mundo, se refiere al debido cumplimiento de la ley y, en primer término, de la ley de las leyes que es la Constitución, como requisito indispensable para el correcto funcionamiento del Gobierno de la Ley, en contraposición con el Gobierno de los Hombres.

Cuatro siglos antes de Jesucristo, Aristóteles señalaba a sus discípulos: “cuando la Ley manda, es como si Dios y la razón mandaran; cuando se concede la superioridad al hombre, es dársela a la vez al hombre y a la bestia”. Asimismo, sentenciaba el notable pensador ateniense, con justicia reputado como el fundador de la Ciencia Política:

“El orden está en la ley. Más vale que mande la ley y no un ciudadano, sea quién fuere”.

Pero el famoso estagirita cuidaba de advertir, con su profunda sabiduría:

“El Estado no puede considerarse bien regido, aunque las leyes sean buenas, si éstas no se cumplen”.

Pero para que el Estado de Derecho sea efectivamente en la realidad el gobierno de las leyes, no basta que los gobernantes ajusten a ellas su desempeño, sino que es indispensable que también los habitantes las cumplan en todo momento, por cuanto la ley rige tanto para unos como para otros.

Y ese cumplimiento de la ley no debe ser el resultado del temor a la sanción, sino el fruto del íntimo y sincero convencimiento de que no se hace sino ejecutar al deber más primordial que hace al ciudadano merecedor del goce de los derechos y prerrogativas de la civilidad.

Bien escribía el Mahatma Gandhi, en 1947: “de mi ignorante pero sabia madre aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse, proceden del deber bien cumplido. De tal modo que hasta el derecho a la vida sólo somos acreedores cuando cumplimos el deber de ciudadanos del Mundo”.

En tanto el ciudadano encuadre su conducta en el marco de la ley, estará respaldado y defendido por todo el poder del Estado en el ejercicio de todos y cada uno de sus derechos.

Como dijera el Congreso General Constituyente de 1853, al clausurar sus sesiones, dirigiéndose al pueblo de la República: “Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”.

Nuestra historia nos muestra ejemplos magníficos del acatamiento republicano a la ley.

Sancionada la Constitución de 1819, debió ser jurada el 25 de Mayo, y, en el Ejército, jefes y oficiales prestaron juramento individual.

Cuenta el General Paz, en sus clásicas Memorias, que luego que prestó el juramento de rigor ante el General Belgrano, el inmortal creador de la Bandera le dijo gravemente:

“Esta Constitución y la forma de gobierno adoptada por ella, no es, en mi opinión, la que conviene al país; pero, habiéndola sancionado el soberano Congreso Constituyente, seré el primero en obedecerla y hacerla obedecer”.

Al ser firmada la Constitución de 1853, el 1° de mayo, don Facundo de Zuviría, presidente del Congreso General Constituyente, que había sostenido la inoportunidad de sancionarla, expresó solemnemente:

“Por lo que hace a mí, señor, el primero en oponerse a su sanción, el primero en no estar de acuerdo con muchos artículos, y sin otra parte en su confección que la que me ha impuesto la ley en la clase de presidente encargado de dirigir la discusión, quiero ser también el primero en jurarla ante Dios y los hombres, ante vosotros que representáis a los pueblos, obedecerla, respetarla, y acatarla hasta en sus últimos ápices, en el acto mismo que reciba la última sanción de la ley. Quiero ser el primero en dar a los pueblos el ejemplo de acatamiento a su soberana voluntad, expresada por el órgano de sus representantes en su mayoría”.

Cuando se habla del cumplimiento de la ley por gobernantes y gobernados, no se alude solamente a la ley en sentido jurídico, sino también y principalmente a la ley moral o ética que ha de inspirar todas las acciones humanas.

La crisis política que aflige a la humanidad no es sino la exteriorización, en el ámbito institucional, de la profunda crisis de orden ético y espiritual que carcome al mundo.



Parecería que cada día se abre un abismo más hondo entre la moral privada y la moral pública.

“Esta dualidad entre la moral individual y la cívica —ha dicho Bertrand Russell—, que todavía persiste, es un factor que hay que tener en cuenta en cualquier teoría ética adecuada. Sin moralidad cívica, las comunidades perecen; sin moralidad individual, su supervivencia carece de valor. Por consiguiente, la moral cívica y la individual son igualmente necesarias en un mundo encomiable”.

Razón tenía Ortega y Gasset cuando afirmaba que “La vida humana no sólo es lucha con la materia, sino también lucha del hombre con su alma”.

El desarrollo espiritual del hombre no ha corrido parejo con el asombroso progreso tecnológico.

Quizás el hombre actual no sea peor que el del siglo XV, o que el de la antigüedad, pero es evidente que cuenta con fuerzas y elementos capaces de multiplicar al infinito las posibilidades del mal.

Como señala Madariaga, “la humanidad se halla en el pavoroso estado del aprendiz de brujo. Ha desencadenado en sí misma poderes físicos muy superiores a su poder moral, y si no gana pronto en lo moral el tiempo perdido, no podrá salvarse de una destrucción que al fin y al cabo habrá merecido”.

En carta que, desde Londres escribía a Juan María Gutiérrez el 4 de septiembre de 1859, decía Alberdi:

“¡Qué de cosas bellas y grandes podremos ver realizadas si conseguimos mantener el país en orden!”

Y el orden en nuestro país como en todo el mundo, supone, necesariamente, el imperio de la ley; de la ley jurídica y también de la ley moral.

Como sostenía el eminente brasileño Ruy Barbosa en un memorable discurso que pronunciara en 1897:

“La defensa de la República está en sus leyes... La República es la ley en acción. Fuera de la ley, la República está muerta”.

El Estado constitucional respeta y asegura la inviolabilidad del hombre —en cuanto ser libre, capaz de decidir sus propias acciones y de escoger sus propios fines— necesaria para que pueda obrar como un ser naturalmente investido de libertad, de responsabilidad y de dignidad. La seguridad jurídica es el conjunto de las condiciones que posibilitan una acción semejante, libre de todo daño o riesgo y que, al decir del eminente constitucionalista español Luis Sánchez Agesta, “presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del Derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones, creando un ámbito en la vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y, por consecuencia, con plena libertad y responsabilidad”. La seguridad jurídica constituye así el oxígeno sin el cual resulta imposible la manifestación y el cabal desarrollo del individuo, a fin de que —según la acertada expresión de Jean Jaurés— “ninguna persona humana, en ningún momento del tiempo, pueda ser apartada de la esfera del Derecho”.

### V. Moral y democracia

*“La democracia es el único camino para obtener una racionalización moral de la política”*  
(JACQUES MARITAIN, *El hombre y el Estado*, p. 76)

Si bien es cierto que Rousseau calificara de “inútil y vasta” a la Ciencia Política, y que el historiador británico Burke se lamentara de que “la Ciencia Política lejos de ser una Ciencia, es una de las artes más atrasadas”, no debe olvidarse que Aristóteles, su ilustre y sabio fundador, la consideraba como la Ciencia soberana, o sea, la más fundamental de todas, cuyo fin es el verdadero bien, el bien supremo del hombre; como tampoco que Emerson la llamara “la más grande Ciencia al servicio de la humanidad” (78).

En nuestro país, ya Monteagudo, en 1815, sostenía que “la Ciencia de la Política es la más necesaria; ella es la que funda los Estados y de ella depende su prosperidad y su conservación; jamás será demasiado el trabajo que se tome en cultivar sus principios” (79).

---

(78) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, “Derecho constitucional e instituciones políticas”, 3ª ed., Bs. As., 1976, t. I, p. 19.

(79) BERNARDO MONTEAGUDO, “Discurso preliminar”, prospecto de “El Independiente”, Buenos Aires, 1815.

En nuestros días, David Easton, uno de los más grandes científicos políticos del mundo, en su medular libro *The Political System*, señala que “desde los tiempos de Aristóteles, la Ciencia Política ha sido considerada como la Ciencia maestra” (80).

La Política es bifronte: si es Ciencia también es arte. En general, la distinción entre la Ciencia y el arte políticos hace a la diferencia que existe entre lo especulativo y lo práctico. Como Ciencia, persigue el estudio sistemático de los fenómenos políticos. Como arte, busca la solución de los problemas concretos y procura el mejoramiento de los comportamientos y de las instituciones políticas a la vez que de la lucha por el poder. La relación entre una y otro es íntima e indestructible. Quien pretendiera escindir una faceta de la otra se mecería en las nubes de la fantasía o, en el extremo opuesto, se extraviaría en la selva oscura del factualismo.

Bien enseñaba Raymond Aron que “entre la idea de un régimen y su funcionamiento, entre la democracia con la que todos hemos soñado en las épocas de tiranía, y el sistema de partidos que se ha instaurado en la Europa Occidental, existe un abismo no fácilmente salvable. Pero esta decepción es en parte inevitable. Toda democracia es oligarquía, toda institución es imperfectamente representativa, todo gobierno que se ve obligado a obtener el consentimiento de múltiples grupos o personas, actúa con lentitud y ha de tomar en cuenta la estupidez y el egoísmo de los hombres”. Agrega Aron que “la primera lección que un sociólogo debe transmitir a sus alumnos, aun a riesgo de decepcionar sus ansias de creer y de servir, es la de que jamás ha existido un régimen perfecto” (81).

## VI. Ciencia del Poder moderna

Asistimos durante los últimos años al reordenamiento y la reestructuración de la Ciencia Política, cuyo campo de acción se amplía y extiende, hasta el punto de perder nitidez las fronteras que anteriormente se creía que la separaban de otras ciencias afines, como la antropología, la sociología y la psicología. Su nota nueva y peculiar es poner énfasis sobre el gran protagonista del drama político, a través de cuyas virtudes, pasiones y defectos viven las instituciones. Como ha dicho Verdú, “el análisis del

---

(80) DAVID EASTON, “The Political System”, New York, 1953, p. 3.

(81) RAYMOND ARON, “Introducción a Max Weber, El político y el científico”, Madrid, 1969, pp. 29-30.

factor humano es capital en la Ciencia Política, porque el hombre es el elemento básico como actor, investigador, líder, gobernante y gobernado, en la convivencia” (82). Por eso, Bouthoul, anota con acierto que “cualquiera que sea la forma de gobierno, la Política es dirigida por ciertos hombres, ejecutada por otros y, en fin, aprobada, tolerada, sufrida o ignorada por la mayor parte” (83).

Valioso capítulo de la Ciencia Política moderna ha sido llenado por quien fue el notable profesor de la Universidad de Yale, Harold D. Lasswell, pionero en los campos interdisciplinarios ubicados entre la Ciencia Política, la Psicología y la Sociología. Poniendo énfasis en el estudio de la personalidad humana en su proyección sobre la Política y utilizando las técnicas del psicoanálisis, Lasswell dedicó muchos años al análisis de la *mentalidad política*. En su libro señero *Psicopatología y Política*, muestra la eficacia del empleo de la técnica de la entrevista prolongada, estudiando una serie de casos de políticos, e investigando los factores que influyen sobre las actitudes colectivas, tomando como punto de partida un examen prolijo de las biografías de individuos específicos, que le permite afirmar que la Ciencia Política sin la biografía es una forma de taxidermia.

Se comprende entonces, la importancia que para el estudio científico de la Política reviste el aporte del *político*, en cuanto protagonista y hacedor de la Política práctica, y su contribución a lo que Maritain denominó la *racionalización moral de la Política*.

El escritor español Leopoldo Eulogio Palacios, en su valioso libro *La Prudencia Política*, destaca que la Política es acción, no especulación. Pueden el científico o el sabio teorizar sobre la política. El político, en cambio, que como tal no es un científico, cuando se dedica a su menester, no teoriza, sino que ejecuta. Y agrega que “uno de los aspectos más importantes del prudencialismo, consiste en considerar que la política es una acción concreta, por la que el hombre trata de satisfacer sus necesidades apremiantes en el bien común, sin el que no puede realizar su vida ni perfeccionarse; y, por consiguiente, en afirmar que la norma y la dirección de esta acción política, no puede confiarse a la razón especulativa, que sólo concibe un hombre universal y abstracto de naturaleza inmutable, sino a la razón práctica, una de cuyas cualidades es la *prudencia política*, y cuya

---

(82) PABLO LUCAS VERDU, “Principios de Ciencia Política”, Madrid, p. 132.

(83) GASTON BOUTHOU, “Sociologie de la politique”, París, 1965, p. 49.

cara está vuelta al hombre concreto y real, situado en medio de unas circunstancias punzantes y perentorias que no pueden pasarse por alto” (84).

Sin intentar una definición, consideramos que la prudencia política es la cualidad de la razón práctica que la dispone a discernir y distinguir, con miras al interés y bien común, entre lo que es bueno o malo, útil o inútil, necesario o innecesario, eficaz o ineficaz, adecuado o inadecuado, acertado o desacertado, y, en general, conveniente o inconveniente.

Ya Aristóteles sentaba en su *Política* que “la única virtud especial exclusiva del mando es la *prudencia*; todas las demás son igualmente propias de los que obedecen y de los que mandan” (85). Y en su *Moral a Nicómaco*, el genial estagirita explicaba que “en el fondo, la Ciencia Política y la prudencia son una sola y misma disposición moral; sólo que su manera de ser no es la misma. Así, en la Ciencia que gobierna al Estado, debe distinguirse la prudencia reguladora de todo lo demás y arquitectónica, que es la que hace las leyes, y esta otra prudencia que aplicándose a los hechos particulares, ha recibido el nombre común que tienen ambas, y se llama Política” (86).

En su célebre diálogo sobre *El político*, afirmaba Platón que por encima de la jurisprudencia hay una Ciencia maestra que prescribe lo que conviene y lo que no conviene; ella, decía, es la Ciencia del auténtico político, que sin ser magistrado manda a la jurisprudencia y se sirve de los magistrados. Esta ciencia del verdadero político, semejante al arte del tejedor, reuniendo las cosas que convienen y desechando las que no convienen, forma, en interés del Estado, un verdadero tejido regio.

Platón llama a los políticos *pastores de hombres* y también *tejedores*, porque —razonaba— “la acción política ha conseguido su fin legítimo —que es cruzar los caracteres fuertes con los moderados, formando un solo tejido—, cuando el arte real, uniendo estos hombres diversos en una vida común, mediante los lazos de la concordia y de la amistad, realizando el más magnífico y el mejor de los tejidos, hasta formar un todo, y abrazando a la vez cuanto hay en los Estados..., lo estrecha todo en sus mallas, y

---

(84) LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, “La prudencia política”, Madrid, 1946, p. 55.

(85) ARISTOTELES, *Política*, “Obras completas”, Buenos Aires, t. I, libro III, cap. II, p. 55.

(86) ARISTOTELES, “Moral a Nicómaco”, *Obras completas*, t. I, libro VI, cap. VI, p. 173.

manda y gobierna sin despreciar nada de lo que puede contribuir a la prosperidad del Estado” (87).

Max Weber opinaba que “son tres las cualidades decisivamente importantes para el político: *pasión, sentido de la responsabilidad y mensura*. *Pasión* en el sentido de positividad, de entrega apasionada a una causa, al dios o al demonio que la gobierna... La pasión no convierte a un hombre en político si no está al servicio de una *causa* y no hace de la responsabilidad para con esa causa la estrella que oriente la acción. Para eso necesita —y esta es la cualidad psicológica decisiva para el político— *mensura*, capacidad para dejar que la realidad actúe sobre uno sin perder el recogimiento y la tranquilidad, es decir, para guardar la distancia con los hombres y las cosas. El no saber guardar distancias —dice Max Weber— es uno de los pecados mortales de todo político...El problema es precisamente el de cómo puede conseguirse que vayan juntas, en las mismas almas, la pasión ardiente y la mesurada frialdad. La política se hace con la cabeza y no con otras partes del cuerpo o del alma. Y, sin embargo, la entrega a una causa sólo puede nacer y alimentarse de la pasión, si ha de ser una actitud auténticamente humana y no un frívolo juego intelectual. Sólo el hábito de la distancia, en todos los sentidos de la palabra, hace posible la enérgica doma del alma, que caracteriza al político apasionado y lo distingue del simple diletante político estérilmente agitado. La fuerza de una personalidad política reside, en primer lugar, en la posesión de estas cualidades” (88).

Si para el ejercicio de cualquier función se requiere el cumplimiento de una auténtica vocación, lo es mucho más para la política. Por eso comporta una gran verdad el dicho de que el político nace y no se hace. Claro está que no basta la mera existencia de la vocación, sino que se requiere una especial y continuada dedicación al oficio. Como bien dice Marañón, “lo esencial para cumplir con rigurosa eficacia nuestra misión social no es la *actitud*, sino la *afición*, palabra ésta que los españoles debemos ajustar a su sentido estricto de amor a la cosa elegida y de ahínco y eficacia en ese amor... Un hombre lleno de aptitudes para una faena determinada, no la realizará si no la quiere, si no está aficionado de ella, aunque lleve en su bolsillo el carnet del Instituto de Orientación con nota de sobresaliente... Afición, vocación, es amor al deber, o deber impuesto por el propio y

---

(87) PLATON, “El político o del reinado”, Obras completas, Buenos Aires, 1946, t. II, pp. 645-734.

(88) MAX WEBER, “El político y el científico”, pp. 153-154.

espontáneo amor a lo elegido. En cambio, la aptitud origina tan sólo un derecho, y los hombres con derechos sólo, no van a ninguna parte” (89).

Compleja y difícil faena la política. Como expresa Max Weber, “la política consiste en una dura y prolongada penetración a través de tenaces resistencias, para la que se requiere, al mismo tiempo, pasión y medida. Es completamente cierto, y así lo prueba la historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez. Pero, para ser capaz de hacer esto no sólo hay que ser un caudillo, sino también un héroe en el sentido más sencillo de la palabra. Incluso aquellos que no son ni lo uno ni lo otro han de armarse desde ahora de esa fortaleza de ánimo que permite soportar la destrucción de todas las esperanzas, si no quieren resultar incapaces de realizar incluso lo que hoy es posible. Sólo quien está seguro de no quebrarse cuando, desde su punto de vista, el mundo se muestra demasiado estúpido o demasiado abyecto para lo que él le ofrece; sólo quien frente a todo esto es capaz de responder con un *sin embargo*; sólo un hombre de esta forma construido tiene vocación para la política” (90)

Sánchez Agesta ha definido, en términos magistrales, la esencia y la naturaleza de la visión del político. “El político —dice—, de una manera casi biológica piensa en términos de poder. Su fundamental preocupación es adquirir poder, conservarlo, defenderlo y desarrollarlo. Para él la norma es un límite o un instrumento. Cuando se define como un político realista es porque está atento a los intereses, las demandas y los deseos de quien conoce o apoya su poder. Bien sea el pueblo o los electores, bien un grupo oligárquico, bien un rey absoluto, un dictador o un jefe, cuyos pensamientos y deseos más ocultos tratará de adivinar. Valorará más la fidelidad a su persona o la atención a su juicio que la calidad y eficacia de quienes le sirven. Y verá en quienes se oponen a su poder enemigos con los que mantendrá una discusión polémica en una lucha, incluso a veces sucia, por el poder. Cuando el político supera este sentido elemental e intuitivo del poder y tiene la calidad de un hombre de Estado, ponderará al mismo tiempo los objetivos a realizar. Hombres y cosas, normas e instituciones serán para él instrumentos al servicio de esos objetivos. Su propia vida hallará su sentido en cumplirlos y su grandeza se medirá por su disposición para sacar goces y beneficios, salud y riquezas al servicio de los fines

---

(89) GREGORIO MARAÑÓN, “Tiempo viejo y tiempo nuevo”, Buenos Aires, 1942, p. 26.

(90) MAX WEBER, “El político y el científico”, pp.178-179.

que se propone como un ideal. La pasión de estos fines le hará concebir la vida política como una lucha forjada para ajustar y resolver conflictos y suprimir todos los obstáculos que se oponen a la realización de sus objetivos”. Y agrega el ilustre constitucionalista español que “la trampa del político es que tiene que respetar el Derecho, con que se legitima su autoridad y que utiliza como instrumento de mando y como prevención de conflictos menores y se ve limitado por ese mismo Derecho, cuyo respeto ha de enaltecer en su propio beneficio. Este es el clásico tema dramático de una tensión entre Política y Derecho” (91).

El tema hace a la esencia misma de la Política, de la Filosofía Política y de la Ciencia Política, como que se relaciona con el trascendental problema de los fines y los medios.

¿Cuál es la meta última y misión primordial de la sociedad política? No puede ser, desde luego, asegurar el bienestar material de unos individuos, ni tampoco lograr el predominio político sobre otros hombres.

Como enseña Maritain, “estriba más bien en mejorar las condiciones de la propia vida humana, o procurar el bien común de la multitud, de manera que cada persona concreta, no solamente en una clase privilegiada sino en toda la masa, pueda alcanzar realmente aquella medida de independencia propia de la existencia civilizada, que se asegura simultáneamente por las garantías económicas de trabajo y propiedad, derechos políticos, virtudes cívicas y el cultivo del espíritu. Esto significa que la tarea política es esencialmente un trabajo de civilización y cultura, de ayudar al hombre a conquistar su genuina libertad de expansión o autonomía —como dice el Profesor Nef, de “lograr la fe, la justicia, la sabiduría y los hermosos fines de civilización”— o sea, una labor de progreso en un orden que es esencialmente humano o moral, pues la moralidad no persigue sino el verdadero bien del hombre” (92).

La cuestión de saber cuales han de ser los medios adecuados para alcanzar tales fines, lleva a lo que con acierto Maritain denomina el problema de la *racionalización de la vida política*.

“Hay dos caminos opuestos para entender la racionalización política —sostiene el eminente pensador francés—: El más fácil —que desemboca

---

(91) LUIS SANCHEZ AGESTA, “Política y Derecho”, pp. 59-60.

(92) JACQUES MARITAIN, “El hombre y el Estado”, p. 69.



en un mal fin— es el *técnico o artístico*. El más fatigoso —pero constructivo y progresivo— es el *moral*". Y en un luminoso desarrollo del tema, explica Maritain que en alborar de la Ciencia Historia modernas, Maquiavelo, en su *Príncipe*, nos ofreció una filosofía de la mera racionalización técnica de la política, la cual pasaba a ser el arte de conquistar y mantener el poder por cualquier medio, y su ilusión era el *éxito inmediato*.

Pero también existe otro tipo de racionalización de la vida política, que no es artística ni técnica, sino moral. Esto implica el reconocimiento de los fines esencialmente humano de la existencia política, y de sus raíces más profundas: libertad, justicia, paz, ley, amor. Como advierte Maritain, "este modo de racionalización política nos lo descubrió Aristóteles y con él los grandes filósofos de la antigüedad y los grandes pensadores medievales. Después de una fase de racionalismo, que estimuló varias ilusiones en las más puras esperanzas humanas, concluyó en la concepción democrática puesta en vigor durante el siglo pasado". En este punto afirma Maritain que "debe decirse algo de particular significación: *la democracia es el único camino para obtener una racionalización moral de la política*. Porque la democracia es una organización racional de las libertades fundada en la ley" (93).

La democracia constitucional —sistema político bien llamado *gobierno de las leyes*, en oposición al *gobierno de los hombres*, epígrafe con que no se rotula mal a la autocracia porque en aquél a diferencia de ésta, la Constitución y la ley se imponen a la voluntad de los individuos, sean gobernantes o gobernados— la democracia constitucional, decimos, se funda en el principio de la soberanía popular, que requiere que el pueblo sea el titular de la soberanía y por ende del poder constituyente.

De donde resulta, que el funcionamiento exitoso del sistema exige un adecuado nivel de *capacitación moral y cívica del pueblo*, que debe ser protagonista activo y no mero espectador pasivo del drama institucional. Solamente por arte de magia quienes gobiernan podrían ser mejores que el pueblo de donde proceden y que los elige.

Por otra parte, no es posible escindir la moral pública de la moral privada. Como escribiera el Premio Nóbel Bertrand Russell, "la dualidad entre la moral individual y la moral cívica, que todavía persiste, es un factor que hay que tener en cuenta en cualquier teoría ética adecuada. Sin *moralidad cívica*, las comunidades perecen; *sin moral individual*, su supervivencia

---

(93) JACQUES MARITAIN, "El hombre y el Estado", pp. 71-76.

carece de valor. Por consiguiente, la moral cívica y la moral individual son igualmente necesarias en un mundo encomiable” (94).

En el *Manual de enseñanza Moral* publicado por Esteban Echeverría en Montevideo en 1846, escrito originariamente para las escuelas primarias del Estado Oriental, y que constituye un verdadero catecismo cívico que debería conocer todo ciudadano argentino, el insigne autor del *Dogma de Mayo*, enseñaba: “Como habéis nacido para ser ciudadanos de una patria libre, conviene que al entrar en la vida pública, tengáis una regla segura para formar juicio exacto sobre las cosas y los hombres públicos de nuestro país. Esa regla la encontraréis en la doctrina que os he expuesto anteriormente. Sabéis por ella que para servir eficazmente a la patria, para ser verdaderos patriotas, debéis consagrar vuestra devoción y vuestra acción incesante a la defensa de la causa de Mayo, traicionaréis la patria. Si sacrificáis sus intereses, o su honor o su libertad a vuestra ambición egoísta, traicionaréis la patria, sus intereses, su causa o por egoísmo o por ambición, por indiferencia o por ignorancia, no habrá *moralidad política* en vuestros actos, y seréis infames y perjuros, y responsables ante Dios y la patria”. Y el ilustre argentino agregaba: “La *moralidad política*, por consiguiente, es la fidelidad del ciudadano a la causa de la patria, y en ella consiste el verdadero patriotismo. Y esa regla de *moralidad política* que estáis obligados a observar siempre para con la patria, es precisamente la que debéis tener presente al formar juicio sobre los hombres públicos de vuestro país” (95).

Por su parte, José Manuel Estrada, desde su cátedra famosa, sostenía que existe una soberanía superior a todas las que se han disputados el dominio de la sociedad y los honores de la historia. En medio de las vicisitudes humanas y de la extrema movilidad de las pasiones, ella permanece inmutable con aquella augusta identidad de lo absoluto. Esta soberanía es la del *bien moral*. Para Estrada “*la moral aplicada a la sociedad engendra la democracia*; porque la democracia importa la perpetuidad de la soberanía común, y conserva la actitud de todos para remover aquellas trabas que las vicisitudes de la historia y los errores humanos pueden oponer al ejercicio de todo derecho y al cumplimiento de todo deber: al desarrollo de la persona, en una palabra; y esto bajo la responsabilidad que emana de su naturaleza intelectual y libre. Y al engendrar la democra-

---

(94) BERTRAND RUSSELL, “Autoridad e individuo”, p. 123.

(95) ESTEBAN ECHEVERRÍA, “Manual de enseñanza moral”, pp. 61 y 85.

cia, limitada la omnipotencia del pueblo, sometiéndolo a la lógica de su fuerza generadora, y resguardando contra sus desbordes el derecho de cada uno, la integridad de la persona, que es inviolable y sagrada. *Donde el pueblo cree poderlo todo, la democracia no existe*".

Pensaba Estrada que "ninguna forma política reclama también una moralidad tan severa como la forma democrática"; porque "si los gobiernos fundados en iniquidad o en error puede prescindir de la moral o alimentarse de una lucha insoluble contra ella, el gobierno del pueblo por el pueblo, que la reconoce como fundamento, no puede existir sino por el acatamiento de su soberanía, y adaptando a sus principios todos los actos del hombre en su capacidad social". Por eso, Estrada aceptaba como una profunda verdad la afirmación Montesquieu de que "el resorte de la República es la virtud".

Y ante la pregunta de "¿cuál es el medio de desenvolver la moral y darle su imprescindible jerarquía respecto del hombre en su capacidad personal y social?", el ilustre constitucionalista y tribuno respondía con firmeza y sin hesitar: "*educar*"; proclamando con énfasis que es "la educación popular la única esperanza de este y todos los pueblos que, aspirando a la libertad aspiran a habilitares para las austeras funciones cívicas de la democracia".

José Manuel Estrada seguía así la idea fuerza que inspiró todo el pensamiento y acción del gran Sarmiento, para quien "las escuelas son la democracia", porque "la escuela de hoy —decía el genial sanjuanino— es el presupuesto de la política dentro de diez años, cuando los niños sean ciudadanos... *Hay que educar al soberano*" (96).

Estrada y Sarmiento se referían a la *educación para la libertad*, único medio para la formación moral y cívica del individuo, que lo habilite para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que tal calidad le impone (97).

Bien proclamaba Mitre, desde su banca de senador, en 1870, que función tan importante "es una necesidad política en una democracia, porque la educación del pueblo es lo que hace que la libertad sea fecunda, que la

---

(96) JOSE MANUEL ESTRADA, "Obras completas", t. 9, p. 73.

(97) DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, "Educación popular", p. 22; AUGUSTO BELLIN SARMIENTO, "Sarmiento anecdótico", p. 112.

justicia sea buena, que el gobierno sea poderoso en el sentido del bien y que las conquistas del derecho se hagan ciencia y conciencia pública” (98).

Solamente esa *educación del pueblo para la libertad* hará posible que la democracia sea una realidad sobre la base del imperio de la moral de gobernantes y gobernados, y bajo la suprema regla de la *prudencia*, que, según el Libro de los Libros, es la Ciencia del Alma. Bien enseñaba Maritain, que “la democracia es el único camino para obtener una racionalización moral de la política” (99).

Desde épocas remotas, la historia enseña, con la irrefutable prueba de los hechos, que el poder ejerce una atracción irresistible sobre el espíritu del ser humano, al que arrastra a los peores excesos. Ya Rousseau, en el *Contrato Social*, afirmaba que la tendencia al abuso y la degeneración es un “vicio inherente e inevitable que, desde el nacimiento del cuerpo político, tiende sin descanso a destruirlo, lo mismo que la vejez y la enfermedad destruyen al fin el cuerpo del hombre” (100). Y, contemporáneamente, no exagera Maurice Duverger, el eminente profesor de la Universidad de París, cuando advierte que ningún problema político presenta una importancia mayor que el de la limitación del gobierno, en una época como la actual, en que los progresos de la ciencia y la técnica ponen en manos de quienes representa la autoridad un poderío tan grande como ningún tirano ha conocido en el curso de la historia (101).

Ante la pregunta de si la democracia es un prerrequisito del gobierno constitucional, Wheare responde que si la democracia significa solamente el sufragio universal o la igualdad de condiciones, no es bastante para constituir el gobierno constitucional. El sufragio universal puede crear y mantener una tiranía de la mayoría, de la minoría, de un pequeño grupo de individuos o de un hombre. No pocos absolutismos del siglo actual se han apoyado en el sufragio universal. “El gobierno democrático —dice Wheare— para ser gobierno constitucional debe preservar la libertad” (102).

---

(98) BARTOLOME MITRE, “Arenas”, p.507.

(99) JACQUES MARITAIN, “La racionalización moral de la política”, p. 5.

(100) JUAN JACOBO ROUSSEAU, “Contrato Social”, libro III, cap. X, p. 121.

(101) MAURICE DUVERGER, “Manuel de Droit Constitutionnel et de la Science Politique”, p. 170.

(102) A. WHEARE, “Modern Constitutions”, p. 205.

Aron piensa que “el dogmatismo del liberalismo se opone al dogmatismo de la democracia: éste pone el acento sobre el modo de la designación de los gobernantes y el modo de ejercicio del gobierno; aquél sobre los objetivos que debe fijarse el poder y los límites que debe respetar” (103). El constitucionalismo y su institucionalización —la democracia constitucional— consuman la integración de ambos dogmatismos, al requerir el principio democrático —o sea, la elección de los gobernantes por el pueblo y la responsabilidad de aquellos por su gestión ante éste— y también y fundamentalmente el principio de la limitación del poder como instrumento de su esencia teleológica, que es la garantía de la libertad.

La democracia constitucional —sistema político que conforma el ideal de gobierno y de forma de vida a que aspiran los países civilizados— exige, pues, por su misma esencia, la limitación del poder. La autoridad absoluta, aunque pretenda fundarse en la voluntad popular y la invoque, no por eso deja de comportar un despotismo, tan criticable como cualquiera otra de las modalidades del gobierno autoritario. Observa Simon, en su libro *Philosophy of Democratic Government*, que, en el hecho, la objeción que más comúnmente se formula contra la democracia es con qué facilidad da lugar a una especie formidable de tiranía: la tiranía de la mayoría. “Los hombres en el poder —dice—, si llegan a creer y a hacer creer a los demás que su gobierno es el del pueblo, están inclinados a considerar que sus acciones están indefectiblemente vinculadas con el bienestar general; en otras palabras, el origen democrático inspira al personal gobernante una empecinada confianza sobre su propio juicio. Además, el apoyo de la mayoría da al gobierno un poder más grande y más fuerte para restringir que casi todo otro poder poseído por una minoría. El peligro de la opresión por la mayoría es tan obvio, que la historia de la democracia moderna es ocupada frecuentemente por la ambición de incluir a la minoría en el cuerpo electoral controlante” (104).

La voluntad popular, fuera de los cauces constitucionales y legales, resulta tan despótica y tiránica como el arbitrio sin vallas de un dictador. El gobierno de origen más popular puede convertirse en el peor de los despotismos si sus poderes superan el marco fijado por la Constitución. La garantía de la libertad humana impone la restricción del poder gubernamental. Semejante limitación es perseguida a través de la división y la

---

(103) RAYMOND ARON, “Ensayo sobre las Libertades”, p.205.

(104) IVES R. SIMON, “Philosophy of Democratic Government”, p. 99.

distribución de las funciones del gobierno en órganos distintos, que actúan controlándose recíprocamente —tanto en el sistema de colaboración de poderes del régimen parlamentario, como en el esquema de la separación de los poderes del mecanismo presencial— dentro de las competencias delimitadas por la Constitución, con la finalidad de evitar el desborde del poder y por ende garantizar la libertad de los ciudadanos. Ahora bien, dentro del conjunto de limitaciones y controles que presupone la democracia constitucional, destácase como pieza maestra del sistema la función de permanente vigilancia, fiscalización y crítica que incumbe a la oposición con respecto al gobierno.

“Mayoría y minoría: derecho de mandar y derecho de oposición: he ahí los dos pilares de la legitimidad democrática”, ha escrito Guglielmo Ferrero (105). “El orden democrático —dice Mac Iver— protege a las minorías tanto como a las mayorías. Las minorías necesitan mayor protección que las mayorías y la democracia proporciona una solución. Donde la democracia se halla establecida, la opinión de una minoría tiene el mismo derecho a ser sostenida que la opinión contraria de todos los demás. La creencia de una pequeña minoría es tan inviolable como la creencia de la multitud”. Y agrega que “el gobierno de la opinión difiere de toda otra clase de gobierno en que requiere la coexistencia continuada de la opinión opuesta. De ahí que evite la más mortal suerte de dogmatismo: el dogmatismo que elimina por la fuerza otras creencias, en la certeza de su propia rectitud. En una democracia, los hombres estiman sus dogmas, pero no hasta el punto de matar a otros hombres porque tengan dogmas contrarios” (106).

Si la existencia de una minoría y el pleno ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales son la condición esencial de una verdadera democracia, necesario es que el ordenamiento jurídico del Estado asegure una adecuada y eficaz protección de los derechos de la oposición. Con razón Burdeau —señalando el carácter de instrumento de protección política y de garantía que reviste la Constitución— dice que ésta es “garantía también de la minoría” (107). Por su parte, Sarmiento escribía que la

---

(105) GUGLIELMO FERRERO, “El Poder”, p. 196.

(106) R. MAC IVER, “The Web of Government”, p. 205.

(107) G. BURDEAU, “Etablissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe”, p. 48.

“Constitución es una garantía para las minorías, a quienes sin ella oprimirían las mayorías, despojándolas de sus derechos o exterminarían los tiranos” (108).

La importancia de la oposición no es menor en los regímenes presidenciales, como el argentino y el norteamericano, y en general los de los países latinoamericanos. Los constitucionalistas de los Estados Unidos han señalado la esencial función que desempeña la oposición dentro del mecanismo institucional de su nación, basado en la separación de los poderes y el ejecutivo presidencial, y no han vacilado en criticar severamente a esa oposición cuando no ha funcionado con el vigor y la estrictez requeridos.

Es que la oposición, cuando cumple cabalmente, en la letra y en el espíritu, la elevada misión institucional de crítica y control que le incumbe, constituye la base más sólida que puede encontrar el gobierno para actuar correctamente. Con acierto escribía Alberdi que “para un gobierno inteligente y honrado, la oposición es su garantía de estabilidad y su auxiliar más útil. La oposición es una especie de poder en reserva, un gobierno en disponibilidad, por decirlo así, que espera en actitud pasiva y respetuosa la hora de suceder al personal del gobierno en plaza. Si ser libre es tener parte en el poder, síguese de ello que cuando en el poder sólo tienen parte los que gobiernan, puede decirse que sólo el gobierno es libre en el país sin libertad. Donde no hay oposición, sólo hay libertad oficial o gubernamental” (109).

## VII. Psicopatología y política

Harold D. Lasswell, profesor en la Universidad de Yale, es uno entre los pioneros de los campos interdisciplinarios ubicados entre la Ciencia política, la Psicología y la Sociología. Poniendo énfasis en el estudio de la personalidad humana en su proyección en la política y utilizando las técnicas del psicoanálisis, Lasswell ha dedicado largos años al estudio de la mentalidad política. En su libro *Psicopatología y política*, muestra la eficacia de la aplicación de la técnica de la entrevista prolongada, estudiando una serie de casos de agitadores, reformistas y administradores.

---

(108) DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, “Las Ciento y Una”, Obras Completas, t. 15, p. 48.

(109) JUAN BAUTISTA ALBERDI, “Peregrinación de Luz del Día”, Obras Completas, t. 15, p. 105.

En dicha obra, se analizan los factores que influyen sobre las actitudes colectivas, tomándose como punto de partida un examen de longitud de las biografías de individuos específicos. Se toman como base para la finalidad propuesta los procedimientos y los hallazgos de la psicopatología, porque se considera que son las contribuciones más elaboradas y estimulantes que hasta ahora se hayan hecho para el estudio de la persona (110).

Cree Lasswell, que en el ámbito de la Ciencia Política, la misión de la biografía política ha sido, durante mucho tiempo, la de proporcionar un correctivo vívido a la excesiva importancia otorgada al estudio de los mecanismos, las estructuras y los sistemas institucionales. “La Ciencia Política sin la biografía es una forma de taxidermia”, afirma Lasswell. Sostiene que cuando a la tumultuosa vida de la sociedad se la desuella en precedentes y se la curte en principios, las abstracciones resultantes sufren un extraño destino. Son agrupadas y reagrupadas hasta que el mosaico resultante pueda constituir un todo lógico y estético que ha dejado desde hace mucho de mantener relación válida alguna con la realidad original. Los conceptos corren constantemente peligro de perder su referencia a acontecimientos definidos. Nociones como las de libertad y autoridad necesitan renacer con un nuevo significado después de haber seguido, aunque sólo sea por un breve tramo, el sendero tentador de la abstracción. Si los conceptos están para servir a la mente y no para dominarla, sus términos de referencia deben someterse periódicamente a un rigurosísimo escrutinio. El empleo de categorías *institucionales* al descubrir la vida pública es indispensable, pero los especialistas que las utilizan tienen que decirnos acerca de las influencias *personales* que modifican el comportamiento esperado de las legislaturas, los ejecutivos y los tribunales. No es novedad que los liderazgos constituyen una variable importante en la predicción del curso de los acontecimientos, pero los estudios usuales sobre la política casi nada tienen que ofrecer con respecto a los rasgos de las diversas clases de agitadores y organizadores, y nada que decir sobre las diversas clases de experiencias de que esas diferencias surgen. Lasswell hace notar que esa limitación subsiste en los libros sobre la teoría del Estado y política de ingre-

---

(110) HAROLD D. LASSWELL, “Psicopatología y política”, versión castellana de Gregorio Aráoz, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1963, p. 9; ALFRED H. STANTON and STEWART E. PERRY, “Personality and political crisis”, The Free Press Glencoe, Illinois, 1951; EDWARD NORBECK, DOUGLAS PRICE WILLIAMS and WILLIAM M. McCORD, “The study of personality: an interdisciplinary appraisal”, Holt, Reinhardt and Winston, Nueva York, 1968.



ses como Sidwick y Laski, de norteamericanos como Garner, Westel W. Willoughby y de europeos como Jellinek, Schmitt y Kelsen (111).

Expresa Lasswell que se ha recurrido frecuentemente a la biografía política para comunicarnos el sentido de lo impredecible en los negocios humanos y para adorno de las charlas de sobremesa. En el mejor de los casos, la biografía política ha contribuido al entendimiento de los factores que diferencian a una personalidad humana de otra. Pero no es un secreto que la biografía o la autobiografía literarias suelen omitir o distorsionar mucho la historia íntima del individuo, y que muchos de los hechos cuya importancia han descubierto los modernos investigadores no figuran para nada en ellas. ¿Dónde es posible obtener una provisión de historias de vidas en que se ignoran los convencionalismos acostumbrados y que haya sido recogida por especialistas en las influencias sociológicas, psicológicas y somáticas que actúan en el individuo? Existen en la sociedad moderna colecciones de dichos materiales de verdadera magnitud a las que hasta ahora se había acordado muy escasa atención por parte de los estudiosos de las Ciencias Sociales y Políticas: las historias clínicas de aquellos individuos que han estado enfermos especialmente de los que han recibido cuidados en hospitales y sanatorios. Mas el cuerpo más rico de hechos psicológicos y sociológicos se encuentra en los legajos de las instituciones para cuidados de quienes sufren desordenes mentales, aunque no carezca de valor el material disponible en los hospitales generales. Advierte Lasswell que el propósito de tales investigaciones no es demostrar que los políticos son insanos en verdad lo específicamente patológico es de importancia secundaria para el problema central, que es de exhibir el perfil de desarrollo de diferentes tipos de hombres públicos. La tarea no consiste en catalogar los síntomas a expensas de las estructuras principales de la personalidad. No hemos llegado al fin cuando sabemos que un moderno Rousseau sufría de paranoia, que un moderno Napoleón tiene los genitales parcialmente atrofiados, que los modernos Alejandro, Césares y Blüchers son alcoholistas, que un moderno Calvino sufre de eczemas, jaquecas y cálculos renales. La psicopatografía es legítima y útil, pero la patografía no es el objetivo. Lo que se pretende con este tipo de investigaciones, en realidad, es averiguar si el análisis intensivo de las biografías permitirá ahondar de algún modo la inteligencia del orden social y político todo (112).

---

(111) HAROLD D. LASSWELL, "Psicopatología y política", cit., ps. 15/16.

(112) HAROLD D. LASSWELL, "Psicopatología y política", cit., ps. 17/23

Agrega Lasswell que al subrayar el valor del estudio de la secuencia concreta de la experiencia individual para la Ciencia Política, se está dando expresión a una tendencia de intereses que ya tiene buenos fundamentos de la Ciencia Social. La búsqueda de historias plenas e íntimas ha llevado a la explotación de una fuente de materiales relativamente nueva: los registros o historias clínicas de los hospitales. Ha llevado a la aplicación de métodos psicopatológicos al estudio de voluntarios normales como medio de control de las inferencias extraídas de los internados. Ha llevado al estudio detallado de la técnica de la entrevista prolongada, especialmente el psicoanálisis, para el estudio de la personalidad, y a la formulación de métodos perfeccionados de investigación. Ha llevado al enunciado de una teoría funcional del Estado, que surge directamente del examen intensivo de biografías reales y a la comprensión de lo que las formas políticas pueden significar cuando se las ve sobre el rico telón de fondo de la experiencia personal (113).

Entre nosotros, José María Ramos Mejía fue un precursor de esta clase de estudios. En su libro *La neurosis de los hombres célebres en la historia argentina*, publicado entre 1878 y 1892, estudia las enfermedades de algunos hombres descolantes en nuestra historia política. “He dado preferencia —decía— a la neurosis, es decir, a las afecciones nerviosas de carácter funcional y particularmente a aquellas que han tenido mayor influencia sobre su cerebro, no sólo por creerlas comunes entre ellos, sino también porque creo que allí deben estudiarse todas esas modificaciones profundas y aún incomprensibles que observamos en algunos caracteres históricos” (114). “¿De qué naturaleza era esa fuerza irresistible que arrastraba al suicidio al Almirante Brown, el viejo paladín de nuestras leyendas marítimas, que poblaba su mente de perseguidores tenaces que envenenaban el aire de sus pulmones y amargaban los días de su vida? ¿Cómo se producían en el doctor Francia los fuertes accesos de aquella negra hipocondría, que rodeaba de sombras su espíritu, acentuando tanto los rasgos de su fisonomía de César degenerado? ¿Cuál era la fibra oculta que animaba la mano de la Mazorca en sus depredaciones interminables, que ponía en movimiento el cuchillo del fraile Aldao, la lanza de Facundo, la pluma de Juan Manuel de Rosas en sus veladas homicidas tan largas?” A la luz de la

---

(113) HAROLD D. LASSWELL, “Psicopatología y política”, cit., p. 24.

(114) JOSE MARIA RAMOS MEJIA, “La neurosis de los hombres célebres en la historia argentina”, Ed. “La Cultura Argentina”, Buenos Aires, 1927, p. 65.

medicina, la psicología y la psiquiatría, Ramos Mejía procura contestar tan apasionantes interrogantes en su libro (115). Deben citarse, además, otras obras del mismo pensador, como *La locura en la historia*, *Rosas y su tiempo*, *Las multitudes argentinas*, que muestran la misma orientación investigativa.

Burdeau ha señalado que es muy importante para la Ciencia Política no descuidar los trabajos de los psiquiatras relativos a las alteraciones de personalidad. El fenómeno de *frustración*, en especial, constituye una fuente de información y de reflexiones extremadamente fecunda para el conocimiento de los comportamientos políticos. Ninguna teoría que intentara explicar la afiliación a los partidos o la difusión de las ideologías, podría ser válida si no hiciera lugar para el análisis de los *complejos* de que el individuo se libera al vincularse a ellos. Asimismo, provienen del psicoanálisis ciertos elementos de la teoría de los dirigentes o líderes.

El sentimiento del desquite, que traduce frecuentemente su actitud, está más dentro de la competencia del psicoanalista que del politicólogo. Más no por ello éste podría ignorar la importancia de ese motor en la vida política. ¿Podría comprenderse el nacional—socialismo sin someter a los *fürers* de todas las jerarquías a un tratamiento psicoanalítico? (116).

Sumamente ilustrativa es la valiosa investigación sobre la psicología de la dictadura, realizada por el Profesor de Psicología de la Universidad de Princeton y psicólogo del Tribunal de Nuremberg que juzgó a los criminales de la guerra nazi, G. M. Gilbert. En esta obra, el profesor Gilbert analizó la personalidad de cada uno de los jefes nazis, desfilando por sus páginas los mayores criminales de la humanidad, que asesinaron a millones de seres: Hermann Goering, Rudolph Hess, Hans Frank, von Papen, von Ribbentrop, von Keitel, Fritz Sankel, etc. La personalidad de Hitler fue estudiada a través de los datos suministrados por los procesados de Nuremberg. Sobre la base de tales investigaciones psicológicas, el profe-

---

(115) JOSE MARIA RAMOS MEJIA, "La neurosis de los hombres célebres en la historia argentina", cit., p. 113; Idem, "La locura en la historia", Ed. Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927; ídem, "Rosas y su tiempo", Félix Lajouane y Cía., Buenos Aires, 1907; ídem, "Las multitudes argentinas", Victoriano Suárez, Madrid, 1912.

(116) GEORGES BURDEAU, "Método de la ciencia política", cit., p. 116.

sor Gilbert comprueba que tanto Hitler como sus jerarcas, con quienes convivió durante un año, eran neuróticos de distintos tipos (117).

Más recientemente, en nuestros días, y siguiendo la línea psicológica, y más específicamente psiquiátrica, Osvaldo Loudet se ha destacado con valiosos estudios en el ámbito de lo que denominaba Ciencia del Alma, complementados por una rica experiencia de más de tres décadas dirigiendo el Instituto de Criminología de la Penitenciaría Nacional; entre los que se destaca el inolvidable y ya clásico, sobre las edades del vivir. Allí sostiene, con sólidas razones, que: “para vencer al tiempo hay que olvidar parte del tiempo. La vida del espíritu está por encima del tiempo. La calidad del tiempo vivido tiene más importancia que la extensión del mismo. Lo que cuenta es la calidad, la profundidad, no la extensión. Voltaire calculaba su edad por las obras que había producido” (118).

### **VIII. Desconstitucionalización y perversión constitucional**

Lo que hemos llamado, desde el libro y la cátedra, desconstitucionalización, o sea, el incumplimiento generalizado de la Constitución por gobernantes y gobernados, constituye un gravísimo fenómeno sociológico-político que si bien siempre ha existido, ha aumentado en intensidad y consecuentemente en importancia, en los últimos años; y al que Lowestein busca explicar por la desvalorización que ha experimentado la Constitución escrita en la democracia constitucional en mediados del siglo XX.

Aun en Estados con un orden constitucional completamente desarrollado, la Constitución escrita ha sufrido una importante desvalorización funcional y una pérdida de prestigio. Su brillo ha empalidecido visiblemente. Dos problemas diferentes, aunque relacionados entre sí, tendrán que ser tratados aquí. El primero hace referencia al hecho de que la Constitución, aun en los Estados con tradición normativa, no será observada tan escrupulosamente por los detentadores del poder como lo era antes; no se actuará siempre de la manera que beneficie a la Ley Funda-

---

(117) G. M. GILBERT, “The psychology of dictatorship”, Ed. Ronald Press Co., Nueva York, 1950, p. 3; GUSTAV BYCHOWSKI, “Psicología de los dictadores”, versión española de Aníbal Leal, Ediciones Hormé, Buenos Aires, 1968; ZEVEDEI BARBU, “Psicología de la democracia y de la dictadura”, versión española de Noemí Rosenblat, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1962.

(118) OSVALDO LOUDET, “Las edades del vivir”, “Psicología Médica”, vol. V, N° 3, Buenos Aires, 1980, p. 321.

mental del Estado. El segundo, se refiere a la alarmante indiferencia de la masa de los destinatarios del poder frente a la Constitución, actitud psicológica que puede conducir, finalmente, a una atrofia de la conciencia constitucional...La triste verdad es que la Constitución se ha distanciado emocional e intelectual de los destinatarios del poder. Solamente una fracción microscópica de la población en todos los países está lo suficientemente interesada para leerla, por no hablar de aquellos que la pueden realmente asimilar (119).

Loewenstein se ocupa de la *inobservancia consciente de la Constitución* por los detentadores del poder; fenómeno que no debe ser confundido con la constante competición que existe entre aquellos en el proceso político, en la que cada uno intenta buscar en las normas constitucionales que tiene que aplicar la interpretación más cómoda para sus tareas específicas. Es el caso en que en un Estado federal, el gobierno central interpreta la Ley Suprema en el sentido más favorable a la ampliación de sus poderes en detrimento de las competencias de los gobiernos locales; o cuando una comisión parlamentaria de investigación extiende sus facultades más allá de los límites correspondientes; o cuando el Congreso interpreta las cláusulas constitucionales superando las fronteras de su competencia, frente a las competencias de los otros órganos del gobierno; en todos cuyos casos, el órgano que amplía sus poderes lo hace a través de su propia interpretación de la Constitución. Lo que Loewenstein entiende como una *inobservancia consciente de la Constitución* "es aquella situación en la que una disposición constitucional esencial no será liberada y consecuentemente aplicada o realizada. Dicha disposición permanecerá entonces como una *lex imperfecta*, como letra muerta, en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la Ley Fundamental. Las razones para esta inobservancia son varias. Una disposición constitucional se puede presentar desde el primer momento como irrealizable. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, las razones de esta inobservancia son de tipo puramente político: el convencimiento del gobierno, actualmente en el poder, de que la aplicación de dicha disposición iría contra sus intereses específicos; la aversión de la constelación de partidos que controlan la Asamblea Legislativa contra la disposición en cuestión; la presión social y económica de determinados grupos de interés contra su realización; factores de política exterior. La eliminación de dicha norma a través de una enmienda constitucional será

---

(119) KARL LOEWENSTEIN, "Teoría de la Constitución", cit., ps. 222 y 227.

frecuentemente imposible por la falta de mayoría requerida o si puede ser todavía más impolítica que su inobservancia tácita” (120).

Como resultado de su profundo y meditado análisis del gravísimo problema —que él mismo denominara— de la *perversión constitucional*, uno de los más destacados científicos político—constitucionales contemporáneos, el Profesor de la Universidad de Harvard, Carl Friedrich, ha sostenido que la infracción legal, como ataque al orden legal, es resultado habitualmente de la falta de autoridad de la ley y de los que la administran, funcionarios y jueces; falta de autoridad que afecta también en sentido inverso a la efectividad de la pena. Si las penas no son consideradas como justificadas, aparecen como actos arbitrarios, e incluso su efecto disuasivo, en cuanto subsista, se ve limitado grandemente. El orden que todo sistema legal pretende realizar, no debe, por tanto, ser situado en oposición a la justicia como si se tratara de un valor rival, y menos todavía ser colocado por encima de ella, ya que la justicia y el orden dependen el uno del otro recíprocamente y no pueden realizarse en una comunidad legal si no es conjuntamente. El legislador media entre los dos lo mejor que puede, como hace la costumbre en sus más o menos estables normas y modos de conducta. Se ha dicho, nada menos que por una autoridad como el juez Holmes, que “mientras subsista una duda, mientras las convicciones opuestas mantengan un frente de combate unas contra otras, no habrá llegado el momento para el Derecho”. Según Friedrich, esto no es verdad; si lo fuera, nunca le llegaría al Derecho su momento, ya que siempre habrá dudas y siempre habrá convicciones contrapuestas. En verdad, donde las convicciones son unánimes no hay necesidad de leyes. La ley expresa parcialmente el consenso mayoritario en las comunidades democráticas. “La desobediencia —concluye Friedrich—, la abrogación, el fraude, y la objeción consciente forman parte de la vida de la ley. La ponen en peligro y pueden pervertirla, pero no suponen, en sí mismos, la perversión de la ley, sino más bien la paradoja de su existencia” (121).

### **IX. Educación para la libertad**

Es la educación la que desarrolla y perfecciona las facultades intelectuales y morales del hombre, habilitándolo para el desempeño de la misión que en la vida le corresponde. Bien pudo calificar Rousseau como “la primera de todas las utilidades” al arte de formar a los hombres. “A las plantas

(120) KARL LOEWENSTEIN, “Teoría de la Constitución”, cit., p. 223.

(121) FRIEDRICH, CARL J., “El hombre y el Gobierno: una Teoría Empírica de la Política”, cit., p. 313; ibídem, “Man and his Government: an Empirical Theory of Politics”, cit., p. 284.

las endereza el cultivo y a los hombres la educación”, escribió el inmortal autor de *Emilio* y *El Contrato Social*. Y agregaba que “todo cuanto nos falta al nacer, y cuanto necesitamos siendo adultos, se nos da por la educación” (122).

La ignorancia del pueblo, o la semi-ignorancia —quizás más temible todavía que aquélla— genera el clima propicio para el desarrollo del funesto y virulento germen de la demagogia y el despotismo. Si los ciudadanos no son *educados para la libertad*, serán siempre masa o muchedumbre, pero nunca pueblo; que seguirá ciega e irreflexiblemente a cualquier mal pastor que satisfaga sus bajos apetitos; será espectador pasivo y no protagonista de la noble gesta cívica.

La *educación para la libertad* no comporta tanto la adquisición de una suma determinada de conocimientos —debe ser *formativa* tanto como *informativa*— como, y esencialmente, la capacitación intelectual y ética del ciudadano para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes en la comunidad democrática, desarrollando en su espíritu la plena conciencia de su responsabilidad como miembro de una democracia; que es un sistema político en el que el pueblo es el titular de la soberanía y, como tal, debe elegir a los gobernantes, controlarlos en su gestión y hacer efectiva las responsabilidades de aquéllos emitiendo su voto en los comicios. “*Educación al pueblo en la libertad*—advertía Alberdi, el *Padre de la Constitución*—, es equivalente a devolverle su poder. La educación política, es decir la costumbre inteligente de ejercer el poder, es la verdadera y sola libertad. Así, en los países libres, la educación pública es una parte de la soberanía, cuyo ejercicio no se delega ni se saca de las manos del pueblo. Como la prensa, la educación es una garantía que el país reserva contra la propensión natural de los delegados de su poder a convertirse en dueños del poder ajeno que le está delegado siempre que su dueño verdadero no le pone obstáculo” (123).

Solamente la *educación para la libertad* aventará del alma humana lo que Fromm llamara el miedo a la libertad, que experimentan las masas fatigadas por la que consideran insobrellevable carga de la responsabilidad ciudadana, prontas a renunciar aquella por el plato de lentejas que les promete el líder. Es que —como decía Félix Frías— “una república no se

---

(122) JUAN JACOBO ROUSSEAU, “Emilio”, en *Obras Escogidas*, pp. 36 y 40.

(123) ALBERDI, J. B., “Obras Selectas”, cit., t. II, p.208.

realiza con la soberanía de los ignorantes” (124). Es que —como proclamaba Sarmiento— “las escuelas son la democracia” (125). Es que —como señalaba José Manuel Estrada desde su cátedra inolvidable— “es la educación popular la única esperanza de éste y todos los pueblos que, aspirando a la libertad, aspiran a habilitarse para las austeras funciones cívicas de la democracia” (126).

### IX. El Dogma o Ideario de Mayo

El *Dogma Socialista* es el auténtico ideario de Mayo, depurado y perfeccionado, que recoge la filosofía y los principios fundacionales de la Revolución, explicándolos y desarrollándolos. Sus ideas se proyectarán sobre los constituyentes de 1853, en forma directa y también indirecta a través de las *Bases* de Alberdi, quien en su Proyecto constitucional anexo proporciona concretamente a los congresales de Santa Fe la substancia y el espíritu de la Constitución Nacional, a la vez que con la actuación brillante y decisiva de Juan María Gutiérrez en dicho Congreso, llevando el pensamiento y la voz de la Asociación de Mayo, y en partícula de sus íntimos amigos, Echeverría y Alberdi, a los cuales el destino privó de ocupar sendas blancas en la histórica reunión constituyente: el primero por haber muerto y el segundo por continuar en el exilio.

El título de la obra podría llevar a confusión. Pudo y debió ser *Dogma de Mayo*, como fluye claramente de su contenido; pero Echeverría y sus colaboradores prefirieron, con el título que con definitiva adoptaron, poner énfasis sobre el matiz social que, a su juicio, debería tener la democracia que propugnaban. Mayer ha señalado, con razón, que el socialismo, bajo la forma de una doctrina política acabada, no existía aún. El *Manifiesto* de Marx y Angel fue publicado diez años más tarde que el *Dogma*, en 1847; la Primera Internacional fue fundada en 1864; el *Capital* y el nombre de Marx no se difunden entre el público hasta 1870, después del golpe de la Comuna francesa. Y cuando surgieran las primeras manifestaciones del socialismo de Estado en 1848, los antiguos miembros de la *Joven Argentina* las condenaron con severidad. Pero aunque admitiéramos hipotéticamente y al margen de la realidad cronológica, que el *Dogma* hubiera sido poste-

(124) FELIX FRIAS, “Escritos y Discursos”, t.2, pp. 25 y 124.

(125) DOMINGO F. SARMIENTO, “Obras Completas”, t. 21, p. 247.

(126) JOSE MANUEL ESTRADA, “La Moral y la Democracia”, en “Revista Argentina”, 1868, p. 16.



rior al *Manifiesto* y a *El Capital*, el análisis comparativo de sus respectivos contenidos demuestra categóricamente que la obra de Echeverría no tiene nada que ver con la ideología socialista. Así lo ha reconocido lealmente Alfredo L. Palacios, otro ilustre argentino, eminente pensador y hombre de Estado, padre de lo que el mismo denominara *El Nuevo Derecho* y la legislación social del país, que en una obra señera sobre Echeverría, calificó a éste al iniciador de la democracia social en su patria y albacea del pensamiento de Mayo. “No busquemos, para explicar las ideas del prócer —escribió— la influencia de los grandes doctrinarios del socialismo, pues Echeverría escribió antes que ellos. Lo que hay aquí es intuición junto a la observación de los hechos sociales”,

Durante muchos años como la República Argentina se destacó en el concierto de sus hermanas latinoamericanas por la estabilidad política, lograda a través de la vigencia de su sabia y magnífica Constitución de 1853-1860, que consumó la unión nacional y bajo cuyas previsoras y generosas disposiciones desarrollóse como una de las Repúblicas jóvenes más próspera y adelantada de la tierra. Pero, desde que se interrumpiera la continuidad constitucional, el país entró en un proceso en que la inestabilidad institucional ha sido paralela al estancamiento económico y que ha desembocado en una aguda y profunda crisis. Y en los actuales momentos en que el esfuerzo de los argentinos se dirige a consolidar la vigencia del Estado democrático constitucional y como si fueran pocos los problemas que afrontamos. Parecería que algunos pretenden cargar sobre la Constitución los pecados de gobernantes y gobernados, acumulados a través del tiempo.

La Constitución Nacional de 1853-1860 institucionalizó en su letra y en su espíritu, la Doctrina de Mayo, surgida con el nacimiento mismo de la Patria y la Nacionalidad y consustanciada con el alma y con el ser argentino, solemnemente consagrada en el Acta Capitular del 25 de Mayo de 1810 y que constituye el basamento inconvencible de todo el ordenamiento jurídico y moral del país, al punto que no podría ser removido o afectada en su esencia sin contrariar esa verdadera Acta Fundacional del Estado constitucional argentino.

### **XI. La Constitución Nacional de 1853-1860. Acta Fundacional de la República Argentina: Su cumplimiento y no reforma. El mandato histórico del General San Martín**

La Constitución Nacional de 1853-1860 es el auténtico y legítimo modelo y proyecto del Estado argentino y el único e insustituible instrumento

para la reconstrucción moral y política, social y económica que requiere el país, dentro de cuyo marco, amplio y previsor, caben todas las soluciones.

Nuestra Ley Suprema continúa respondiendo adecuadamente a las necesidades e ideales del pueblo argentino. Su parte dogmática, o Declaración de Derechos, protege satisfactoriamente todos los aspectos de la libertad y la dignidad del hombre, admitiendo las concepciones sociales y económicas más progresistas y adelantadas. Únicamente se requiere —nada más pero también nada menos— que esas políticas sean elaboradas y puestas en ejecución. Su parte orgánica consagra principios e instituciones que comportan conquistas irreversibles de la civilización democrática occidental, respaldadas por la historia toda de la humanidad, y acepta, asimismo, la más profunda modernización que se necesite hacer en sus estructuras, sin necesidad de reforma alguna.

El instrumento para la reconstrucción argentina no requiere pues ser creado, ya que existe: es la Constitución Nacional, violada más que cumplida, muchas veces injustamente vilipendiada, a menudo olvidada y por pocos conocida y comprendida en su notable excelencia; magnífico instrumento moral y político, que establece el modelo del Estado argentino, bajo cuya guía y amparo la Patria edificó su grandeza y que, como programa básico de su reconstrucción institucional y ética, le señala el único camino que ha de conducirla al sublime destino que fijaron como meta los Constructores de la Nacionalidad, por cuya consecución varias generaciones de argentinos ofrendaron lo mejor de sus existencias, con el aporte generoso de todos los hombres de buena voluntad, venidos de todas partes del mundo que, respondiendo a la humanitaria invitación del Preámbulo, quisieron habitar en su suelo.

Como dijéramos, desde hace más de medio siglo, nuestra Constitución no es el resultado milagroso de una lucubración genial de sus autores. Es el fruto laboriosamente gestado en largos años de lucha y sacrificio. A través de las breves y pequeñas páginas de nuestro Código Político, flota el recuerdo imperecedero de la sangre, sudor y lágrimas de varias generaciones de argentinos. Cada uno de sus artículos, cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras, tiene profundas raíces en el pasado histórico de la Nación. Es por eso que como un roble añoso, vivificado por extensas y ramificadas raíces, la Constitución ha perdurado tantos años sin agrietarse ni envejecer, e ilumina al pueblo argentino el único sendero por el cual ha de seguir su marcha ascendente en el concierto de las naciones libres y civilizadas de la tierra.

Expresión por excelencia de la Patria y la nacionalidad, la Constitución debe ser lealmente cumplida, a la vez que respetada y venerada, al lado de la Bandera, el Escudo y el Himno. Porque, como proclamara desde su púlpito famoso Fray Mamerto Esquiú, el Orador de la Constitución de Mayo, “la vida y conservación del pueblo argentino depende de que su Constitución sea fija; que no ceda al empuje de los hombres; que sea un ancla pesadísima a que esté asida esta nave, que ha tropezado en todos los escollos, que se ha estrellado en todas las costas y todas las tempestades la han lanzado”.

Los autores de la Doctrina Constitucional de Mayo, además de ostentar la legítima gloria de haber sentado las bases de la organización institucional de la República, nos imparten, a través del tiempo y las vicisitudes, de los éxitos y los fracasos, la sublime lección de su optimismo y su fe inquebrantable en el triunfo definitivo de la libertad. Porque si sufrieron persecución y exilio, en el largo, complejo y difícil proceso constituyente de la Patria, fueron siempre fieles a sus convicciones democráticas y lucharon, padecieron y murieron por su victoria final y definitiva sobre la opresión, el despotismo y la anarquía, para que el gobierno de las leyes y no el de los hombres, fuera realidad en la tierra de los argentinos. Tal es su mensaje y también su mandato.

Joaquín V. González escribió con letras que debieran estar grabadas en el bronce y en el corazón de todos los argentinos: “No debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra Patria hasta entonces informe y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo”.

Claro está, que tan trascendental como sagrado compromiso, que surge de las entrañas mismas de nuestra historia y que está escrito con la sangre de los argentinos, —como enseñaba José Manuel Estrada, desde su cátedra famosa— debe ser fielmente cumplido, siguiendo el claro y seguro rumbo que con mirada de águila nos marcara el ilustre Libertador General Don José de San Martín, el que, en avatares decisivos del largo, cruento y gloriosos proceso emancipador, en carta dirigida en 1816 a Don Domingo Godoy Cruz, concluía con la sabia y siempre actual impetración: —“los argentinos debemos pensar en grande, y si no lo hacemos seremos los culpables”—. Así sea, muchas gracias.



## VII

### DECLARACIONES Y DICTAMENES



# MODIFICACIONES A LA INTEGRACIÓN DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y DEL JURADO DE ENJUICIAMIENTO

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifestó, oportunamente, su preocupación a raíz de las modificaciones introducidas en la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, resaltando la importancia de resguardar la independencia del Poder Judicial.

Nuevos hechos, con motivo de juicios en trámite ante la Cámara Nacional de Casación Penal, renuevan la profunda preocupación por parte de la Academia y, en consecuencia, estima que se debe guardar el respeto y la consideración debida a los señores jueces intervinientes, teniendo en cuenta la división de poderes y la independencia del Poder Judicial que consagran los arts. 94 a 96 y 109 de la Constitución Nacional.

Todo ello, para bien de la República y la consolidación de sus instituciones.

Buenos Aires, 26 de marzo de 2007

# PROYECTO DE LEY CONCERNIENTE A MODIFICACIONES DEL CODIGO CIVIL RELATIVAS AL CONTRATO DE HOSPEDAJE O ALOJAMIENTO

Opinión del señor académico doctor Santos Cifuentes sobre la consulta acerca del proyecto de ley concerniente a modificaciones al Código Civil relativas al contrato de hospedaje o alojamiento (Expte. N° 3547-D-06)

1°. Estimo que la derogación del art. 1118 del Código Civil es útil porque clarifica un aspecto importante de las cuestiones referidas a la responsabilidad de los hoteleros, hospedajes, albergues de la juventud, geriátricos, los llamados albergues transitorios, etcétera, dado el carácter contractual de dicha responsabilidad, que todavía se regla por normas de diferente tenor y extensión. El citado art. 1118 está mal ubicado dentro de las normas de responsabilidad extracontractual.

2°. Asimismo, me parece conveniente la supresión en el art. 1119 de sus primeros párrafos, no sólo por la derogación del anterior al que se remiten y dejaría de estar vigente, sino porque tratan materias ajenas a las relaciones civiles generales como es la de los buques y navegación regladas por las leyes 17.825, 20.094 y ley del consumidor 24.240 (arts. 5°, 6° y 40°), y de transportes en general. Estos últimos tienen su principal radio jurídico en el Código de Comercio, arts 184 y concordantes, aplicable por analogía a todo tipo de transporte terrestre, en la ley de transporte ferroviario N° 2873 (art. 65, ap. 2), y por la parcial remisión que efectúa el art. 1624 del Código Civil.

3°. La redacción del primer párrafo del art. 1119 me parece que sustituye bien a la actual del Código Civil, por cuanto si bien tiene un alcance muy



similar acerca de la responsabilidad, la actual redacción enuncia a los padres de familia e inquilinos, pero puede tratarse de otras figuras como la de un comodatario, o de una residencia eventual y transitoria sin que medie contrato típico o nominado. Por ello, creo que es de mayor precisión la palabra “habitan”, que abarca las diferentes situaciones en beneficio de la víctima dañada.

Asimismo, en general, debía entenderse que cuando la cosa provenía de un lugar en que había un grupo anónimo de personas, lo que se llama “responsabilidad colectiva”, esa responsabilidad era simplemente mancomunada (arts. 691 y 1121), puesto que la solidaridad requiere norma expresa. Luego, creo que si es imposible individualizar al verdadero responsable, parece más justa la admisión de la responsabilidad *in solidum* como se proyecta, sin perjuicio de que los miembros no causantes del daño puedan oponer sus defensas, no sólo frente al dañado, sino, pienso, de repetición contra los verdaderos culpables.

Pero parece conveniente dejar aclarado que también hay irresponsabilidad si se puede probar el caso fortuito – un rayo o lluvia con granizo muy pesado que hace desprender la cornisa –, la prueba de que el causante fue un tercero – objeto que provino de una casa vecina o que chocó con la casa de donde se desprendió el material dañoso –. Por ello, opino que puede ser objetable la cerrada enunciación de los eximentes del último párrafo del proyectado art. 1119, con la palabra “solo”, y en cambio sería admisible, por no decir necesario, abrir las posibilidades de exención agregando la del “*casus*” o la responsabilidad de terceros sobre los que no se tiene carga alguna de vigilancia o control.

4°. Estimo que el Proyecto es atendible cuando deroga el art. 1120 del actual Código, no sólo por su redacción antigua (habla de “posaderos”), sino también porque está ubicado en la parte relativa a la responsabilidad “extracontractual”. En cuanto al art. 1121 asimismo, dado que establecía una responsabilidad mancomunada al no expresar que lo era solidaria. Ello aparte de volver a referirse anacrónicamente a patrones y capitanes, padres de familia, etcétera.

5°. La supresión del último supuesto que se proyecta en el art. 2227 sobre depósito necesario, es a mi ver correcta, no sólo por la inexistencia de depósito necesario en el caso allí contemplado sobre efectos introducidos, sino por la vieja idea de “las posadas”, que en la actualidad no tiene asidero real en los centros urbanos.

6°. Estoy en desacuerdo con el proyectado art. 2228 bis, en su primera parte, porque nada agrega a los principios generales de amplitud en la admisión probatoria. Por lo demás, toca un aspecto procesal, lo que no siempre es apropiado en la ley de fondo.

En cambio, la remisión subsidiaria a las normas del depósito voluntario (arts. 2182 y ss.) parece adecuada, pero podría agregarse tal remisión en el art. 2227, evitando así la creación de un artículo bis.

7°. Estoy en desacuerdo con el mantenimiento del art. 2228, tal como está redactado y que sin embargo el Proyecto no contempla. Esa norma ha querido referirse a los incapaces de hecho adultos. En cambio la disposición habla de “incapaces por derecho”. Podría sostenerse la necesidad de clarificar esa norma que debió decir “adultos aunque incapaces de hecho”, y mejorar de tal modo su redacción por la ley a dictarse.

8°. La redacción del proyectado art. 2229 sobre la introducción de objetos de mucho valor en los hoteles me parece poco efectiva y que asegure la certeza de un valor. La comparación con el costo del alojamiento (que superen, dice, cincuenta veces ese costo) es un cartabón de medida de difícil apreciación. Porque ¿cómo se hace para evaluar el objeto frente al costo del alojamiento? Me parece que aquí el proyecto debió decir simplemente “objetos de valor superior al corriente” y será la justicia en cada caso la que dará su apreciación si esa custodia no se cumple. El hotelero, ante el informe del pasajero de que trae objetos importantes o de un valor determinado, debe tomar las medidas necesarias y ofrecer las cajas de seguridad.

No me parece, en cambio, incorrecta la negativa del hotelero por el excesivo valor de esos objetos ni tampoco admitir la convención entre ellos de que lo exima frente a semejante valor o la que limite su responsabilidad por dichos objetos.

9°. De igual modo, la limitación de la responsabilidad prevista en el proyectado art. 2230 considero que debe quedar librada a cada caso, según apreciación pericial o judicial en el supuesto de conflicto por pérdida o deterioro. Es decir, que el hotelero, en su caso, podría excusar su responsabilidad por la muy significativa valoración de los objetos introducidos por el pasajero, acerca de los cuales no debiera responder, salvo dolo o culpa suya.

10°. El art. que reemplaza al 2231 estimo que es correcto y que pone al día la responsabilidad del hotelero que recibe vehículos, o sea, automotores, motocicletas, etcétera.

11°. Creo que también es oportuna la sustitución del artículo 2232 del Código sobre la dispensa de responsabilidad.

12°. La redacción del proyecto de los arts. 2233 a 2234 también me parece correcta.

13°. No estimo conveniente la sustitución del art. 2235, aunque podría mejorarse su redacción y no referirse al “posadero”, sino al propietario del establecimiento u hotel de que se trata.

14°. Es correcta la redacción del proyecto que sustituye el art. 2236. Asimismo, lo es a mi ver la redacción que sustituye el art. 2237 sobre solidaridad de los condóminos hoteleros, y la de los arts. 2238 y 2239.

15°. Innecesario me parece el proyectado art. 2239 bis, dado que el derecho de retención es naturalmente aplicable al hotelero tal como surge de los arts. 3939 y sgts. del Código Civil.

Consideración general. Después de redactada mi opinión sobre el Proyecto, leí la fundamentación y no lo quise hacer antes para no verme de alguna manera influenciado. Es en esta segunda ocasión que advertí que gran parte del proyecto se basa en la doctrina de los doctores Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa. Las coincidencias, por tanto, me enorgullecen, por la importancia de los mentores del proyecto. Las diferencias no son muchas pero están asentadas en la regla de la libertad de opinión que bien pueden exponerse o aclararse.

SANTOS CIFUENTES  
Académico Titular

## PROYECTO DE LEY SOBRE “PROCEDIMIENTO EN CASOS DE ABORTO NO PUNIBLE”

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ante el proyecto de ley sobre “Procedimiento en casos de aborto no punible” considera que el mismo es inconstitucional porque la Constitución garantiza el derecho a la vida desde la concepción.

Asimismo, manifiesta que de acuerdo a la Constitución corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen los derechos del niño.

En ello cabe un régimen asistencial público que proteja la vida del hijo no querido y a la vez dé a su madre la posibilidad de recuperarlo si cambia de opinión.

Se hace presente que la declaración fue adoptada por la mayoría de los señores académicos pero que no tiene unanimidad.

Buenos Aires, 12 de julio de 2007

# PROYECTO DE LEY CONCERNIENTE A MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL SOBRE PREJUDICIALIDAD DE LA SENTENCIA PENAL SOBRE LA CIVIL EN LOS CASOS DE HECHOS DELICTIVOS

Estamos completamente de acuerdo con la idea que motiva esos proyectos. Nuestros maestros de derecho civil y penal siempre sostuvieron algo muy parecido. Aunque no pensaban en modificar el Código Civil, sino que interpretaron los artículos 1101 y siguientes dando soluciones en parecido sentido al de las proyectadas.

- I -

Para considerar este asunto, parecería que el primer problema a resolver es si un Código nacional (sea el civil o el penal) puede establecer cómo deben tramitarse las acciones civiles relacionadas con hechos que dan lugar también a las penales, y los eventuales efectos.

Creemos que es admisible insertar normas en cualquiera de esos Códigos por varias razones. Fundamentalmente porque se trata de una institución que, aún con ciertos ribetes procesales, cumple un papel de fondo, y reclama soluciones iguales en todo el ámbito del país, como sucede con la prescripción. Nótese que lo mismo sucede cuando el Código Civil reclama que ciertos actos se realicen mediante escritura pública, o cuando establece reglas para sus dos tipos de prescripción, y normas acerca del tema de hoy. El Código Penal también incluye otros dos tipos de prescripción, así como normas para el ejercicio de las acciones, por ejemplo. Sin contar con que la propia Constitución se refiere al juicio por jurados, de modo que si se dictara una ley al respecto tendría validez en todo el terri-

torio, tal cual se ve en los dos Proyectos (1) de Florentino González y Victorino de la Plaza, de 1873 (nombrados con autorización del Congreso, por decreto de Sarmiento y Avellaneda, antecedente que en general no cita nuestra doctrina).

Además la redacción del Código Penal (“la sentencia condenatoria podrá ordenar” (2) permite, en el fondo, a cada provincia, legislar como le plazca en esta materia.

- II -

El segundo problema es si conviene o no tramitar conjuntamente las acciones civiles y penales. Tenemos la impresión de que no hay una pauta para determinar qué es mejor en cada caso. Tanto se puede pensar que un trámite conjunto ahorra tiempo, evita duplicación de pruebas, etc. como que aumentan las demoras porque ciertos cuestionamientos civiles entorpecen la solución penal o viceversa.

Los proyectos penales argentinos del momento en que la influencia positivista era grande, fueron redactados por varias personas que consideraban (principalmente Piñero) que la reparación de perjuicios tenía un papel de interés como integrante del paquete de la sanción penal. Siguieron en esto a Ferri y sobre todo a Garófalo. Propiciaban la tramitación conjunta de las acciones.

Sin embargo, ese tipo de pensamiento no es compartido hoy.

- III -

Un tercer aspecto, muy importante, es la diferente forma de encarar los mismos hechos según se trate del derecho penal o del civil.

Para advertirlo es más fácil empezar por las figuras de delitos culposos penales. Esas figuras son muy pocas en el Código, pero aunque solamente nos fijáramos en las lesiones culposas, podríamos notar que los hechos que ocurren son muy frecuentes,

Es evidente que hay diferencia entre los elementos considerados por el derecho civil y por el penal, aún tratándose del mismo hecho. Por eso alguien puede ser condenado penalmente por una lesión culposa, pero

---

(1) De procedimiento (oral) y de jurados. El Congreso nunca los consideró.

(2) Nótese que la sentencia absolutoria no puede ordenar los mismos. Sin embargo, podría ocurrir que uno no merezca una sanción penal y sí corresponda la reparación civil.

no respondería en un juicio civil. También podría ser absuelto en juicio penal y condenado en uno civil. Sea porque la culpa penal tiene sus propios requisitos (y su tipicidad); sea porque las relaciones de causalidad se aprecian de otra manera (mucho más restringida en derecho penal, en caso de delito culposo), y ni qué hablar del instituto de la imputación objetiva, que seguramente es mucho más aplicado en sede penal, donde recorta más la responsabilidad. Incluimos en ese instituto el tema del aumento del riesgo permitido y otras cuestiones que son consideradas modernas en derecho penal, a pesar de que los Mazeaud hace decenios los tomaban en cuenta en su obra sobre responsabilidad civil. En la doctrina penal pesa mucho esa argumentación.

También es muy posible que ciertas figuras dolosas penales tengan tales requisitos que, en un caso concreto, la sentencia penal nos dirá que falta un elemento equis y por eso absuelve, siendo que el mismo caso será, de todos modos, civilmente ilícito (no todo lo ilícito o antijurídico es delito).

El resultado es que, aunque el hecho sea el mismo, los análisis son diferentes. De modo que la influencia que puede producir una sentencia sobre la otra causa, es más relativa que lo que comúnmente se piensa.

Lo apuntado es un factor que indudablemente se agrega a los clásicos elementos que son atribuidos a la cosa juzgada y sus efectos. En otras palabras, bien puede suceder que sobre los mismos hechos el derecho penal absuelva y el civil condene, o que el civil no haga lugar a la petición y el penal castigue, y esto no sea un contrasentido, sino algo lógico, sensato, justo.

Alguien puede haber cometido un delito y ser condenado, pero no corresponde indemnización alguna, o bien puede ser civilmente indemnizado, pero penalmente debe quedar absuelto.

- IV -

Así, ya en tiempos de la redacción del Código Civil se apreciaba que si un juicio civil había terminado (había sido resuelto) y después comenzaba una causa penal sobre el mismo hecho, la sentencia civil no se conmovía ni influía sobre la penal (CC, 1106).

Por otra parte, siempre se supo que las referencias expresas que traía el Código Civil a la postergación de la sentencia civil eran escasas, frente a la cantidad de hipótesis muy corrientes que la jurisprudencia había tenido que decidir. Por ejemplo: el sobreseimiento provisional (que hoy no existe, pero

hay nuevas instituciones con otro nombre y parecido efecto, como la suspensión condicional del juicio (3), la prescripción de la acción, la absolución por duda, la absolución por falta de tipicidad, por oblación voluntaria de la multa (que es una forma de extinción de la acción), la muerte, la incapacidad penal (inimputabilidad) y algunas excusas absolutorias que en realidad son también causas de extinción de la acción o de la pena, según las circunstancias. Prácticamente, en casi todos esos casos la jurisprudencia permitió que después de una sentencia penal, se dictase cualquier fundada sentencia civil. Asimismo, en algunos de ellos (v.g. cuando la tramitación se suspende legalmente) también fue corriente admitir que se fallara el juicio civil (4).

De todos modos, hay situaciones que deben considerarse especialmente, porque es claro que el casamiento con la persona ofendida en un delito sexual (que antes era una causal explícita y ahora está implícita, pero sigue siendo evidente) no sólo da por terminado el juicio penal sino que sería ridículo permitir que continuaran las pretensiones civiles (tanto cuando se extingue la acción penal, es decir durante el proceso, como cuando se extingue la pena impuesta). Del mismo modo, es evidente que la retractación extingue la acción penal pero no la civil; mientras que el perdón de la pena, al mismo tiempo que la extingue, debería terminar con la acción civil, etc.

Esto significa que los casos que traía el Código Civil se ampliaron por la jurisprudencia (y la doctrina). Es evidente, por ejemplo, que la absolución puede obtenerse porque uno no es el autor del hecho que el juez penal considera probado, del mismo modo que uno puede ser condenado por un hecho que no es idéntico al invocado en una causa civil. De donde conviene interpretar que cuando el CC se refiere “al hecho”, incluye la relación de un sujeto con él. Son cuestiones que el Derecho penal denomina de imputación (de acciones y de omisiones, asimismo de peligros u otros resultados). Esas relaciones imputativas casi nunca son iguales en derecho penal y en civil, de donde el artículo 1101 es poco aplicable.

Es claro que el art. 1101 se refiere a dos casos porque son los más evidentes, o los que primero se le ocurren a cualquiera: imputado prófugo o muerte de él. Cuando no se sabe a quien imputar en una causa penal,

---

(3) El nombre oficial “suspensión del juicio a prueba” es equívoco, pues parecería que se trata de un juicio a prueba que es suspendido, siendo que se impone una prueba para suspender el juicio. Tal vez si se colocara una coma entre “juicio” y “prueba” se aclararía.

(4) Aunque, a veces, hubo bastantes fallos discordantes.



lógicamente debe permitirse no solamente el juicio civil, sino también que se dicte sentencia.

- V -

Por otra parte, al tiempo de la sanción del Código Civil se suponía que el procedimiento penal era mucho más rápido, como que el Código procesal penal de entonces establecía que el sumario duraba 30 días, tras los cuales había que acusar o sobreseer. Es claro, con el tiempo se suprimió ese plazo.

- VI -

Todo lo dicho tiende a mostrar nuestro acuerdo con la idea del proyecto, no así con su letra.

Asimismo nos parece complicado el sistema de devoluciones que crea el Proyecto. Podría suprimirse, aunque probablemente convendría balancearlo con un plazo de uno o dos años de espera (suspensión) para dictar sentencia.

Si fuera conveniente, nos ofrecemos para redactar un contraproyecto.

Santos Cifuentes  
Académico Titular

Eduardo Aguirre Obarrio  
Académico Titular

## IGUALDAD

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ante notorias situaciones de hecho vinculadas a la cuestión social, considera que corresponde reafirmar la garantía de la igualdad real de oportunidades para la capacitación laboral y profesional con el acceso a la educación y a la salud. Por ello, la Academia, según el fin de propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal, como prescribe su Estatuto, peticiona al H. Congreso de la Nación que, conforme a la Constitución Nacional, artículo 75 inciso 23, proceda a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, conforme al principio rector de la igualdad inserto en el artículo 16 de la misma.

En ese sentido, el dictado de medidas de fomento de acceso a la cultura y la capacitación en oficios y profesiones que reduzcan las desigualdades existentes, así como la sanción de un régimen de protección de las personas socialmente vulnerables y con carencias que afectan su calidad de vida, contribuiría al cumplimiento de las normas constitucionales citadas.

Buenos Aires, 27 de setiembre de 2007

# PROYECTO DE LEY MODIFICATORIO DE LA LEY DE EXPROPIACION N°21.499, MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1, E INCORPORACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 BIS, 1 TER Y 1 QUATER

Bs. As., 27 de septiembre de 2007.

Señor  
Presidente de la Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Dr. Julio Cesar Otaegui

De nuestra mayor consideración:

Dando cumplimiento a lo solicitado, el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia tiene el agrado de hacer llegar al señor Presidente su opinión respecto del proyecto de ley tendiente a modificar la ley de expropiación Nro. 21.499.

Conforme a la copia que nos fuera acompañada, el proyecto de ley prevé la modificación del actual art. 1 de la ley 21.499, así como la incorporación de tres nuevos artículos denominados arts. 1 bis, 1 ter y 1 quater.

Para exponer nuestra opinión, deberemos distinguir entre lo que puede considerarse un aspecto sustancial del proyecto, dado por la modificación del actual art. 1º, de lo que es posible calificar como aspectos formales o instrumentales, contenidos ellos en los arts. 2º a 5º de aquél.

### **Aspecto sustancial. Definición de la utilidad pública.**

La nueva redacción proyectada al artículo 1º de la ley 21499 intenta ampliar la definición de utilidad pública, considerando incluida en ella no solo la satisfacción del bien común, tal como lo prevé el texto actualmente vigente, sino también la satisfacción de “un bien social y/o de un Derecho Constitucional”.

Adelantando nuestra opinión sobre el particular, podemos afirmar que la reforma es innecesaria, al tiempo que con su aplicación puede, incluso, dar lugar a situaciones que colisionan con nuestra Carta Magna.

La expropiación, prevista por el art. 17 de la Constitución Nacional, es una institución de derecho público mediante la cual, sustituyendo coactivamente al titular del derecho de propiedad sobre un bien que tiene contenido económico, se procura satisfacer una necesidad de la comunidad.

Esta finalidad de la expropiación o “causa expropiante” se encuentra claramente expresada en la Constitución Nacional, al exigir que la misma sea dispuesta por razones de utilidad pública, siendo el mismo uno de sus requisitos ineludibles.

Tal como lo explicara Benjamín Villegas Basavilbaso, el arbitrio del órgano legislativo está condicionado con la norma constitucional que preceptúa que el derecho de propiedad puede ser extinguido por la causa expropiante que tiene por finalidad servir al bien común. Se trata de una facultad que no es ni arbitraria ni ilimitada, por cuanto tiene como presupuesto constitucional la utilidad pública o el interés general (Derecho Administrativo, TVI, p. 357, TEA, Bs. As., 1956).

El art. 1º de la ley 21.499 prevé que “la utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual”. Este artículo, conjugado con el 4º de la misma ley que dispone que “pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública”, lleva a concluir que “utilidad pública” y “bien común” constituyen conceptos equivalentes (Marienhoff, Miguel S., La nueva ley nacional de expropiación: su contenido, J.A., núm. 4992, 4 de mayo de 1977, p.1).

Por lo tanto, frente al límite constitucional de autorizar únicamente la expropiación por causas de utilidad pública, y a la amplitud que la ley 21.499 otorga al término, las expresiones que se pretenden incorporar

(“bien social” y “Derecho Constitucional”), o bien integran ya la noción genérica de “utilidad pública” y “bien común”, o, si así no fuera, no pueden servir de antecedente para disponer una expropiación.

En los hechos, las situaciones a las que hace referencia el proyecto de ley (expropiación de fábricas en quiebra para su cesión a cooperativas de trabajadores) en principio y aunque siempre es algo que corresponderá analizar en cada caso, se encuentran debidamente incluidas dentro del concepto general de “utilidad pública”.

A tal efecto es posible verificar la existencia de leyes provinciales como las leyes 13.055 y 13.387 de la Provincia de Buenos Aires que, ante un marco normativo similar al de la Nación (la Ley General de Expropiaciones N° 5708 establece como causa expropiatoria la utilidad pública o el interés general) dispusieron la expropiación de fábricas para su adjudicación a cooperativas de trabajo.

Otro ejemplo que abona lo señalado, está dado por la expropiación de extensiones de campo para luego subdividirlas y adjudicarlas a particulares formando “colonias”, situación que fue expresamente convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al afirmar que los fines de colonización perseguidos por la ley pueden servir para explicar el desapropio del bien privado (Fallos 237:707).

Por lo tanto, podemos ver que el contenido de la expresión “bien social” resulta ya comprendido dentro de la noción de “bien común” o “utilidad pública”. La cual es posible definir como aquello que produce provecho, comodidad o interés a la comunidad, a la que puede servir y aprovechar en alguna línea (Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, T. 5, p. 97, 2da. ed., Plus Ultra, Bs. As., 1975).

Incluso es posible afirmar que la utilidad pública es un concepto mucho más amplio que la utilidad social. “A ésta última se le asigna un significado específico: la utilidad social beneficia a todos, en cambio la utilidad pública puede circunscribirse a una zona o localidad. Lo propio ocurre con la especificación del “interés social” cuando se expropia para dar solución a problemas sociales, por ejemplo, cuando se expropia para subdividir una extensión de tierras y adjudicarla en pequeñas parcelas formando así una colonia. Pero lo cierto es que el concepto de “interés social” ya está comprendido en el de “utilidad pública” (Marienhoff, t. IV, p. 172/3, Derecho Administrativo, 5ta. ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992).

Esta amplitud del concepto de “utilidad pública” o “bien común” es reconocida de manera general por toda la doctrina.

En tal sentido se afirma que la utilidad pública constituye una fórmula legal que supera el criterio más estricto de la necesidad pública o del uso público y la expresión legal “bien común” se refiere al conjunto de las condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su personalidad. (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, p. 610, 8va. ed., LexisNexis, Bs. As., 2006).

En consonancia con ello, Manuel M. Diez afirma que “el concepto de utilidad pública es lo suficientemente amplio como para cubrir cualquier supuesto expropiatorio. (...) La noción de utilidad pública tiene un acentuado carácter evolutivo, por lo que su alcance varía según las épocas y según los países y permite una interpretación flexible, adecuada a los nuevos requerimientos sociales y culturales.” (*Derecho Administrativo*, T IV, p. 247, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1969).

Tal como lo explicara Marienhoff, el concepto de utilidad pública no es unívoco; puede variar según el lugar, época y ordenamiento jurídico que se consideren. Lo que es de utilidad pública en un lugar y momento determinados puede no serlo en otros (*Derecho Administrativo*, T. IV, p. 164).

Del mismo modo que ocurre con la expresión “bien social”, agregar que la expropiación puede tener lugar “en todos los casos en que se procure la satisfacción de... un Derecho Constitucional...” nada suma a la noción de utilidad pública como causal de expropiación.

Más aún, la sola mención a “Derecho Constitucional” nos puede colocar fuera de la noción de “utilidad pública” y, por lo tanto, resultar inconstitucional por violación al art. 17 de la C.N.. Particularmente si de la misma se llegara la conclusión que es válido expropiar a un individuo, para satisfacer algún “derecho constitucional” de otro particular.

La satisfacción de un derecho constitucional puede interesar a la sociedad en su conjunto o a un grupo social determinado (v. gr., derecho a un ambiente sano), pero existen otros derecho constitucionales que han sido reconocidos teniendo en miras el interés del individuo (v.gr., derecho de propiedad), cuyo respeto interesa a la sociedad toda, pero su ejercicio incumbe únicamente el particular.

Por el contrario, en la expropiación se busca siempre satisfacer un interés general. La calidad de “pública” que debe revestir la utilidad buscada con la expropiación, designa lo que es pertinente a todo el pueblo o la comunidad (Linares Quintana, op. cit., p. 97). Del mismo modo, las distintas locuciones que suelen utilizarse (“utilidad pública”, “utilidad social”, “interés social” o “perfeccionamiento social”) trasuntan algo que no interesa a un individuo en particular, sino a conglomerados sociales especificados o al total del conglomerado social (Marienhoff, Derecho Administrativo, T. IV, p. 171).

Por lo tanto, la satisfacción de un “derecho constitucional” para validar la decisión expropiatoria, deberá estar incluido en el concepto constitucional de “utilidad pública” o “bien común”, ya que de lo contrario no existiría la causa expropiatoria exigida por el art. 17 de la Constitución Nacional.

En definitiva, dado que la Constitución Nacional únicamente permite la expropiación por causas de “utilidad pública”, la discusión siempre quedará centrada en decidir si hay o no utilidad pública, único supuesto donde es viable la expropiación. Desde esta óptica, la reforma resulta redundante e innecesaria.

De no ser así, estaríamos ante una norma inconstitucional, si la pretensión del proyecto fuera la de incluir en la ley expropiatoria finalidades diversas a la consecución de la “utilidad pública” prevista en el art. 17 de la C.N.

En este aspecto el proyecto introduce dos conceptos que, en tanto meras descripciones de lo que ha de considerarse “utilidad pública” o “bien común”, resultan innecesarios y se contraponen con el principio de concisión exigible a toda norma legislativa.

Esta regla impone que en la redacción de las leyes se empleen la menor cantidad de palabras posibles para expresar una idea, se deben usar las palabras justas y adecuadas, pero no más. En nuestro caso, siendo el “bien común” un concepto análogo al de “utilidad pública”, los agregados propuestos por el proyecto el único efecto que causan es el de sumar palabras al texto legal, dificultando su interpretación y generando, de este modo, inconvenientes para su posterior aplicación.

**Aspectos Instrumentales:**

En los artículos siguientes, el proyecto de ley bajo análisis busca incluir determinadas reglas referidas al destino de los inmuebles expropiados y al régimen jurídico al cual éstos estarán sujetos.

Se trata, a nuestro entender, de aspectos meramente instrumentales y contingentes, sobre los que correspondería expedirse en cada caso particular y no de manera genérica en una ley marco como es el caso de la ley 21.499.

*Arts. 2º y 3º del proyecto.*

En estos artículos, el proyecto prevé que los bienes inmuebles expropiados deberán quedar en el patrimonio del Estado Nacional, quien únicamente los podrá dar en comodato y hasta tanto perdure y se cumpla con el fin o actividad para el cual fue otorgado.

Esta previsión, que en algunos casos puede ser razonable, en otros resulta absolutamente inconveniente. Por ejemplo, si el Estado argentino decidiera expropiar tierras con el fin subdividirlas y establecer “colonias”, según la reforma proyectada aquellas tierras no podrían ser adjudicadas en propiedad a los “colonos”, situación que seguramente llevaría al fracaso de los fines expropiatorios, ya que se perdería el principal aliciente para introducir mejoras de importancia en las tierras.

Por otro lado, la imposición de la figura del comodato, privaría al Estado de la posibilidad de otorgar los inmuebles a particulares para el cumplimiento del fin público por otros mecanismos jurídicos que, incluso, pueden llegar a resultar mucho más beneficiosos en cuanto supongan un ingreso económico para el Fisco (concesión, alquiler, etc.).

Además, tampoco es congruente que la imposibilidad de transferir los bienes se limite únicamente a los inmuebles, cuando resulta posible expropiar toda clase de bienes con contenido económico. Resulta contradictorio que se prohíba la transferencia de inmuebles, pero no la de bienes muebles, los cuales pueden tener un valor incluso superior al de aquél. Por ejemplo, frente a la cesión de una fábrica es posible que las máquinas y herramientas, sin ser inmuebles por accesión, superen en mucho el valor de la tierra y lo edificado.



Como vemos, se trata de aspectos que exceden largamente las previsiones de una ley general de expropiaciones y que correspondería determinar al legislador frente a cada caso en particular.

*Art. 4 del proyecto:*

Lo propio ocurre con el art. 4º del proyecto de ley, el cual establece que “Sólo podrán transferirse en forma definitiva a los Estados Provinciales o Municipales, bajo pena de nulidad absoluta de la transferencia, de que estos no podrán cederlos bajo ningún título a privados de cualquier índole, si así ocurriese el Poder Ejecutivo Nacional tomará nuevamente el control y Patrimonio de los bienes en cuestión”.

Una vez más, se prevé en la norma una solución propia de ciertos casos particulares, pero absolutamente inconveniente para otros.

Volvemos al ejemplo anterior, supongamos que se desee expropiar tierras con el fin de realizar una Colonia, y que esas tierras son transferidas a una Provincia para que proceda a la división de las mismas y su adjudicación a particulares. En tal caso, el artículo proyectado impediría llevar a cabo esa adjudicación.

Idéntica situación se presentaría en caso de que la Nación deseara expropiar un inmueble para que una provincia desarrolle un complejo habitacional y cediera luego de manera gratuita u onerosa la propiedad de las unidades a personas con necesidades habitacionales.

Se trata de un error considerar que la finalidad del instituto de la expropiación, es decir, la consecución de la “utilidad pública”, únicamente puede lograrse mientras los bienes estén en el patrimonio del Estado. Por el contrario, en muchos casos puede hacer al interés general una solución exactamente contraria.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que “el hecho de haberse donado un inmueble sujeto a expropiación no implica su desafectación de utilidad pública, si se lo hizo condicionadamente y dentro de los propósitos perseguidos por la ley de urbanizar un sector determinado de la Ciudad de Corrientes. De modo que al donar la Provincia esas tierras, con el cargo de construir en ellas viviendas para trabajadores, no dejó de cumplir con los fines de utilidad pública previstos.” (Fallos 296:78).



Buenos Aires, 21 de noviembre de 2007

Señor Presidente de la  
Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales  
*Doctor Julio César Otaegui*

Ref.: Proyecto de ley que modifica la  
Ley de Expropiaciones N° 21.449

Presente

De nuestra mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme al Señor Presidente, en respuesta a su nota de fecha 17 de septiembre de 2007, a fin de hacerle llegar los comentarios al proyecto de ley modificatorio de la Ley de Expropiaciones No. 21.499, conforme al requerimiento hecho al Instituto cuya dirección ejerzo.

1. El artículo 1º del proyecto tiende a ampliar el concepto de “utilidad pública” que, en sintonía con el artículo 17 de la Constitución Nacional, reglamenta –también en su artículo 1º- el texto legal vigente. Con tal propósito, la norma proyectada propone añadir, junto a la noción de “bien común” contenida en la versión en vigor, las de “bien social” y “derecho constitucional”, como otras posibles expresiones –se presume- de la utilidad pública que ha de servir de fundamento al acto expropiatorio.

Al respecto, un breve repaso de los antecedentes que reflejan cómo ha sido definida la “causa expropiante” a lo largo de nuestra historia institucional, puede contribuir a situar en contexto la problemática que la norma sugerida encierra.

Tanto el texto constitucional aprobado en 1819 por los representantes de nuestra entonces incipiente Nación, como aquél que vio la luz en 1826, emplearon la expresión “usos públicos” para aludir a la calificación requerida para que procediese la expropiación. Según nos lo recuerda Miguel Marienhoff, la fórmula fue tomada de la Constitución de los Estados Unidos de América, aunque ya aparecía en aquélla del Estado de Massachusetts (ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, sexta edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 188).

Los constituyentes de 1853 prefirieron reemplazar la terminología indicada por la de “utilidad pública”, criterio que fue respetado por las leyes que, durante los años siguientes, regularon el instituto expropiatorio, como es el caso de la Ley de Expropiaciones N° 189, de 1966, del Código Civil y del Código de Minería.

Casi cien años más tarde, la Ley de Expropiaciones N° 13.264 (sancionada en 1948) optó por una fórmula más amplia, que, sin embargo, no ganó en precisión. En dicho texto se previó que la expropiación procedería frente a “todos los casos en que se persiga la satisfacción de una exigencia determinada por el perfeccionamiento social”.

La efímera Constitución sancionada en 1949 mantuvo la locución “utilidad pública”, pero agregó, a la par de ella, la de “interés general”. Los trabajos de Comisión y la transcripción de los debates constituyentes no proporcionan elementos que permitan comprender el alcance que se pretendió dar al añadido.

La Ley de Expropiaciones N° 21.449, sancionada en 1977, que se encuentra vigente, vincula la utilidad pública a “la satisfacción del bien común” (artículo 1°). En la nota de elevación del proyecto pertinente se adujo de manera expresa que “se ha ampliado el concepto de utilidad pública – involucrando todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual- para que resulte comprensivo de todas las hipótesis”.

Al respecto, Marienhoff ha advertido sobre la diversidad de locuciones que se emplean para hacer referencia a la “causa expropiante”, a saber: necesidad pública, uso público, utilidad pública, utilidad social, interés general, interés social, interés público o perfeccionamiento social. Tras trazar el origen y precisar el alcance de cada una de esas expresiones, el distinguido profesor concluye que la fórmula “utilidad pública” es hartamente comprensivo

va y amplía como para cubrir cualquier supuesto expropiatorio (conf. su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, ya citado, págs. 187 a 190).

Es, pues, innegable que la satisfacción del bien común puede estar emparentada, en determinados casos, a la obtención de un bien social o a la generación de circunstancias que hagan posible el goce más pleno de un derecho constitucional. Se presentaría, en tales casos, una relación de género a especie entre aquél objetivo primordialmente unido a la utilidad pública que, por definición, ha de perseguir todo acto expropiatorio (esto es, la satisfacción del bien común), y aquellos otros dos contenidos en la norma propuesta (léase, la consecución de un bien social o de un derecho constitucional) que, eventualmente, pudieran estar también en la mira de ciertas expropiaciones específicas.

En definitiva, entendemos que la adición de las nociones de “bien social” y “derecho constitucional” junto a la ya prevista de “bien común” no parece conveniente. Esta última es suficientemente amplia, y capaz de albergar, llegado el caso, a las dos restantes. Es forzoso concluir, entonces, que el añadido de esas dos expresiones resulta sobreabundante, en tanto no comporta ningún cambio, en los hechos, respecto del alcance del precepto hoy vigente, prestándose, por el contrario, a eventuales abusos en la calificación de utilidad pública, así como a potenciales controversias interpretativas.

2. El artículo 2º del proyecto de ley prescribe que los bienes expropiados “quedarán en el patrimonio del Estado Nacional”, norma que también estimamos innecesaria.

La incorporación al patrimonio estatal de los bienes objeto de expropiación deriva de la esencia misma del instituto, de modo que, aún en ausencia de una declaración legal expresa como la propuesta, ningún otro desenlace cabría imaginar frente al hecho de la expropiación.

Por lo demás, lo normado en el artículo 32 de la Ley 21.499, que releva de otorgar escritura pública “para la transferencia del dominio de inmuebles al expropiante”, es suficientemente elocuente como para despejar cualquier duda que pudiese suscitarse a este respecto.

3. A continuación, el texto legal propuesto aborda la hipótesis de bienes inmuebles expropiados con vistas a ser entregados a instituciones no gubernamentales o a dependencias del Estado Nacional. Para tales casos, el artículo 3º del proyecto establece que “los mismos serán cedidos con ca-

rácter de comodato hasta tanto perdure y se cumpla con el fin o actividad para el cual fue otorgado” el bien.

Los comentarios y críticas que suscita el precepto en cuestión son varios.

En primer lugar, no se comprende porqué se hace la equiparación de trato entre las entidades privadas y las estatales que de él se desprende. La restricción que se pretende imponer a ambos supuestos por igual carece de justificación.

Por otra parte, la cesión en comodato, que confiere, de suyo, un título precario, no siempre será compatible con el destino de utilidad pública previsto para el bien expropiado. Piénsese, por ejemplo, en la situación que plantea la expropiación de inmuebles improductivos para ser fraccionados y adjudicados a colonos. En tales casos, la entrega de dichas tierras en propiedad será lo que garantice el afincamiento definitivo en ellas de sus eventuales destinatarios.

De todos modos, de mantenerse la idea de que resulta conveniente persistir en el propósito que –presumimos- persigue semejante disposición, tal vez resulte más adecuado prever que la cesión deberá practicarse bajo un título que no conlleve la transferencia del dominio sobre el bien.

Pero, en definitiva, creemos preferible no condicionar al Estado en lo referente a la modalidad de cesión de los bienes expropiados a sus ocasionales beneficiarios, ya que en ciertos casos será conveniente hacerlo a título de comodato, mientras que en otros será más razonable utilizar otra figura, incluso alguna que suponga la transferencia de la propiedad del inmueble en favor de terceros.

En este sentido, el régimen de la Ley 21.499 da cabida a un amplio espectro de alternativas en ese terreno. Más aún, su artículo 2º prevé, incluso, la posibilidad de que tanto las entidades autárquicas, como las empresas del Estado, como los particulares autorizados por ley o por acto administrativo fundado en ley, puedan actuar como expropiantes, situación ésta que ya no será viable de prosperar el proyecto analizado.

4. En línea con la disposición examinada en el apartado anterior, el artículo 4º del proyecto propone incorporar al texto legal vigente una norma en virtud de la cual la transferencia definitiva a Provincias o Municipios de bienes expropiados (no se dice si el precepto se aplica sólo a los inmue-

bles, o a todo tipo de bienes) sólo será válida si se la condiciona a que tales jurisdicciones no puedan, a su vez, cederlos bajo ningún título a sujetos privados de cualquier índole. En caso de no respetarse tal limitación –prosigue el proyecto–, el Poder Ejecutivo nacional reincorporará a su patrimonio los bienes en cuestión.

Además de las imperfecciones conceptuales y de redacción que exhibe la norma (v. gr. no es el Poder Ejecutivo, sino el Estado Nacional quien, llegado el caso, recuperará la titularidad del bien cedido en violación de la directiva impuesta), nuevamente la solución rotunda que se postula impediría atender a las particularidades de cada caso. Al igual de lo que se señaló al comentar el artículo precedente, no cabe descartar que las circunstancias puedan, eventualmente, reclamar una transferencia del dominio plena e incondicionada a la provincia o al ente municipal, para satisfacer la causa de utilidad pública perseguida.

5. Finalmente, el artículo 5º proyectado prevé delegar en cabeza del Poder Ejecutivo nacional la facultad de, por vía reglamentaria, “establecer las características impositivas, gravámenes y tasas en que se entregarán los inmuebles expropiados”.

Se trata, pues, de una disposición que desatiende por completo las exigencias impuestas por el constituyente en lo relativo a la técnica de la delegación legislativa. En efecto, además de no respetar el campo de las materias en que –por excepción– la delegación está permitida, la norma guarda silencio acerca del plazo para el ejercicio de las facultades transferidas y omite, también, establecer las bases conforme a las cuales las mismas han de desplegarse.

En tales términos, entendemos que la delegación que se pretende aprobar no satisface el test de constitucionalidad, en lo tocante a los recaudos previstos en el artículo 76 de la Ley Fundamental.

Sin otro particular, saludo al Señor Presidente con mi consideración más distinguida.

Dr. Juan Carlos Cassagne  
Director del Instituto de Derecho Administrativo





# INDICE

## ANALES 2007

### I. INCORPORACIONES

|   |    |
|---|----|
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 3  |
| Discurso de recepción por el Académico doctor Jorge H. Alterini ..  | 5  |
| <i>Otra mirada al common law.</i> Disertación pronunciada por el Académico Correspondiente en los Estados Unidos de América doctor Saúl Litvinoff, en la sesión pública del 24 de mayo de 2007 .                              | 9  |
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 21 |
| Discurso de recepción por el Académico doctor Augusto Mario Morello .....   | 23 |
| <i>El Derecho Procesal en el siglo XXI.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Enrique Falcón, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 13 de setiembre de 2007 ..... | 27 |
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 33 |
| Discurso de recepción por el Académico doctor Juan Carlos Casagne .....   | 35 |

|   |    |
|---|----|
| <i>La defensa de la competencia: luces y sombras.</i> Disertación pronunciada por el Académico Correspondiente en España doctor Tomás Ramón Fernández, en la sesión pública del 18 de setiembre de 2007. ....                             | 43 |
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 57 |
| Discurso de recepción por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne .....  | 59 |
| <i>Control Judicial de las políticas públicas.</i> Disertación pronunciada por el Académico Correspondiente en Brasil doctor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, en la sesión pública del 25 de octubre de 2007 .....                       | 63 |
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 73 |
| Discurso de recepción por el Académico doctor Augusto Mario Morello .....   | 75 |
| <i>Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la Reforma de 2006.</i> Disertación pronunciada por el Académico Correspondiente en Italia doctor Federico Carpi, en la sesión pública del 2 de noviembre de 2007 ..... | 79 |

## II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

|   |     |
|---|-----|
| <i>Actualidad de las generaciones.</i> Comunicación del Académico doctor Augusto Mario Morello, en la sesión privada del 12 de abril de 2007 .....                            | 103 |
| <i>El artículo 124 de la Constitución y el dominio originario.</i> Comunicación del Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 26 de abril de 2007 ..... | 114 |
| <i>'Ley de bases' sobre responsabilidad del Estado.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 10 de mayo de 2007 .....                 | 126 |

|   |     |
|---|-----|
| <i>El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema.</i> Comunicación del Académico doctor Julio César Rivera, en la sesión privada del 14 de junio de 2007 .....  | 149 |
| <i>José Nicolás Matienzo: un arquetipo de principista sin claudicaciones (la etapa final de la generación del 80).</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 12 de julio de 2007 .....   | 188 |
| <i>Consideraciones sobre el buen gobierno societario.</i> Comunicación del Académico doctor Horacio P. Fargosi, en la sesión privada del 9 de agosto de 2007 .....  | 230 |
| <i>Pesificación de las obligaciones dinerarias en moneda extranjera.</i> Comunicación del Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 23 de agosto de 2007 .....   | 237 |
| <i>El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 27 de setiembre de 2007 ..... | 256 |
| <i>La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 9 de noviembre de 2007 .....  | 273 |
| <i>Replanteo de la nulidad por atipicidad societaria.</i> Comunicación del Académico doctor Héctor Alegria, en la sesión privada del 22 de noviembre de 2007 .....  | 292 |
| <i>La ley de sociedades comerciales, el orden público y el interés público.</i> Comunicación del Académico doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 13 de diciembre de 2007 .....   | 367 |

### III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

|   |     |
|---|-----|
| Instituto de Derecho Administrativo ..... | 393 |
| Instituto de Derecho Civil .....          | 395 |

|  |     |
|--|-----|
| Instituto de Derecho Constitucional .....                              | 396 |
| Instituto de Derecho Empresarial .....                                 | 398 |
| Sección Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial ..... | 404 |
| Instituto de Derecho Internacional Público .....                       | 406 |
| Instituto de Derecho de la Navegación .....                            | 408 |
| Instituto de Derecho Procesal .....                                    | 410 |

#### IV. XVI REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

|  |     |
|--|-----|
| Palabras del Académico Presidente doctor Julio César Otaegui de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la apertura de la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007 .....                                  | 413 |
| <i>Responsabilidad directorial y daño ambiental.</i> Disertación pronunciada por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui, en la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007 .....  | 418 |
| <i>Sobre el daño ambiental colectivo.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007 .....   | 432 |
| <i>El derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.</i> Disertación pronunciada por la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007 ..... | 454 |

## V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

*A medio siglo de la Convención de 1957: Debate en torno al Poder Constituyente.* Exposición del Académico doctor Jorge R. Vanossi en el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 17 de julio de 2007 ..... 497

*De la desconstitucionalización a la reinstitucionalización republicana.* Disertación pronunciada por el Académico doctor Jorge R. Vanossi en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, en Paraná, en setiembre de 2007 ..... 525

## VI. HOMENAJES

*Doctor Manuel Obarrio.* Presentación del libro “*La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*”.

Discurso de presentación de la obra por el Académico doctor Alberto Rodríguez Galán ..... 541

Palabras del Académico doctor Víctor Tau Anzoátegui ..... 543

*Evocación de Don Manuel Obarrio.* Disertación del Académico Presidente doctor Julio César Otaegui, en la sesión pública del 22 de marzo de 2007 ..... 545

*Doctor Julio César Cueto Rúa.* Resolución del 30 de mayo de 2007 ..... 552

Palabras pronunciadas por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, para despedir al doctor Julio César Cueto Rúa, el 31 de mayo de 2007 ..... 553

*Doctor Federico N. Videla Escalada.* Resolución del 6 de marzo de 2007 ..... 556

Disertaciones en el acto público de homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y sus

|   |     |
|---|-----|
| Institutos de Derecho de la Navegación y de Derecho Civil, en la sesión pública del 28 de junio de 2007 .....   | 557 |
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 557 |
| Disertación del Académico doctor José D. Ray .....  | 559 |
| Disertación del Académico doctor Santos Cifuentes .....   | 563 |
| Disertación del doctor Eduardo Cosentino .....  | 569 |
| <i>Doctor Antonio Vázquez Vialard.</i> Resolución del 10 de setiembre de 2007 .....   | 574 |
| Palabras del Académico Presidente doctor Julio César Otaegui en la sesión privada del 27 de setiembre de 2007 .....   | 575 |
| Palabras del Académico doctor Jaime Luis Anaya, en la sesión privada del 27 de setiembre de 2007 .....  | 577 |
| <i>Doctor Rodolfo Rivarola.</i> Disertaciones en el acto público de homenaje de la Academia Nacional de la Historia, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 11 de octubre de 2007 ..... | 579 |
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 579 |
| Disertación del Académico doctor César A. García Belsunce .....   | 581 |
| Disertación del Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari .....   | 591 |
| Disertación del Académico doctor Horacio A. García Belsunce ..  | 599 |
| <i>Doctor Carlos Manuel Muñiz.</i> Resolución del 1° de noviembre de 2007 .....   | 605 |
| Palabras del Académico Presidente doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2007 .....   | 606 |

|   |     |
|---|-----|
| Palabras del Académico doctor Alberto Rodríguez Galán, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2007 .....  | 608 |
| <i>Doctor Segundo V. Linares Quintana. Presentación del libro “Tratado de Interpretación Constitucional (Homenaje a Karl Lowenstein)”</i> .....   | 613 |
| Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui .....  | 613 |
| Discurso de presentación por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari .....   | 615 |
| <i>“El incumplimiento de la ley y la revolución empírica”</i> . Disertación pronunciada por el Académico doctor Segundo V. Linares Quintana, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 20 de noviembre de 2007 ..... | 621 |

## VII. DECLARACIONES Y DICTAMENES

|   |     |
|---|-----|
| - Modificaciones a la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento .....   | 691 |
| - Proyecto de ley concerniente a modificaciones del Código Civil relativas al contrato de hospedaje o alojamiento .....   | 692 |
| - Proyecto de ley sobre “Procedimiento en casos de aborto no punible” .....   | 696 |
| - Proyecto de ley concerniente a modificaciones al Código Civil sobre prejudicialidad de la sentencia penal sobre la civil en los casos de hechos delictivos.....   | 697 |
| - Igualdad .....  | 702 |
| - Proyecto de ley modificatorio de la Ley de Expropiación N° 21.499, modificación del artículo 1, e incorporación de los artículos 1 bis, 1 ter y 1 quater. Respuesta de los institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo ..... | 703 |

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE SEPTIEMBRE DE 2008  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA