

ISSN 0567 - 5936

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS - NÚMERO 25

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXII - NÚMERO 25



*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. 44-9927

(1014) Buenos Aires - Argentina

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

SERIE I - ANUARIOS

"Anales" — *Primera época*, Nº 1 (1915) — *Segunda época*,  
Nº 1 a 25.

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 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 RUESTRA.
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 (2 tomos).
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).

### SERIE III — COMUNICACIONES

"Comunicaciones" — Nº 1.

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

**Presidente**

**Académico DR. MARCO AURELIO RISOLÍA**

**Vicepresidente**

**Académico DR. MANUEL V. ORDÓÑEZ**

**Secretarios**

**Académico DR. FEDERICO N. VIDELA ESCALADA**

**Académico DR. ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ**

**Tesorero**

**Académico DR. JOSÉ DOMINGO RAY**

**COMISIÓN DE PUBLICACIONES**

**Director de Publicaciones**

**Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA**

**Vocales**

**Académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS**

**Académico DR. JORGE M. MAYER**

## ACADÉMICOS DE NÚMERO

*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. Marco Aurelio Risolía	Aristóbulo del Valle	6 mayo 1963
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Juan Francisco Linares	José A. Terry	24 noviembre 1965
Dr. José M. López Olaciregui	Lisandro Segovia	26 junio 1967
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez	Rodolfo Rivarola	15 julio 1971
Dr. Manuel María Díez	José Figueroa Alcorta	15 julio 1972
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José María Ruda	Eduardo Acevedo	1 agosto 1974
Dr. Manuel V. Ordóñez	José N. Matienzo	15 octubre 1974
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Mario Justo López	Juan R. Bibiloni	30 octubre 1980
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	11 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dalmacio Vélez Sarsfield	9 mayo 1985
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. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987

## ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha de Incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Héctor P. Cámara	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Jesús Abad Hernando	Córdoba	23 abril 1987



## ANTIGUOS ACADEMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
Dr. Carlos A. Adrogué  
Dr. Juan Alvarez  
Dr. Octavio R. Amadeo  
Dra. Margarita Argúas  
Dr. Marco R. Avellaneda  
Dr. Antonio Bermejo  
Dr. Juan A. Bibiloni  
Dr. Eduardo Bidau  
Dr. Eduardo L. Bidau  
Dr. Rafael Bielsa  
Dr. Bernardino Bilbao  
Dr. Adolfo Bioy  
Dr. Ernesto Bosch  
Dr. Rodolfo Bullrich  
Dr. Carlos O. Bunge  
Dr. Eduardo B. Busso  
Dr. Pablo Calatayud  
Dr. Francisco Canale  
Dr. Ramón S. Castillo  
Dr. Alfredo Colmo  
Dr. Jorge E. Coll  
Dr. Tomás R. Cullen  
Dr. Mauricio P. Daract  
Dr. Antonio Dellepiane  
Dr. Calixto S. de la Torre  
Dr. Attilio Dell'Oro Maini  
Dr. Mariano de Vedia y Mitre  
Dr. Juan José Díaz Arana  
Dr. Luis M. Drago  
Dr. Mariano J. Drago  
Dr. Wenceslao Escalante

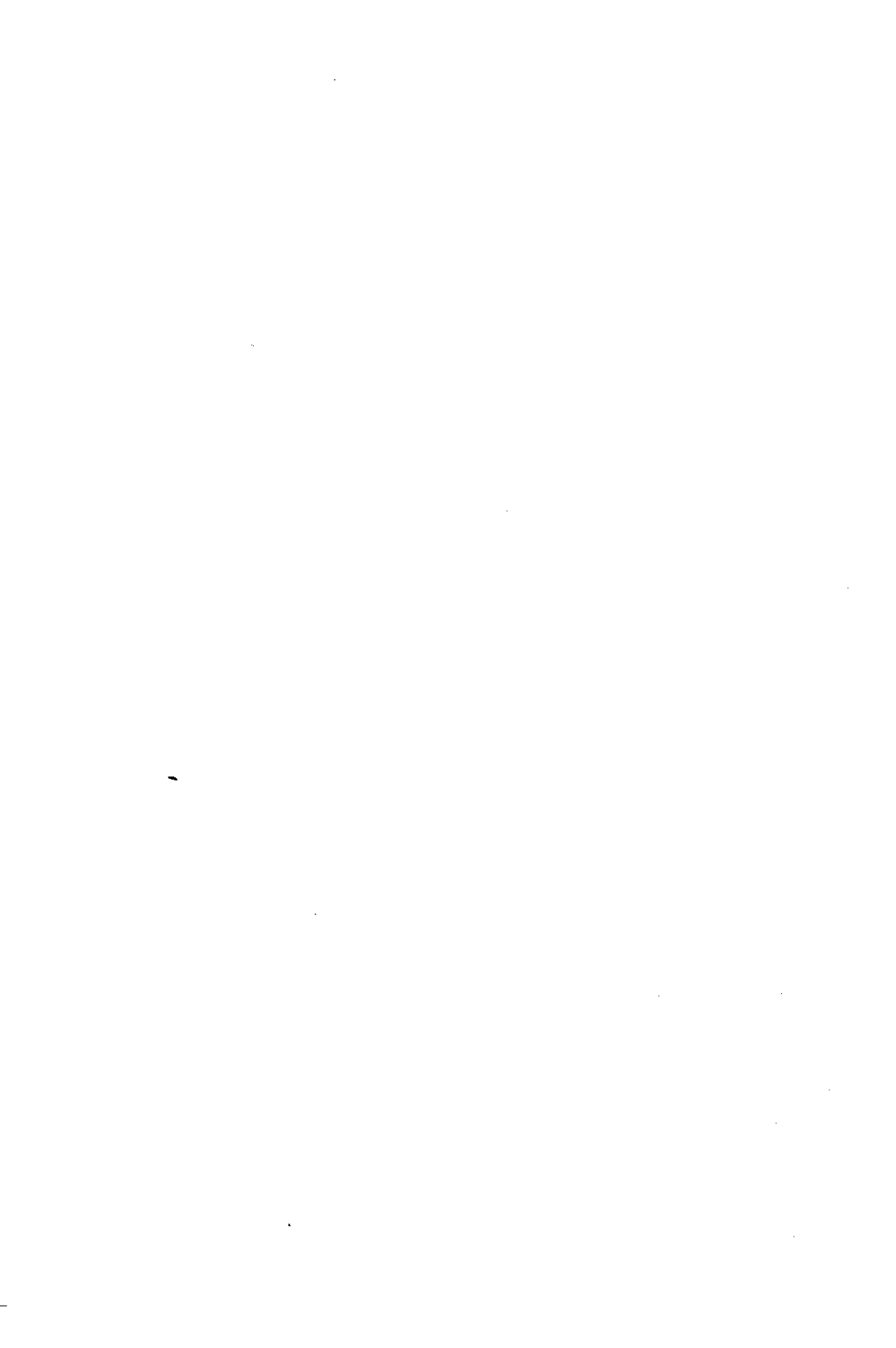
Dr. Felipe A. Espil  
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo  
Dr. Jorge Figueroa Alcorta  
Dr. Salvador Fornieles  
Dr. Vicente C. Gallo  
Dr. Guillermo Garbarini Islas  
Dr. Juan Agustín García  
Dr. Juan M. Garro  
Dr. Juan A. González Calderón  
Dr. Dimas González Gowland  
Dr. Carlos Güiraldes (h)  
Dr. Aquiles H. Guaglianone  
Dr. Alberto Hueyo  
Dr. Carlos Ibaguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Larguía  
Dr. Tomás Le Bretón  
Dr. Ricardo Levene  
Dr. Baldomero Llerena  
Dr. Osvaldo Magnasco  
Dr. Carlos C. Malagarriga  
Dr. Félix Martín y Herrera  
Dr. Agustín N. Matienzo  
Dr. José N. Matienzo  
Dr. Carlos L. Melo  
Dr. Leopoldo Melo  
Dr. Manuel A. Montes de Oca  
Dr. Rodolfo Moreno (h)  
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. Alfredo Orgaz  
Dr. Adolfo F. Orma  
Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñeiro  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. José M. Rosa  
Dr. Enrique Ruiz Guñazú

Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruzo  
Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
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. Benjamín Victorica  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Clodomiro Zavalla  
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS



**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO  
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos  
Cassagne en oportunidad de su incorporación a la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de  
Buenos Aires, el 11 de junio de 1987*



*Apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Marco Aurelio Risolia*

Declaro abierta esta sesión pública destinada a formalizar la incorporación a nuestra compañía del Dr. Juan Carlos Cassagne, elegido por unanimidad para cubrir la vacante creada por fallecimiento de nuestro recordado colega el Dr. Isidoro Ruiz Moreno, quien honró con su inteligencia y su tesón el sitial que lleva el nombre ilustre del Dr. Antonio Bermejo.

El discurso de presentación estará a cargo del Dr. Marienhoff, quien tiene razones muy estimables para medir con exactitud los méritos del beneficiario. Me limitaré, por tanto, a destacar su desempeño en la docencia superior como Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Católica de esta misma ciudad, en la del Salvador y en la del Museo Social, de la que ha sido Decano, y a recordar que en esas casas de estudios ha tenido a su cargo cursos especiales para graduados y para aspirantes a la dignidad de doctores, de cuya densidad puedo dar fe pues colaboró conmigo en uno de ellos, hace ya extenso lapso.

Ha cubierto, además, importantes destinos en la administración pública y han recaído en su persona las designaciones de Conjuez de la Corte Suprema de Justicia y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo. Ha integrado muchas comisiones de estudio y le-

gislación y presidido o participado en las tareas propias de instituciones o certámenes de su especialidad.

En vigorosa plenitud, es autor de valiosos libros y tratados y de casi un centenar de artículos en revistas caracterizadas, a lo que debe sumarse un asiduo desempeño de la abogacía como consultor o asesor de importantes empresas y entidades que reconocen su contracción y laboriosidad.

No necesito precisar cuáles son las obligaciones y las responsabilidades que irroga la dignidad académica.

Estamos seguros de que quien se incorpora hoy a nuestra compañía sabrá corresponder ampliamente a cuanto exige de nosotros el honor de pertenecer a una entidad prestigiosa, de la que han sido miembros ilustres predecesores dispuestos a rendir sin reatos lo que demanden de nuestras aptitudes el amor a la ciencia, el amor a la Patria, el amor a la virtud y a todas las manifestaciones del espíritu que ennoblecen la vida.

Dr. Cassagne: me complazco en entregar a usted el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de número de nuestra corporación.

Dr. Marienhoff: queda usted en uso de la palabra.



*Discurso de recepción por el académico  
Dr. Miguel S. Marienhoff*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires recibe hoy, como miembro de número o titular, al doctor Juan Carlos Cassagne, cuya especialidad científica es el derecho administrativo. La Corporación llena, así, el vacío dejado por el fallecimiento de uno de sus más ilustres integrantes: el doctor Isidoro Ruiz Moreno, de recordación permanente.

Recuerdo que cuando yo ingresé a esta Corporación, su entonces Presidente, el doctor Atilio Dell'Oro Maini, expresó su complacencia con tal ingreso, porque implicaba —dijo— la incorporación de nuevos valores; agregando que esa periódica renovación, producida por el inexorable cumplimiento de una ley natural, conserva a organismos de este género no sólo cierta frescura en sus actividades, sino la constante actualidad de su presencia ante la transformación, hoy acelerada, de las circunstancias sociales y la consiguiente evolución del pensamiento jurídico.

Ante el ingreso del doctor Cassagne, puedo repetir a su respecto el mencionado juicio del doctor Dell'Oro Maini: la incorporación de dicho jurista prestigiará a la Academia porque implica la adquisición de un nuevo valor, basado en la evolución del criterio acerca de diferentes temas.

El doctor Cassagne fue mi alumno, mi ayudante de cátedra y fui yo quien presidió la mesa examinadora de tesis donde el joven jurista optaba al título de doctor en jurisprudencia. Fue un examen que mereció la calificación de sobresaliente.

Yo diría que el Dr. Cassagne, mi alumno de ayer y mi ex ayudante de cátedra —de la que actualmente es titular—, conoce a fondo mi pensamiento y ha observado atentamente su evolución. En tal orden de ideas, vale la pena destacar, por ejemplo, que el doctor Cassagne fue el primero en nuestro país que comprendió, interpretó y aceptó la nueva categoría de acto de la Administración Pública, el acto institucional, señalado y propuesto por mí al aislar conceptualmente dicho acto y separarlo del conglomerado de actos que hasta entonces la ciencia jurídica conocía como actos de gobierno o políticos. El acto institucional —de importancia fundamental para la técnica del derecho administrativo— responde a una finalidad propia y tiene un régimen jurídico también propio que lo distinguen netamente de los tradicionales actos de la Administración Pública: el acto de administración, el acto administrativo y el acto de gobierno o político. Era inconcebible que situaciones que implicaban lo que he llamado “acto institucional”, siguiesen siendo consideradas y tratadas por el régimen aplicable a los actos políticos o de gobierno, de tan distinta naturaleza y finalidad. Hoy son numerosos los tribunales y destacados juristas que aceptan la existencia del acto institucional como *figura iuris* específica, de la que se valen para resolver situaciones que antes eran de difícil tratamiento ya que se les aplicaba el régimen de los actos políticos o de gobierno, con los que nada tenían que ver. Lo mismo ocurre con la teoría que he llamado “zona de reserva de la Administración Pública”, que opuse a la zona de reserva de la ley y a la zona de reserva de la justicia, señalando así que el Poder Ejecutivo tenía potestades constitucionales exclusivas, del mismo modo que las tenían el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Esa zona de reserva de la Administración Pública no es otra cosa que un evidente corolario de la teoría de separación de los poderes de gobierno que surge nítida de la Constitución Nacional. Hoy los tribunales —incluyendo la Corte Suprema— y juristas más destacados aceptan sin retaceos la existencia de la expresada zona de reserva de la Administración; pero el doctor Cassagne fue el primero en comprenderla y acep-

tarla lisa y llanamente. No señalaré otras fundamentales coincidencias con el doctor Cassagne, pues no quiero que esta reunión de la Academia, que en verdad constituye una reunión académica-social, una verdadera fiesta académica, se convierta en una fría reunión académica-técnica donde se mencionen arduos problemas de exclusivo interés de los especialistas.

El Dr. Cassagne colaboró conmigo en la redacción del texto de la actual ley nacional de expropiación, n<sup>o</sup> 21.499, y también colaboró conmigo en la redacción del proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo para la Nación, que aún continúa a consideración del Congreso Nacional.

Si para un padre es gratísimo ver el triunfo de sus hijos, igual cosa ocurre con los profesores respecto al triunfo de sus alumnos, porque, teóricamente al menos, los profesores son los padres del saber de sus alumnos. De ahí el respeto que los buenos alumnos tienen para sus antiguos profesores: diríase que es un respeto que tiene algo de filial.

Por todo eso me resulta particularmente grato que el doctor Cassagne sea hoy recibido por mí al incorporarse como miembro de número a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, donde, estoy seguro, actuará poniendo de manifiesto su laboriosidad, su ponderado juicio y su rectitud.

La labor del doctor Cassagne —tanto docente como bibliográfica— es trascendente, múltiple y en alto grado proficua.

Es profesor titular de derecho administrativo en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, de la Universidad Católica Argentina, de la Universidad del Salvador y de la del Museo Social Argentino; en esta última es Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Pertenece, además, al Instituto de Derecho Administrativo de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Fue presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Fue Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pero su actividad docente no se concreta a la cátedra universitaria: se extiende y difunde a través de sus publicaciones y de su actuación en las diversas entidades que lo cuentan en su seno. Es que no sólo es posible impartir lecciones y transmitir conocimientos a través de la cátedra oficial: se los imparte también a través del comportamiento honrado en la vida diaria, donde el jurista cabal cumple con su juramento originario de contribuir a darle a cada uno lo suyo. Sigue siendo exacto que, ante todo, ha de enseñarse con el ejemplo.

Su labor bibliográfica es fecunda. Su obra principal es su libro titulado *Derecho Administrativo*, que consta de dos tomos aparecidos en 1982-1983. En este libro, sin agotar aún la materia propia del derecho administrativo, se expone la propedéutica del mismo y algunos capítulos esenciales de tal derecho, como los correspondientes al "acto administrativo" y al "procedimiento y los recursos administrativos" propiamente dichos. Todo ese material fue considerado teniendo en cuenta las más recientes orientaciones de esas instituciones.

Aparte del libro mencionado, publicó más de cien trabajos, que implican conferencias y estudios aparecidos en revistas especializadas. Todo esto trasunta tal variedad de temas, que me hizo pensar que su sola y adecuada sistematización podría servir de base a un valioso libro sobre derecho administrativo. Y así lo ha entendido el propio Dr. Cassagne, por cuanto bajo el título de *Cuestiones de Derecho Administrativo*, acaba de publicar el libro donde se reproducen los principales de esos trabajos, cuya lectura no era fácil dados los distintos lugares y las distintas revistas especializadas en que esos artículos habían aparecido. Este libro contiene para mí una nota espiritual de particular trascendencia: el Dr. Cassagne, con su habitual bondad, me lo ha dedicado a mí, reiterando así el afecto hacia su antiguo profesor, que hoy es su amigo.

No se detuvo en el plano meramente teórico o especulativo. Ha fundado y dirige un estudio jurídico integrado por profesionales de franca vocación por el derecho admi-

nistrativo y sus complejos problemas. Bajo la dirección del doctor Cassagne, ese estudio jurídico cumple una meritísima misión de asesoramiento y defensa de los derechos.

Ante la verdadera y alarmante crisis de los planes universitarios en materia de derecho, cuadra señalar que un estudio jurídico, organizado sobre bases éticas y técnicas, cumple una verdadera función social, porque contribuye a que cada uno reciba lo suyo, tal como lo preconizaba uno de los tres principios capitales del orden jurídico establecidos en la vieja Roma, y que hoy constituye un principio esencial de derecho vigente en los pueblos civilizados: *Suum cuique tribuere*, o sea "dar a cada uno lo suyo". Pero quienes cumplan tan prestigiosa tarea tienen una permanente responsabilidad ante la opinión pública, que los observa y juzga confirmando o modificando reputaciones. Todo eso nos permite ir precisando la labor o misión del jurista, es decir del científico, que básicamente actúa inspirado por el ideal supremo de justicia, que constituye su verdadera vocación. El abogado meramente profesional, dada su principal finalidad, conoce *legislación* y prácticas judiciales; en tanto que el jurista conoce *derecho* y sus principios esenciales. Eso los diferencia fundamentalmente.

Cabe destacar que la labor que en nuestro país realizan algunos universitarios dotados de sensibilidad ética y técnica, contrasta particularmente con el decaimiento general que hoy se observa en los planes de estudios del derecho, planes que entre nosotros siempre estuvieron en auge desde la época inmediata a la revolución de Mayo, hasta que en las últimas décadas las cosas fueron cambiando y deteriorándose con grave daño para la ciencia y la cultura, y para el derecho en particular y, huelga decirlo, para el interés público o general.

Recuérdese la eficiente labor de la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de Buenos Aires, fundada en 1815 por el doctor Manuel Antonio de Castro, destinada a la formación profesional de los abogados cuando todavía no existía la Universidad, fundada más tarde. La Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de Buenos Aires duró hasta 1872, fecha en que se creó la cátedra de Procedimientos

Judiciales en la Universidad. Esa antigua y extinguida Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de Buenos Aires nada, absolutamente, tiene que ver con la actual Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que nació recién en 1874. Pero ese antecedente pone de manifiesto la importancia que siempre se les reconoció a los estudios jurídicos en nuestro país. Lamentablemente, hoy hay una profunda crisis en esa clase de actividades, determinada —como digo— por los deficientes planes de estudios existentes en las Facultades de Derecho, todo lo cual rebaja el nivel de la enseñanza. ¡Qué gran diferencia existe, por ejemplo, entre el plan de estudios del doctorado superior en jurisprudencia que regía hace cincuenta años en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, y los existentes hoy! La diferencia es abismal, y eso incide en el nivel general de la cultura jurídica de los abogados.

Desde luego, cabe destacar, como excepción, la sistemática labor de los juristas que, a pesar del bajo nivel cultural del país, publicaron y publican constante y sistemáticamente encomiables trabajos que, a guisa de faros, orientan a la opinión pública. Esas personas, cuyos nombres son bien conocidos, mantuvieron y mantienen el nivel de la cultura jurídica en nuestro país. En ese orden de ideas, cabe destacar que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con su ejemplo y actividad, es un verdadero baluarte, lo que ahora se acentúa con la reciente creación, en esta Academia, de los Institutos de Derecho Administrativo, de Derecho Civil y de Derecho Internacional, dedicados al análisis de delicadas y fundamentales cuestiones atinentes a esas disciplinas.

Ha de tenerse presente que toda la labor que desarrolla el Dr. Cassagne, que todo ese ambiente de paz moral que lo rodea y le permite trabajar, pudo lograrlo merced a la tranquilidad que le proporciona su hogar, su familia, presidida por una esposa ejemplar, señora María Cristina Repetto, e integrada por sus hijos, quienes, guiados por el buen

ejemplo de sus padres, van cumpliendo a satisfacción las etapas preliminares de la vida.

Va de suyo que el hogar bien constituido es el punto de partida para el desarrollo espiritual del hombre, como que también es el punto de partida de la fuerza moral que le servirá para escalar etapas en el ámbito social. Con razón en los pueblos cultos y de larga tradición la *familia* legal constituye uno de los elementos esenciales del orden jurídico, junto con la *libertad*, la *propiedad*, la *religión* y el superior sentimiento o idea de Patria, que entre nosotros se concreta o conjuga a través de la bandera, del escudo y del himno.

El sillón o sitial académico que ocupará el doctor Casagne está impregnado y protegido por el espíritu de dos jurisconsultos eminentes: Antonio Bermejo e Isidoro Ruiz Moreno.

Antonio Bermejo, cuyo nombre lleva el sitial, se desempeñó durante muchos años como miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde adquirió un merecido y enorme prestigio por su sabiduría y rectitud. Su nombre honra al sitial académico que lo lleva. Bermejo representa para mí el prototipo del hombre que como juez debe integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación: serio, bondadoso, sencillo en su modalidad, de gran criterio jurídico, profundamente ilustrado y dinámico en el ejercicio de sus actividades. Era un verdadero hombre público, un estadista.

Isidoro Ruiz Moreno, con dignidad y eficacia, ocupó ese sitial hasta su fallecimiento. Fue un jurista que mucho se parecía a Bermejo en su estructura moral: bondadoso, sencillo en su modo de ser, agregándose su excelente calidad de amigo. Era un hombre de recto juicio, teniéndosele por ello como hombre de consejo o consulta. Era un eminente especialista en derecho internacional público, cuyas normas siempre interpretó y aplicó coordinándolas con los principios básicos emanados de la teoría general del derecho; por eso sus afirmaciones tenían gran coherencia. Todo ello lo comprobé a través de nuestras frecuentes conversa-

ciones. Ruiz Moreno constituyó para mí la persona a quien debería tenerse como prototipo del hombre argentino. Del hombre argentino que yo deseo para mi patria.

El recuerdo de semejantes tutores espirituales del sillón que ahora ocupará, constituirá para el doctor Cassagne un gran aliciente moral, que sin duda alguna lo ayudará al brillante desempeño de su actividad en esta Corporación que hoy lo recibe con gran alegría y justificada esperanza.



## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Antes de abordar el tema que he escogido para exponer en esta oportunidad, deseo agradecer la presentación que acaba de realizar el Dr. Marienhoff, cuyos generosos conceptos se hallan inspirados, más que en mis méritos, en los sentimientos y afinidades espirituales que nos unen desde hace más de veinte años.

Todo discípulo aspira a que en los actos más trascendentales de su vida se encuentre su maestro, pero este hecho significa para mí todavía algo más que aquella aspiración al permitirme evocar una serie prácticamente inagotable de recuerdos.

Son los recuerdos de quien enseñó el derecho a su lado, inspirado en el ejemplo constante y cristalino de una vida dedicada al estudio de la ciencia jurídica y a la práctica de las virtudes que deben rodear la conducta humana.

Su proverbial fortaleza, que no claudica nunca ante el peso de otro interés que no sea el de la búsqueda de la verdad, me ha servido y continúa sirviéndome como el modelo que contagia e insufla aquella fuerza moral que todos necesitamos para superar las dificultades que nos suele deparar la vida.

En esos momentos, donde se perfilan las verdaderas lealtades de los hombres, he contado con su prudente consejo y con su inapreciable apoyo espiritual, brindados siempre con desinterés y auténtica generosidad, muchas veces sin mediar solicitud de mi parte.

Y como sé que jamás podré saldar la deuda que he contraído con mi querido maestro, permítaseme expresar al menos, en este acto, este público reconocimiento a modo de símbolo que refleja la profunda y permanente gratitud que siento. Muchas gracias doctor Marienhoff.

— — —

Una tradición que se viene observando hace tiempo prescribe que, en el acto de incorporación pública de todo nuevo Miembro de Número, éste se refiera a la personalidad del patrono del sillón que pasa a ocupar y a la de su inmediato antecesor.

El sitio que ocupo lleva el nombre de un ilustre magistrado de la República, el doctor Antonio Bermejo, que supo presidir, durante más de un cuarto de siglo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fue Bermejo el arquetipo del juez que contribuyó a consolidar los derechos y garantías de la Constitución Nacional y el equilibrio entre los poderes del Estado, afirmando la independencia e imparcialidad de las decisiones del Alto Tribunal. Octavio Amadeo dijo de él que procuró evitar siempre que "la Corte fuera usada como utensilio político" de cualquier partido <sup>1</sup>.

Le tocó actuar en la época dorada del país y tuvo oportunidad de vislumbrar también, gracias a su prolongada vida, las primeras manifestaciones de nuestra posterior decadencia.

El conocimiento que tenía Bermejo acerca de la realidad de su tiempo, de los principios de nuestra Constitución y del Derecho comparado, junto con las virtudes que emanaban de su vigorosa personalidad, contribuyeron a que, al poco tiempo de incorporarse, fuera designado Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Allí volcó toda la experiencia que adquirió en las distintas actividades que le cupo desempeñar en la vida. No en vano antes de llegar a la magistratura judicial fue militar, periodista, maestro, diplomático, legislador, gobernante, profesor y abogado.

<sup>1</sup> *Vidas Argentinas*, p. 250, Buenos Aires, 1940.

Una faceta poco destacada por sus biógrafos es su actuación como ministro en la Presidencia de José Evaristo Uriburu, donde fundó numerosas instituciones en el campo de la educación y de la cultura, tales como la Escuela Industrial, la Comercial de Mujeres y el Museo de Bellas Artes, instalándose también, durante su ministerio, la Facultad de Filosofía y Letras.

Esos antecedentes en la práctica de la abogacía, en la Administración Pública y en el Poder Legislativo, perfilaron la figura del gran juez cuya actuación permitió la elaboración de una doctrina judicial coherente, acuñada en la interpretación de los preceptos de nuestra Constitución y caracterizada por un particular énfasis en la protección de las libertades individuales.

Aunque era poco inclinado a formular disidencias —como buen conocedor de las leyes internas que contribuyen al mejor funcionamiento de los cuerpos colegiados— algunos de sus votos, cuando se apartaron del criterio adoptado por la mayoría de la Corte, son memorables y hasta premonitorios, como aconteció con el emitido en la causa fallada el día 28 de abril de 1922 donde se debatió la constitucionalidad de la norma legal que congelaba el precio de los alquileres (Fallos: 136:161).

En esa oportunidad, reproduciendo como recuerda Frías una cita de un precedente de 1903<sup>2</sup>, Bermejo sostuvo que: “Si se reconoce la facultad de los poderes públicos para fijar el alquiler... habrá que reconocerles la de fijar el precio del trabajo y el de todas las cosas que son objeto del comercio... la vida económica de la Nación con las libertades que la fomentan quedaría confiscada en manos de legislaturas o congresos que usurparían por ingeniosos reglamentos todos los derechos individuales hasta caer en un comunismo de Estado en que los gobiernos serían los regentes de la industria y el comercio y los árbitros del capital y de la industria privada”.

<sup>2</sup> Véase PEDRO JOSÉ FRÍAS, en el discurso pronunciado al cumplirse el 50º aniversario del fallecimiento del Dr. Antonio Bermejo, publicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1979, p. 19.

¡Qué lejos estaban muchos de pensar entonces que el vaticinio de Bermejo se cumpliría en los cincuenta años posteriores!

Porque no obstante que tiempo después —esta vez con el voto favorable de Bermejo —fijó la Corte los alcances de esa doctrina (fallo del 26 de agosto de 1925), al ejercer la potestad de revisar si se había operado o no el cese de la emergencia— aun por quienes aceptamos en ciertos casos la legitimidad de un control razonable en función del bien común— no puede negarse que hoy día la emergencia se ha convertido de hecho en la regla habitual de nuestras relaciones jurídicas, conculcando los principios y prescripciones de nuestra Carta Magna.

Muchos fueron los precedentes donde el juez Bermejo puso de manifiesto el dominio del derecho y de los principios constitucionales que marcaron orientaciones definitivas en la jurisprudencia de la Corte Suprema. De él puede afirmarse que fue un juez ejemplar cuya vida —al decir de Bielsa— fue "...duradera y educadora: duradera porque su influjo sobrevive al autor; educadora, por la autoridad integral y científica de quien la vivió"<sup>3</sup>.

La autoridad que emanaba de sus actos lo acompañó durante todo el transcurso de la función judicial que ejerció. en forma austera y sin vanidad, hasta su muerte, acaecida en el año 1929.



En el sitio que tiene a Antonio Bermejo por patrono. sucedo a otro jurista prominente, el Dr. Isidoro Ruiz Moreno, quien, también como aquél, orientó su vocación hacia el derecho internacional público.

Y es notable cómo ese paralelismo de sus largas vidas se proyectó también a las virtudes que ambos exhibieron en el curso de sus existencias como verdaderos servidores del bien común.

<sup>3</sup> RAFAEL BIELSA en un artículo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Rosario, citado por Ernesto Raúl Viglino en "J.A.", secc. doctrina, 1958- IV, p. 59.

Al igual que Bermejo poseía Ruiz Moreno aquella autoridad moral que sólo es patrimonio de los grandes hombres. La firmeza de sus convicciones y la fortaleza de su espíritu, aun en las horas más difíciles de la República, hicieron que no se le conociera claudicación alguna. Profesaba un verdadero desprecio hacia los ídolos y nociones falsas <sup>4</sup> y fiel a los auténticos ideales democráticos, más que demócrata era republicano, amante de la verdad y de la justicia.

Durante seis meses tuve la suerte de ser su alumno en los cursos de Derecho Internacional Público que desarrollaba en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y pude apreciar entonces su actitud de entrega al servicio de la enseñanza del derecho. Su sentido del deber era connatural en él y de su persona emanaba tal energía que bastaba su presencia y su palabra para apaciguar cualquier intemperancia.

Sencillo y austero, la bondad le brotaba del alma y estaba siempre dispuesto a orientar los estudios de los recién iniciados en la investigación del derecho y aun aquellos trabajos de mayor envergadura, como las tesis de Doctorado.

Al propio tiempo fue Ruiz Moreno un gran jurista que realizó una laboriosa y fecunda actividad en el plano de la creación. Más de un centenar de artículos y colaboraciones doctrinarias y varios libros sobre temas de derecho internacional público —entre los que descuellan *El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema* y la *Historia de las relaciones exteriores argentinas*— dan testimonio de su probidad intelectual y su talento científico, que le hicieron merecedor de importantes premios y distinciones académicas, tanto en el país como en el extranjero.

Esa brillante trayectoria hubiera bastado para justificar con creces su existencia. Pero hay todavía mucho más que

<sup>4</sup> En el discurso pronunciado al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales sobre *Los derechos de la victoria* dijo RUIZ MORENO que “los ídolos y nociones falsas que están en posesión del entendimiento humano y hondamente afirmados en él, lo llenan de tal modo, que es difícil abrir paso a la verdad; y aún después de haber cedido el paso hacia ella, se pondrán delante otra vez y le servirán de estorbo en la renovación misma de las ciencias, a menos que el hombre, advertido contra ellos, se haga tan fuerte como le sea posible” (“Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales”, Años VI y VII, 2ª época, Nº 6, Buenos Aires, 1961-62).

destacar en la vida de Ruiz Moreno y sería una tarea interminable hacerlo en esta oportunidad. Sólo quiero recordar tres actuaciones que completan su calidad de jurista, convirtiéndolo en un ejemplo a seguir por las generaciones venideras. Una es su actuación en la función pública, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, donde fue Subsecretario y Consejero Legal, además de representar al país en numerosos Congresos y Conferencias Internacionales. Pienso que fue allí donde Ruiz Moreno reafirmó su proverbial realismo en el planteo y solución de los problemas concretos del Derecho Internacional Público.

Esa actividad la completó con otra distinta, pero no menos trascendente, como fue la presidencia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, donde se erigió en un defensor permanente del principio de libertad de asociación profesional.

Le cupo también a Ruiz Moreno el honor de formar parte de tres Academias Nacionales, presidiendo nuestra corporación durante los años 1980 a 1983 con admirable acierto, granjeándose, como siempre, el respeto que su serena y firme autoridad sabía inspirar.

Por todo ello, que lo suceda a él constituye para mí un invaluable incentivo para inspirarme en el ejemplo de su vida y poder merecer, de ese modo, la distinción que acabo de recibir.

## I

### TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para cumplir con el deber contraído a raíz de mi incorporación académica he elegido un tema que representa una preocupación común en los juristas y que, al propio tiempo, guarda una peculiar trascendencia para el derecho administrativo.

En ese sentido, el tema de los principios generales del derecho configura una cuestión esencialmente jurídica donde fluyen y se entrecruzan aspectos de la teoría general del derecho, que conciernen al conjunto de las disciplinas representadas en esta corporación, proyectándose siempre, en definitiva, sobre todas las ramas de la dogmática jurídica, cuya unidad final no puede desconocerse.

Y uno de los sectores que resulta más propicio para la aplicación de los principios generales del derecho es el derecho administrativo. Así se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada<sup>5</sup> ni codificable en su totalidad que, en sus orígenes y aún hoy en algunos de los principales países de Europa, es de creación eminentemente pretoriana.

Es curioso observar ahora, desde cierta perspectiva histórica, el hecho de que esta materia no haya perdido el rumbo frente a la profusión de leyes y reglamentos que la asediaban y haya podido elaborar un conjunto orgánico de principios que permiten resolver los innumerables y novedosos problemas prácticos que plantea el obrar de la Administración Pública.

Ello ha podido acontecer por la gravitación prácticamente universal que han tenido y tienen los principios generales del derecho en el derecho administrativo el cual, además de ser un derecho de equidad que acude frecuentemente a la corrección del rigorismo excesivo de la ley con fórmulas que contienen los criterios de justicia que demanda el caso particular, exalta y potencia el papel del juez en el proceso de creación del derecho.

De otra parte, la evolución que se operó en el derecho administrativo de este siglo contribuyó a consolidar un movimiento jurídico orientado hacia la observancia de los principios comunes a todo el ordenamiento, en la medida en que su aplicación sea compatible con las relaciones de derecho público que vinculan a la Administración con los particulares, cuya autonomía científica es el resultado de un pro-

<sup>5</sup> Confr.: GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, pp. 52 y ss., París, 1968.

ceso que condujo a desplazar el carácter excepcional y exorbitante que poseía el derecho administrativo de los primeros tiempos reemplazándolo por un régimen, propio y típico, que se abastece e integra por principios y normas que son peculiares del derecho público.

Sin embargo, aparte de que la afirmación precedente no veda las continuas relaciones de contacto con el derecho privado, ni tampoco impide la recurrencia a la analogía como técnica de interpretación o aplicación del derecho, es evidente que hay un fondo común conformado por el conjunto de los principios generales del ordenamiento, los cuales, al fundarse en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, encierran —como apunta Rivero— la concepción del derecho natural <sup>6</sup>.

Es sabido que durante muchos años se sostuvo como un triunfo de la ciencia jurídica, a partir de las enseñanzas de la escuela histórica alemana, el haber desterrado de ella al derecho natural. Pero esta afirmación, que aparece reiterada en las diferentes versiones de las escuelas filosóficas posteriores al positivismo historicista, no se ajusta a la realidad que exhibe el desarrollo del pensamiento jurídico recogido en los códigos que se dictaron en esa época, los que incorporaron criterios propios del derecho natural racionalista de la etapa precedente. Por eso pudo advertir uno de los grandes juristas de la escuela histórica —como fue Gierke— que el derecho natural experimentó en realidad una victoria material por obra de la escuela adversa, después de su ruina formal <sup>7</sup>.

Ahora bien, el auge de los principios generales del derecho en el derecho administrativo obedece al abandono de los presupuestos ideológicos de la Revolución Francesa en que se apoyó el derecho europeo del siglo XIX, al preconizar la primacía de la ley escrita, cuya autoridad se fundamentaba en la voluntad de la Nación formulada por los repre-

<sup>6</sup> JEAN RIVERO, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo contemporáneo*, en R.A.P., N<sup>o</sup> 6, p. 300.

<sup>7</sup> GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht*, p. 24, cit. por Del Vecchio en *Los principios generales del Derecho*, 3<sup>a</sup> ed., p. 45, Barcelona, 1979.



sentantes elegidos por el pueblo, quienes poseían así un verdadero monopolio para la emisión de las reglas de derecho. En ese marco, el papel del juez debía limitarse forzosamente a la aplicación e interpretación de las normas, sin intervenir en el proceso de creación del derecho.

Pero esa confusión entre ley escrita y regla de derecho, que no admitía otro origen que el legislador positivo, fue quebrada por construcciones provenientes de diversas fuentes formales y de la propia realidad y, sin que pueda afirmarse absolutamente que este proceso se encontró signado por alguna escuela filosófica determinada, no puede dejar de reconocerse que permitió el retorno al principio según el cual el derecho es, siempre, el objeto de la justicia.

La primera quiebra de aquellos presupuestos ideológicos la ocasionaron los Códigos que, como el de Austria y el nuestro (además del Código Español y el Albertino), asignaron a los principios generales del derecho o principios del derecho natural el rango de fuentes del derecho. Sin entrar al análisis de si se trata o no de una fuente subsidiaria o principal, no puede desconocerse que la aplicación conjunta del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y del deber de fallar impuesto a los jueces implicó una revalorización del papel de éstos en la formación del derecho en los supuestos de carencia de norma escrita que resolviera la cuestión, dando pie al regreso del derecho jurisprudencial, el cual, por esa puerta, pasó a convertirse, otra vez, en fuente del derecho.

No menos importante fue la incidencia que en este proceso tuvo la evolución operada en el seno del derecho administrativo el que, al carecer de normas orgánicamente codificadas, hizo imposible extender al mismo la técnica de generalización creciente de las normas positivas, limitándose al mismo tiempo la función de la analogía a la aplicación de preceptos, previa adaptación con los principios que rigen cada institución administrativa.

Por otro lado, la primacía de la ley formal y material se debilitó también debido al reconocimiento al Poder Ejecutivo de la potestad de dictar reglamentos autónomos, de-

legados y de necesidad y urgencia, lo cual, junto a la remisión a la equidad natural para corregir la injusticia o desactualización de la norma aplicable al caso, condujo a una intervención más activa de los jueces en el proceso de creación del derecho. A partir de allí, los principios generales pasaron a constituir la base de las decisiones comenzando a operar como límites del poder reglamentario.

Al propio tiempo, gran parte de los principios generales del derecho natural se incorporaron al derecho positivo de las constituciones modernas. Es lo que ha ocurrido con los principios que recoge nuestra Constitución que son fuente primaria del derecho administrativo, la mayoría de cuyas instituciones encuentran su directo fundamento en los principios que emergen del preámbulo y del articulado de la Carta Magna <sup>8</sup>.

## II

### TIPIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

#### 1. *Sus caracteres principales.*

En el lenguaje jurídico suelen confundirse muchas veces los principios con las normas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, el que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho, ya fuera para crear una situación de gravamen o una de ventaja, respecto de un particular.

Mientras que las normas responden a una cierta estruc-

<sup>8</sup> Confr.: MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 200, Buenos Aires, 1965.

tura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como la consecuencia se encuentran formuladas "con similar propósito de precisión"<sup>9</sup>, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto.

Y, curiosamente, esa elasticidad que muchos llegaron a predicar del derecho positivo, cuya potencia normativa se consideraba prácticamente interminable, es la que cabe reconocer a los principios generales del derecho. Pero entiéndase bien que esa aptitud para expandirse no lleva en sí la idea de cambio constante, sino la de la permanencia de los principios e instituciones fundamentales no obstante su adaptación a una realidad en continuo movimiento.

Esto se ve claro en la evolución que se ha producido en el derecho administrativo francés y es lo que ha llevado a la doctrina a sostener que el Consejo de Estado, conciente de que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, "ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes"<sup>10</sup>.

## 2. *Clasificación de los principios generales del derecho.*

La dimensión de peso o importancia que es propia de los principios hace que la respectiva tarea de los órganos que resuelven controversias o conflictos se vea favorecida por el método de clasificación de los principios generales del derecho.

<sup>9</sup> Confr.: RODOLFO L. VIGO (h.), *Los principios generales del derecho*, en Revista "Jurisprudencia Argentina", diario del 20-8-86, p. 6.

<sup>10</sup> JEAN RIVERO, *Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo*, en R.A.P., N° 6, p. 293.

Desde la óptica realista del derecho pueden distinguirse dos grandes grupos de principios según se trate de los principios del derecho natural o de aquellos incorporados al ordenamiento jurídico positivo. En este último ámbito pueden deslindarse los principios fundamentales de aquellos que revisten carácter sectorial o institucional.

a) *Principios provenientes del derecho natural:  
su incorporación al derecho positivo.*

La negación de los principios generales del derecho como fuente del derecho continúa siendo afirmada por aquellas concepciones o escuelas que consideran a la justicia como una noción metajurídica que se halla fuera del derecho o que éste surge de la conducta o del consenso de la comunidad. Pero si esto último fuera cierto, cabe preguntarse si sería válida una norma que legitime los enriquecimientos producidos por robos o hurtos y que los jueces apliquen esa norma en base a que dicho principio es el querido y aceptado por la comunidad en una determinada circunstancia histórica. ¿No constituiría esa norma un supuesto de ilegitimidad por contrariar un principio de la justicia natural según el cual no es lícito obtener de los delitos enriquecimiento alguno?

La causa del verdadero descrédito del derecho natural no obedece al hecho de que el mismo se base en la primera verdad del hombre que es Dios, sino a la utilización del método axiomático y deductivo, propio de la Geometría, por el que se pretendía extraer de cada axioma una cadena de consecuencias a través de la deducción. Este método resulta opuesto al llamado tópico que llegaron a utilizar los romanos y que ha sido actualmente revalorizado por la ciencia alemana, que no consiste en puras deducciones sino que se asienta en un proceso analítico que procura hallar respuestas a problemas concretos mediante el empleo de un repertorio de "topoi" o lugares comunes revelados por la experiencia.

Es que aun cuando el derecho natural se asienta en el *primum verum* "su efectividad en el derecho positivo no actúa destruyendo las estructuras tópicas en que éste se concreta sino precisamente insertándose en ellas y funcionalizándose dentro de sus propios esquemas técnicos" mediante la adición, el complemento y la incorporación de matices "que el pensar jurídico ha obtenido en función de los problemas" <sup>11</sup>.

En nuestro ordenamiento son numerosos los principios del derecho natural que se han incorporado al derecho positivo ya sea aquéllos de carácter fundamental y básico, que suelen encontrarse en la Constitución, como los de naturaleza estrictamente institucional que aparecen en otras ramas del derecho como los derechos Civil, Comercial y Penal.

Otros, en cambio, provienen estrictamente de la naturaleza de la persona o de las cosas (como el principio de subsidiariedad) y no obstante la conexión lejana que puedan tener con algún principio positivo, se incurre en una generalización creciente o analogía indebida si se los funda en el método de extensión interpretativa de las normas, cuya adopción provocaría, por sí, una grave amenaza a la seguridad jurídica.

b) *Principios fundamentales y principios de naturaleza institucional.*

Desde otro punto de vista, la clasificación entre principios fundamentales y aquellos otros de naturaleza institucional resulta útil a los fines de su empleo como técnicas de interpretación para determinar la relación existente entre un tipo y otro de principios. Los primeros constituyen el basamento en que se asienta y fundamenta el ordenamiento positivo en general, hallándose, la mayoría de ellos, incorporados a nuestra Constitución, tal como el principio de la inviolabilidad de la defensa, que prescribe el artículo 18,

<sup>11</sup> EDUARDO GARCÍA de ENTERRIA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, pp. 61-62, Madrid, 1984.

cuya proyección al ordenamiento jurídico administrativo ha sido reglada en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, al estatuir el debido proceso adjetivo (art. 1º, inc. f. ley 19.549).

Los principios que constituyen la clave de toda institución a partir de su idea organizativa son verdaderos principios generales de cada disciplina, siendo las instituciones —como se ha dicho— el lugar donde se opera “el encuentro de los valores procedentes del Derecho natural... con los resultados del pensamiento tópico sobre los problemas singulares” cuya configuración como principios generales no puede desconocerse aun cuando no se impongan a todo el ordenamiento en virtud de la estructura tópica o discontinua de este último.

Estos principios, cuando están consagrados en el derecho positivo pueden representar una formulación diversa y aun pueden tener prelación respecto a un principio más general del ordenamiento positivo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el principio según el cual se permite a la Administración alegar su propia torpeza, promoviendo la respectiva acción de nulidad, el que resulta totalmente opuesto al que rige en el derecho civil.

### III

#### FUNCIONES QUE CUMPLEN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

##### 1. *Consideraciones generales.*

Los principios generales del derecho cumplen varias funciones distintas, pero articuladas entre sí y relativas a su esencia ontológica, a su valor preceptivo o a su alcance cognoscitivo para dilucidar el sentido de una norma o dar la

razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas.

Esas funciones de los principios jurídicos generales, que no deben confundirse con los principios lógicos de la ciencia, pueden reducirse, en rigor de verdad, a tres, según que se acuda a ellos como fundamento, interpretación o integración del orden jurídico.

Los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido. Por ese motivo, no puede concebirse que una norma legal los contravenga existiendo con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial no obstante ser la jurisprudencia una de las fuentes más importantes de su manifestación externa.

A su vez, funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas.

Finalmente, los principios cumplen la función de integrar el ordenamiento jurídico frente a la carencia de normas que rigen la cuestión conforme lo prescribe, entre nosotros, el artículo 16 del Código Civil, norma que resulta directamente aplicable al derecho administrativo.

## *2. Los principios generales del derecho como garantía jurídica.*

Ciertos principios cumplen no sólo la forma de compensar la desigualdad que trasunta la posición jurídica del particular en relación al Estado, sino que implican medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de los poderes públicos que suelen lamentablemente caracterizar el obrar del Estado.

En ese sentido se encuentran, entre otros, el que traduce la instrumentación del debido proceso adjetivo, el principio por el que toda privación de la propiedad sólo puede llevarse a cabo mediante ley declarativa de autoridad pública, junto a la protección de los demás derechos individua-

les (v.gr. la libertad y la igualdad), cuya vigencia se asegura por otros principios como el de la separación e independencia de cada uno de los poderes que componen el poder estatal, mediante técnicas que, en definitiva, configuran auténticas garantías de los particulares frente al Estado.

3. *Los principios generales del derecho como límites al ejercicio del poder reglamentario y a la potestad de emitir actos administrativos.*

a) *Los reglamentos deben ajustarse a los principios generales del derecho.*

Los principios generales del derecho operan también como límites al poder reglamentario por parte de la Administración cuyo ejercicio debe ajustarse a ellos. La compatibilidad entre los reglamentos y los principios generales del derecho, obedece a que siendo éstos causa o fuente del ordenamiento, su violación tornaría ilegítima cualquier norma general que emita la Administración, ya se trate de reglamentos de ejecución, autónomos, delegados o de necesidad y urgencia, los cuales se hallarían, en tales supuestos, viciados en su elemento objeto, pues, como ha sostenido el Consejo de Estado Francés, un reglamento que conculca un principio configura el mismo tipo de invalidez que la violación de la ley.

Esto es así, por cuanto los principios integran el bloque de legitimidad que pertenece al orden público administrativo, cuyo apartamiento por parte de la Administración provoca una nulidad absoluta, siendo ésta, por otra parte, la solución que expresamente consagra la ley nacional de procedimientos administrativos, al sancionar las consecuencias de la violación de la ley (art. 14, inc. b, ley 19.549).

b) *El principio general de la inderogabilidad singular de los reglamentos.*

Una consideración aparte merece lo concerniente a la potestad de emitir actos administrativos que no sólo se en-



cuentra limitada por las leyes y los principios generales del derecho sino por los propios actos de alcance general que produce la Administración en ejercicio de su poder reglamentario. Es lo que se denomina inderogabilidad singular del reglamento.

La raigambre de este principio no escrito en el derecho europeo, anterior a la Revolución Francesa, ha sido suficientemente demostrada por la doctrina administrativa contemporánea y se contrapone con los criterios constitucionales que, fundados en la concepción de la soberanía del poder legislativo, admiten con amplitud la legalidad de las leyes especiales o particulares respecto de las que revisten mayor generalidad, aun con relación a leyes que no son tales en sentido material.

Su fundamento se conecta con el principio general de igualdad jurídica que no se circunscribe solamente a la igualdad ante la ley que prescribe la Constitución (art. 16 C.N.), sino que se proyecta ante la Administración, ya sea respecto a las normas generales y objetivas como a los actos administrativos concretos creadores de situaciones jurídicas subjetivas y no obstante no hallarse incorporado al derecho positivo su aceptación ha sido plena en sede administrativa por la gravitación que han tenido los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que lo acogieron.

#### IV

### LA INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. *El deber de resolver también se extiende a la Administración.*

La naturaleza eminentemente práctica del derecho y su adherencia a la vida se revelan por el hecho de que "no

hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta”.

Nuestro ordenamiento, al igual que muchos, capta el sentido de esa exigencia de la razón práctica al prohibir a los jueces “dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”, señalando también las fuentes a que se ha de acudir cuando una cuestión no pudiere resolverse por el texto literal o por el fin de la ley.

Este deber de resolver —que es un verdadero principio general aplicable a todas las ramas del derecho— se extiende, además de los jueces, a los funcionarios públicos, frente a las peticiones, reclamos y recursos que interpongan los administrados. Aparte de la posibilidad de aplicar este principio inserto en los títulos preliminares del Código Civil (cuyo alcance no se circunscribe al derecho privado), el legislador lo ha consagrado en dos oportunidades, ambas en la ley nacional de procedimientos administrativos. La primera, articulando dentro del debido proceso adjetivo el derecho a una decisión fundada, el cual presupone el deber de resolver, y la segunda, cuando tipifica el proceso de amparo por mora de la Administración que habilita al particular, en los casos en que “la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados —y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediera de lo razonable— sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado”, a demandar judicialmente a la Administración para que los jueces ordenen a ésta que “despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca...”.

## 2. *El artículo 16 del Código Civil.*

El cumplimiento del deber de resolver está íntimamente conectado con el reconocimiento, por parte del Código Civil, de los principios generales como fuente del derecho administrativo, y si bien, con cierto sentido práctico, puede afirmarse que se trata de una fuente de naturaleza subsidia-

ria, la circunstancia de constituir una fuente residual cuando se agotan las posibilidades de aplicación de las normas y principios del derecho positivo y la congruencia que debe haber con los principios hace que éstos constituyan una fuente autónoma habida cuenta de que son el fundamento de todo el ordenamiento.

En la fórmula utilizada en el art. 16 por el Codificador, no cabe duda de que los principios generales del derecho son los que surgen del derecho natural y en ese sentido, éstos vienen a cumplir la función de integrar el ordenamiento jurídico.

Esto no desmerece la función principal y primaria que llevan a cabo los principios como base de todo el ordenamiento aun cuando pueda suponerse que carece de sentido la función supletoria que, por otra parte, se les asigna.

Sin embargo, dado que el derecho natural aparece con una mayor indeterminación que el derecho positivo, por más que históricamente se haya volcado de un modo formal a otros derechos como el romano, partiendo de la idea de un ordenamiento positivo compatible con el derecho natural, debe otorgarse prevalencia a las determinaciones positivas. Con esta inteligencia hay que interpretar también la mención final "a las circunstancias del caso" que formula el art. 16 del Código Civil que remite, en definitiva, a un juicio de equidad.

### 3. *Los principios generales del derecho son a la vez fuentes formales y materiales. Prelación de los principios.*

La distinción entre fuentes formales y materiales que efectuara la doctrina de este siglo, fundamentalmente a partir de la clásica obra de Geny, da origen a una clasificación que, según Cueto Rúa, ha creado y sigue creando graves dificultades teóricas en virtud de que las fuentes del derecho exhiben una estructura formal-material, cuya complejidad participa de la naturaleza del fenómeno jurídico.

De esa peculiaridad participan también los principios

generales del derecho, los que, mientras no estén legislados formalmente, permanecen como fuentes materiales sin dejar de gravitar, no obstante, en todo el ordenamiento.

Pero su vigencia como fuentes no depende de su recepción formal por el ordenamiento positivo puesto que constituyen el fundamento de las demás fuentes del derecho. Por lo tanto, los principios generales del derecho, aun los no legislados, tienen primacía tanto sobre las normas legales y reglamentarias, como sobre la costumbre y la jurisprudencia. En el derecho civil, dado su desarrollo legislativo y la circunstancia de haberse convertido la mayor parte de los principios de derecho natural en derecho positivo, aquella consecuencia no aparece tan palmaria pero, en el derecho público, donde es corriente que el juez y el órgano administrativo apliquen principios no escritos para resolver un conflicto determinado, la cuestión se ve con mayor claridad.

En efecto; desde la separación de los poderes hasta el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, la autotutela en materia de dominio público, la continuidad de los servicios públicos y la igualdad en la licitación pública, todos ellos constituyen principios generales del derecho administrativo y aun cuando no se encuentren expresamente incorporados, en todos los casos, al derecho positivo, han tenido plena acogida por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

## V

### LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL CAMPO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

#### 1. *La analogía y los principios generales del derecho.*

El método para descubrir los principios generales del derecho no puede consistir "en ascender, por vía de abstracción de las disposiciones particulares de la ley a determina-

ciones cada vez más amplias; continuando en esta 'generalización creciente' hasta llegar a comprender en la esfera del derecho positivo el caso dudoso"<sup>12</sup>, pues, al proceder de ese modo, más que hallar los principios generales del derecho se corre el riesgo de elaborar principios sin conexión necesaria con la causa del derecho e inclusive, contrarios al derecho positivo o a la solución analógica del caso.

Por lo demás, la imprecisión del método de la generalización creciente conduce al peligro de que se incurra en la llamada *aequitas cerebrina*, esto es, el arbitrio judicial ejercido en forma contraria a la ley.

En cambio, la analogía, en su recto sentido y ante la ausencia de norma aplicable, es el método de interpretación al que hay que acudir primero para hallar la solución particular para el caso y ello no sólo por imperio de lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil sino por un principio lógico y racional de interpretación jurídica que conduce a integrar el vacío que presenta la norma con lo prescripto para supuestos similares o afines, siempre que la *ratio legis* pueda extenderse en función de la naturaleza de la materia o institución.

Pero esto es una cosa bien distinta que afirmar que los principios generales del derecho son los que derivan de la analogía ya que este procedimiento no es idóneo para descubrir una verdad general pues va de lo particular a lo particular coordinado, en sentido opuesto a la inducción.

De ese modo, no obstante el trascendente papel que cumple la analogía en el ámbito del derecho administrativo ella debe ajustarse a los principios generales que rigen en el derecho público compatibilizando, en primer término, la aplicación de la norma similar o afín con los principios que rigen cada institución y culminando con los principios básicos o fundamentales del ordenamiento administrativo, ya sea que provengan éstos del derecho positivo o natural.

En tal sentido, por sobre el precepto que permite a los

<sup>12</sup> Confr.: GIORGIO DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, p. 51.

jueces declarar la nulidad de oficio cuando ésta fuera absoluta y manifiesta (art. 1047 Código Civil) prevalece el principio de la separación de los poderes que veda tal posibilidad, como lo ha reconocido la Corte Suprema en el conocido caso "Los Lagos" <sup>13</sup>. Al propio tiempo, el principio general del derecho civil que prescribe que nadie puede alegar su propia torpeza cede frente al más específico del derecho administrativo que permite a la Administración demandar la nulidad de sus propios actos.

## VI

### LA RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La recepción de los principios generales del derecho por el derecho administrativo obedece a orígenes diversos, siendo una tarea muy amplia el realizar su completa enumeración ya que su repertorio comprendería prácticamente el estudio de cada una de las instituciones de esta rama del derecho público.

En el ámbito constitucional, cabe incluir no sólo los principios positivos expresos sino los que surgen de un modo implícito e informan la Constitución Nacional o las Constituciones de Provincias, y los que a falta de regulación positiva se encuentran en el derecho natural, habida cuenta que uno de los principales objetivos del preámbulo consiste en "afianzar la justicia".

Otros provienen, en cambio, del derecho privado especialmente del Código Civil, muchas de cuyas disposiciones se encuentran inspiradas en el derecho romano que, como es sabido, llegó a formular y reconocer los más trascendentes

<sup>13</sup> "Fallos", t. 190, p. 151 y ss.

principios del derecho natural. En este marco y sin el propósito de agotar su mención puede señalarse el principio del enriquecimiento sin causa, el de la buena fe, el que estatuye que el objeto de los actos jurídicos no debe ser contrario a la moral ni a las buenas costumbres o el que se refiere a la validez y exigibilidad de los pactos voluntariamente consentidos. Todos ellos han tenido recepción jurisprudencial.

Por otro lado, existen principios generales incorporados al Código Civil —como el de la responsabilidad por la actividad ilegítima— que pueden encontrar como primer fundamento positivo principios de raigambre constitucional inherentes al Estado de Derecho; tal es lo que acontece con la responsabilidad del Estado y sus entidades, en cuya construcción el derecho administrativo amplía los criterios del Código Civil desde tres ángulos distintos, a saber: a) en cuanto admite —como regla general y exclusiva— una responsabilidad directa y objetiva que desplaza la idea de culpa, b) en lo que concierne al reconocimiento, como regla general, de la responsabilidad por actividad estatal legítima y c) en la admisión de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y judicial.

En otro plano, el de la actividad sancionatoria de la Administración Pública rigen, con las necesarias adaptaciones que requiere la materia administrativa, los principios generales del derecho penal sustantivo. En este sentido, los clásicos principios del derecho penal poseen vigencia en el derecho administrativo, como el de que los hechos punibles y las penas a aplicar deben hallarse previstos en la ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio *non bis in eadem*.

A su vez, el derecho internacional constituye también un manantial inagotable de principios generales del derecho en virtud de lo prescripto en la cláusula constitucional que atribuye a los tratados internacionales la aptitud de ser fuentes del ordenamiento. Tal es lo que acontece —por ejemplo— con el derecho a una tutela judicial efectiva establecido en el Pacto de San José de Costa Rica que a mi juicio ha derogado tanto el principio *solve et repete* como las vallas y

ápices formales establecidas para el acceso a la instancia judicial.

El último grupo de principios generales del derecho está constituido por los que provienen de las propias instituciones administrativas, la mayor parte de los cuales no han sido incorporados en la legislación positiva. Reconocidos por la doctrina —y en algunos casos por la jurisprudencia— este grupo se integra con dos vertientes, no necesariamente opuestas, según que se originen en la naturaleza de las respectivas instituciones o en el establecimiento de principios peculiares que implican una derogación especial de principios más generales del derecho.

En rigor de verdad, en estos supuestos, más que de principios generales del derecho en el derecho administrativo se trata de principios generales del derecho administrativo, en el sentido de que su especialidad y fundamento institucional no permite extenderlos a todas las ramas del derecho, particularmente al derecho privado.

Pertenecen a este grupo una gama considerable de principios generales del derecho administrativo y sin pretender establecer una nómina completa ni taxativa pueden ubicarse en este sector el principio de la continuidad de los servicios públicos, el del paralelismo de las competencias, el estado de necesidad para fundamentar el dictado de reglamentaciones de urgencia; el que prescribe que en los contratos administrativos de atribución toda duda debe interpretarse a favor del contratista particular —a la inversa de los contratos de colaboración—, la autotutela coactiva en la protección del dominio público, la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos subjetivos, la necesidad de motivar los actos que afecten los derechos e intereses individuales o colectivos, el informalismo y el silencio administrativo, ambos en favor de los particulares.

Al ser parte del ordenamiento jurídico, los principios generales del derecho integran el bloque de legalidad que funda y orienta, pero, sobre todo, limita y vincula, el obrar de la Administración Pública. Se sigue de ello que la falta de conformidad del acto con dicho ordenamiento genera un



defecto o vicio en el objeto del acto administrativo o reglamento, que provoca su nulidad absoluta. Esta conclusión se apoya en la circunstancia de que los principios generales del derecho, por ser causa de las normas positivas y por el hecho de constituir el reflejo de una ley natural superior asentada en la moral, integran el orden público administrativo que debe resguardar la Administración, sin perjuicio de las distintas modalidades justas que pueda admitir el desenvolvimiento o aplicación de los principios, particularmente en el campo de las soluciones normativas.

En gran parte de los casos, el vicio en el elemento objeto del acto administrativo o reglamento, que entraña la violación de los principios generales del derecho, proviene de graves inconstitucionalidades y abusos de poder de los funcionarios públicos que prefieren regir su actuación por una mal entendida defensa del Estado antes que por la justicia.

De esa entidad sería, por ejemplo, la transgresión al principio general del debido proceso adjetivo en que incurra la Administración exigiendo, como condición para otorgar una autorización administrativa, la renuncia a cualquier acción promovida o que se promueva en el futuro contra el Estado.

## VIII

### CONCLUSIÓN

En definitiva, puede sostenerse que, aun cuando los principios generales del derecho y los peculiares de cada institución administrativa son diferenciados y no se hallan vinculados por un nexo deductivo, representan una herramienta necesaria para resolver los problemas que plantea el obrar de la Administración Pública, cuya actividad se inserta en un régimen de por sí abierto a las posibilidades que brinda la interpretación jurisprudencial.

En esta tarea, la dimensión de peso o jerarquía que es

propia de los principios cobra una especial significación y trascendencia para discernir su aplicación al caso, como base de un razonamiento que circula entre los hechos de la realidad y los elementos técnicos que proporciona la ciencia jurídica, en función de los problemas concretos que deban dilucidarse en cada supuesto determinado.

En ese marco, hay que advertir que el respeto por parte de la Administración Pública de los principios generales del derecho hace a la dignidad del hombre, principio fundamental que es la raíz de todo ordenamiento jurídico <sup>14</sup>.

En el derecho administrativo, por su peculiar conformación, ellos asumen una mayor importancia que en otras disciplinas como fuente del derecho, cumpliendo la función de fundar, informar e integrar el ordenamiento, lo que ocurre tanto con los principios generales que son comunes a todo el derecho como con los propios del derecho público, no siendo imprescindible para su reconocimiento jurisprudencial, su recepción por el derecho positivo.

Esos principios universales ocupan un lugar de primacía entre las fuentes del ordenamiento al cual le confieren unidad y permanencia. Su vigencia hace posible realizar la síntesis entre dos ideas antagónicas ya que si, por una parte, crean una barrera defensiva que se opone a la arbitrariedad legal o administrativa, dando estabilidad al derecho de los particulares, por la otra, implican una fuente inagotable siempre abierta a nuevas soluciones jurisprudenciales frente al silencio o incompatibilidad de las normas positivas. Pero ese antagonismo entre la estabilidad y su aptitud transformadora es sólo aparente, pues las innovaciones que se producen tienden a proteger a las personas de la arbitrariedad estatal, con lo que, en última instancia se retorna a uno de esos principios generales que poseen mayor universalidad, que constituye el pilar en que se asienta la unidad del orden jurídico, como es la dignidad de la persona.

Al representar aquella unidad son, al propio tiempo, un

<sup>14</sup> Véase: JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, *La dignidad de la persona*, p. 19 y ss., Madrid, 1986.

punto de confluencia que opera como un lugar común para que todas las relaciones jurídicas, sean públicas o privadas, internas o internacionales, se desenvuelvan en el marco de la justicia, dando a cada uno lo suyo.

Y esa justicia, en el ámbito siempre cambiante del derecho administrativo, se lleva a cabo muchas veces gracias a la función de garantía que vienen a cumplir los principios generales del derecho que, en las relaciones entre los particulares con la Administración orientan el cometido de ésta hacia actuaciones más humanas, equitativas y, por lo tanto, razonables, en cualquiera de las especies de justicia. De ese modo, la cobertura que traduce esa garantía opera en la actividad total del Estado, tanto si se trata de actos de distribución de ventajas o beneficios, de intercambios o conmutaciones voluntarias, como en materia de actos de imposición de gravámenes o cargas.

Porque si como decía Cicerón, nada hay más grande en un Estado que el derecho, la observancia de los principios que dan fundamento a su realización es el punto de partida al que deben ajustarse los legisladores, los jueces y los funcionarios públicos para hacer que nuestras vidas puedan alcanzar su plenitud personal y para que el Estado de Derecho o de Justicia, que anida en la raíz de todo sistema republicano constituya, antes que una verdad proclamada, una auténtica realidad que actúe no en beneficio de unos pocos, ni de un partido o sector, sino al servicio de los objetivos de bien común que nuestra sabia Constitución ha establecido como fines del Estado.



# EL ACTIVISMO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Augusto Mario Morello, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 25 de junio de 1987*



*Apertura del acto por el Académico Presidente  
Dr. Marco Aurelio Risolía*

Con la incorporación del Dr. Augusto Mario Morello, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales cubre la vacante que tuvo origen en el óbito lamentable del Dr. José Manuel Saravia.

Es difícil mencionar ese nombre y pasar con olvido sobre las notas de inteligencia, caballerosidad y cortesía de quien durante muchos años fue nuestro dilecto amigo y nuestro eficaz colaborador. No quiero, pues, pronunciar estas brevísimas palabras sin rendir homenaje a su figura y encarecer justicieramente su memoria.

La incorporación del Dr. Morello, por su autoridad científica, por su labor infatigable cuajada en obras de mérito, por los servicios prestados al país en encumbradas posiciones, es sin duda garantía de una fecunda actuación que redunde en abono de nuestro cometido. Su curriculum profesional, docente, de investigador, de magistrado, de hombre de bien, abunda en señales categóricas que dicen mucho y muy claro de su vocación, de su laboriosidad y del mérito de sus contribuciones al esclarecimiento de los problemas que hacen a la esencia de nuestros trabajos, nunca desprendidos de la inspiración patriótica, de la elevación cultural, de la inquietud ciudadana.

Tengo leídas las obras principales del Dr. Morello. Lo sé sagaz y meduloso en la búsqueda de soluciones atinadas. Él no ignora que la arbitrariedad —así provenga de la ley o del magistrado que la aplica— es la amenaza constante del

derecho lúcido por el que todos suspiramos. Lo sé empeñado en vivificar la ley no sólo por el análisis de su texto sino ponderando todas las aportaciones sugeridas por su concepción, por su vigencia, por el cumplimiento leal de su cometido. Él sabe, sin duda, que el derecho no es una ciencia aislada de la realidad, que pueda encerrarse en textos y fórmulas suficientes; sabe que es, por el contrario, una ciencia de los hechos, una ciencia de la realidad que quiere ser acogida, ponderada y encauzada por el hombre, observando fielmente —como diría Montesquieu— “la naturaleza de las cosas” para hacer lugar a la justicia; sabe, en suma, que el derecho es ciencia y es arte, ennoblecido por el ideal de justicia y acreditado cuando da solución eficaz a los problemas de un país, de un momento histórico, de una reclamación fundada.

Quien tiene esa medulosa concepción del derecho, de la ley que lo instrumenta, de la magistratura que lo aplica, merece sin duda aportar su juicio a una corporación como la nuestra, en cuya representación pronuncio estas cortas palabras de apertura y bienvenida.

Dr. Morello: Que los manes de Mariano Moreno, cuyo nombre lleva su sitial en nuestra compañía, inspiren su actuación futura. Es el voto que expreso al entregar a usted el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de número y ceder la palabra al Dr. Bidart Campos, que tendrá a su cargo la presentación de estilo.



*Discurso de recepción por el académico  
Dr. Germán J. Bidart Campos*

Es tradición de rigor que la Academia brinde su bienvenida a cada nuevo miembro que se incorpora a ella, y que un académico pronuncie las palabras de saludo y de recepción que son propias de la circunstancia. Me toca hoy a mí el honor de hablar en el ingreso oficial al cuerpo del doctor Augusto Mario Morello.

Yo no voy a hablar del amigo entrañable, porque sustraería a este acto del ámbito objetivo e impersonal en que debo destacar la personalidad del jurista a quien recibimos. Me cuesta el silencio de amigo.

Pero si tengo que referirme al jurista, voy a hablar con el corazón, desconociendo esta vez a Pascal, para decir que —en el caso— mi corazón tiene razones que mi razón entiende. Quienes conocen bien a Morello compartirán, sin duda, las razones de mi corazón.

El doctor Morello prodiga su magisterio con la humildad que da la sabiduría, con la firmeza que confiere la convicción, con la hidalguía que nace de un espíritu superior. Nunca le conocí mezquindades, ni como maestro, ni como hombre. Generosamente, forma y alienta discípulos. Que lo diga, si no, la escuela de La Plata, y todo el conjunto de estudiosos que a lo ancho y largo del país aprendemos de él día a día. Los foros internacionales a los que asiste con título sobradamente propio, no le han estimulado petulancias, ni el laurel de los homenajes bien merecidos lo ha hecho trepar pedestales a los que accede por sí mismo, por lo que da no por lo que recibe.

Morello es un eximio procesalista, que incursiona en el campo tan afín del derecho constitucional con profundo conocimiento del engarce que une un ámbito con otro. Escritor prolífico, no rebaja nunca la calidad de su pensamiento, ni en los libros, ni en los artículos, por breves que acaso sean éstos. Domina la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Suprema de Justicia, la interpreta, y la sistematiza, anudándole sus ideas personales. Con un privilegiado equilibrio mental, sabe adelantarse doctrinariamente a los reclamos del derecho, y es así como —por ejemplo— no ha vacilado en dar acogida a la categoría de los llamados intereses difusos o colectivos, tan bien pergeñados por ilustres maestros extranjeros y por algunos de los nuestros, y ya aludidos normativamente en las recientes constituciones provinciales de Salta y de Córdoba. Morello ha avanzado más todavía, y tiene redactado y publicado un lineamiento articulado para una eventual y futura legislación tutelar de los intereses difusos.

Más que un jurista, es un maestro en la acepción cabal de la palabra, que investiga y enseña, que traduce en permanente lección todo lo que elabora y lo que piensa en sus largas horas de estudio ininterrumpido, que arrima a la justicia un valioso arsenal de principios, que abre rumbos, y que completa el panorama —el de hoy, y el del mañana—.

Coincide sin halagar, discrepa sin agredir, opina sin ensoberbecerse. Es un lujo y un orgullo que hoy entre a formar parte de esta corporación, que debe agradecerle el aporte de su calidez humana y de su labor intelectual. Junto a él, y él con nosotros, iremos acentuando la trayectoria científica de la Academia. Nombres ilustres se sentirán complacidos por que Morello les suma el suyo.

Y con estas escasas palabras que balbuceo emocionadamente, sin alcanzar el nivel que exige la personalidad de nuestro nuevo académico, tal vez podrá este auditorio intuir con su razón y con su sentimiento, por qué comencé diciendo que mi corazón tenía razones que mi razón entendía. Y

ahora, doctor Augusto Mario Morello, ocupad como miembro de la Academia vuestro sitio y nuestra tribuna, para darnos otra sabia lección, como todas las vuestras de cada día.  
¡Sed bienvenido!



## EL ACTIVISMO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Patrono del sitial con que se me ha honrado, es el Dr. Mariano Moreno.

Nuestro patriota fue abogado recto y valiente, que siempre dio una lección de dignidad e independencia en el ejercicio de la profesión que había iniciado en Chuquisaca pero que consolidó en Buenos Aires después de las invasiones inglesas y de manera notable en 1808, en paralelo con el creciente prestigio hasta transformarse, sin duda, por su talento, probidad y dedicación, en el letrado más eminente y consultado, según lo apunta un inquieto investigador y admirador de su vida y obra, el Dr. Gilberto Bintana <sup>1</sup>.

Basta poner de manifiesto algunos asuntos resueltos en su bufete —una colonial casa “decente” ubicada en pleno centro de la Aldea, en la calle de la Piedad, hoy Bartolomé Mitre, entre las de la Catedral (San Martín) y El Empedrado (Florida)— para arribar a comprobaciones sorprendentes, tales como la de saberlo proponiendo un verdadero recurso de amparo ante un atropello administrativo contra el panadero Paso; o, en la órbita del derecho constitucional, verlo afirmando lo que sería una de las expresiones más concretas y robustas del art. 18: el derecho de ser oído.

<sup>1</sup> GILBERTO R. BINTANA, *Doctor Mariano Moreno. El inicio feliz de nuestra revolución*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1978, Nº 40, p. 13. Las referencias corresponden a páginas 27, 31 a 33 y 37.

Cierto es, sin embargo, que fue en el famoso documento de "La Representación del Apoderado de los Labradores y Hacendados de las Campañas de la Banda Oriental y Occidental del Río de la Plata", del 31 de setiembre de 1809, "donde pudo sentar con precisión de jurista y flexibilidad de filósofo, un inmejorable alegato para influir en la liberalización del comercio, lo que mereciera, a través de las correspondientes traducciones y elogiosos comentarios, amplia difusión en Brasil e Inglaterra".

Y tuvo la derivación, en lo personal, en la desconfianza de Cisneros, quien advertido del talento y peligrosidad de su autor, quiso poner distancia ofreciéndole el singular honor de desempeñarse como Oidor de la Real Audiencia en España, lo que Moreno rechazó sabiendo que su trinchera era Buenos Aires en los momentos en ciernes de la Revolución.

Si, como sentenció José Manuel Estrada, a ninguna causa sirvió Moreno con tanta entrega y pasión que no fuera la libertad de su país y el impulso inicial de la Democracia, el asunto que hoy nos convoca se aloja en la forja incandescente de sus ideas y en lo ejemplar y vigente de su mensaje.

Es un deber de gratitud, igualmente, recordar al sesudo jurista cordobés, Dr. José Manuel Saravia, nuestro antecesor.

De muy sólida y profunda formación, adornado con los rasgos, atributos y señoría del hombre de bien, son múltiples y fructuosas sus contribuciones a las ciencias del Derecho y a la reafirmación de los principios cardinales sobre los que se asienta la evolución y perfeccionamiento de la técnica jurídica.

Viene a mi memoria así el caso del impuesto a la "mo-lienda" de trigo. Era evidente que el panadero que por contrato podía exigir la entrega de la mercadería y que aceptaba, por un convenio posterior, abonar además del precio otra suma complementaria —el impuesto que mencionamos—, no podía luego aducir que se encontraba en "estado de necesidad", al concurrir al nuevo acuerdo. Por eso al compar-

tir la solución acogida en el fallo revocatorio, de defender y mantener esa postura, pudo mostrar la solidez de su pensamiento.

*Las normas legales —ponía de resalto en 1947— y una interpretación ajustada de las mismas, deben ser la base y criterio de los fallos en justicia. Lo contrario sería dar cabida al subjetivismo, y con ello a la arbitrariedad*<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> JOSÉ MANUEL SARAVIA, *Naturaleza jurídica del gravamen a la mo-  
lienda del trigo*, Revista Jurídica de Córdoba, 1947, Nº 4, p. 628.





SUMARIO: I. *Anticipaciones*. — 1. Recientes y resonantes decisiones del más alto tribunal de la Nación. - 2. El gran pivote: el artículo 19 de la Constitución Nacional. - 3. Precisiones. - 4. Afirmación moral. - 5. La Suprema Corte de EE. UU. y el rol en su sociedad. - 6. En el curso de una transición. - II. *El tema en sus grandes líneas* — 7. Plan de la exposición. - 8. La Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial. - 9. Panorama del derecho comparado. - 10. El activismo de la Suprema Corte de EE. UU. - III. *La irrupción institucional de la Corte argentina*. - 11. El activismo en lo procesal. - 12. En la resolución de conflictos de poderes. - 13. Carácter polifacético de sus funciones jurisdiccionales. - 14. El activismo en la fijación o consolidación de los valores de la sociedad argentina - 15. Desechando críticas al referido protagonismo. - IV. *Imperiosa necesidad de establecer límites para impedir un desborde disfuncional que quebrantaría la armonía global del sistema y conducirla a una desmesurada politización del Tribunal*. - 16. Panorama de los controles internos y externos que fuerzan a un equilibrio dinámico fundamental. - V. *En la búsqueda del punto de equilibrio*. — 17. Cuál puede ser la buena senda. - VI. *Colofón*. — 18. En la síntesis final, algunas conclusiones.

## I

### ANTICIPACIONES

#### 1. *Recientes y resonantes decisiones del más alto tribunal de la Nación.*

En los últimos semestres la Corte Suprema produjo decisiones trascendentes:

— respecto del tema del divorcio vincular;

— respecto de la condena a los integrantes de varias Juntas del régimen militar;

— sugerentes explicaciones del juego de la libertad interior y exterior en el ámbito del art. 19 de la C. N., desgranándose en diversas y complejas manifestaciones:

— el derecho de la privacidad o la tutela de la intimidad (causa “Ponzetti de Balbín, Indala c/Editorial Atlántida”, diciembre 11 de 1984);

— el derecho a la información y la libertad de prensa;

— su interactuación y el orden preferente (“Campillay, Julio César c/‘La Razón’, ‘Crónica’ y ‘Diario Popular’”; “Costa, Héctor c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, marzo 12 de 1987);

— la tenencia personal de drogas (en la causa “Bazterrica, Gustavo M.”, agosto 29 de 1986);

— asimismo, dio respuesta al requerimiento de la “croxina” en la causa “Baricalla de Cisilotto, María del Carmen c/Gobierno Nacional”, enero 27 de 1987), fijando pautas en una especial situación colectiva que, al igual que en los EE. UU. de América, sintonizan las obligaciones del Estado en un área singular.

Lo ha hecho en el clima de una ebullición de los medios de comunicación, principalmente, y en la presencia entrelazada de entrevistadores, coloquiantes y comentaristas que “suscitan la preocupación en la opinión pública y el afán de respuestas, consecuentes con patrones subjetivos que de ser acatados no sería difícil prever las consecuencias”.

Ese puñado, que no es único, de temas urticantes, se enmarca más que en la función específica de decir el derecho para componer una litis, una controversia, una causa o caso particular, en una zona inédita, cuyos destinatarios son el conjunto de los estratos sociales y un futuro igualmente precario o provisional pero que necesita, ineludiblemente, contar, a través de su influencia y orientación, con algunos parámetros o referencias objetivos o medianamente previsibles, para no prolongar una inquietante impresión de inseguridad. O, como diría Ortega, “para saber a qué atenerse”.

El huracán de tal seguidilla de pronunciamientos revolucionarios puede explicar, si no justificar, el que otras competencias funcionales —las del Congreso o las del Poder Ejecutivo— aparezcan o se sientan rozadas.

Y, además, la madurez de una colectividad, cada vez más participante, hace que sólo se muestre apta para recorrer el camino que insinúan esas guías, si se corresponden con una acabada y vigente convicción propia, a la que se llega evaluando las razones que apoyan las nuevas dimensiones elásticas o flexibles con que sus fallos van privilegiando los valores gravitantes. Que son los que penetran a su vez en la vida de cada uno, de suerte que si no se tienen ideas suficientemente definidas sobre ello, pueden llegar a destruir sus proyectos, anular sus esperanzas e impedir la realización personal.

Es así como cobra relieve la *búsqueda de sentido* pues, según enseñó Cueto Rúa, el criterio de objetividad de la jurisprudencia, con mayor razón cuando es la que proviene del órgano rector de la Comunidad, exige que la elección de los cursos de conducta, que difunde o irradia, sean compartidos y aceptados por aquélla.

## 2. *El gran pivote: El artículo 19 de la Constitución Nacional.*

Es también nota destacable, que muestra las ondulaciones del terreno en que se mueve el Tribunal al mismo tiempo que la deseada independencia de criterio, que el conjunto de las sentencias con argumentos novedosos que venimos destacando cuenta con una explícita remisión a los precedentes de la Corte de los EE. UU. de América y a los documentos internacionales que resguardan las libertades humanas. En particular, el denominado Pacto de San José de Costa Rica, en tópicos del derecho de la intimidad, de su directa operatividad en el derecho interno de cada país, su inserción en el orden programado por el art. 31 de la C.N. y su repercusión con relación al principio de la soberanía del

pueblo y, llamativamente, en el eje rector del recreado art. 19, de nuestra Ley Fundamental.

En gran número de esas cuestiones se han dado las sentencias, por mayoría y minoría, con votos propios y acabadas disidencias, corroborando sensiblemente cómo las mismas invaden el proyecto de vida individual y cómo, igualmente, las soluciones desembocan a través de no unívocas respuestas. A veces la soledad de una posición, lejos de evidenciar debilidad argumental, pone de resalto una alta cuota de razón.

La Corte ha marcado, con particular énfasis, el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconocen como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen sus posturas subjetivas no son vividas como jurídicas.

En tal orden de ideas, el indudable acatamiento que la interpretación judicial debe a la letra y al espíritu de la ley, encuentra su fundamento último en la objetividad con que dicho análisis ha de formularse. De ello se sigue que si el texto legal aplicable permite al exégeta un amplio marco de decisión, el aludido requisito de objetividad sólo se cumple si la articulación del *dictum* remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse (C.S., 11 de octubre de 1984, "Sasetru S.A. [Cons. 13]").

### 3. Precisiones.

En el arrollador ritmo que lleva la vida político-institucional en esta incitante fase de consolidación de la Democracia, son imprescindibles algunas precisiones.

De un lado, al ingresar a escena la Corte Suprema con una relevancia poco antes impensada, ha dejado entreabierto un

peligro adicional. El de que, por omisión o retardo en la satisfacción adecuada en resortes claramente políticos, sea ella la que deba arbitrar.

Lo hemos vivido y lo estamos viviendo en dos rípidas manifestaciones: una, en lo que concierne a la invalidación del art. 64 de la Ley de Matrimonio Civil, y otra a raíz de que ha sido la Corte la que finalmente haya administrado una de las soluciones respecto a las teorías jurídicas acerca de la obediencia debida, a través de una interpretación que determina sus alcances, constitucionalidad y encuadramiento.

No se escapa que de ser llevado *constantemente* a una función de arbitraje en estas zonas tan delicadas y en las que las presiones y las pasiones sobrellevan una carga adicional, puede ser desplazado el cometido de nuestro Tribunal —reaseguro final de todo el sistema— a un costo que erosione su autoridad moral y la fuerza y peso institucional que de por sí lleva.

Aquí cobran especial significado los reparos, preventivos y observaciones de Oyhanarte, entre nosotros, cuanto de Stone en Estados Unidos de América.

#### 4. *Afirmación moral.*

Importa acotar, asimismo, que la Corte, a partir de cuestiones delimitadas en momentos de crisis y desde el interior de esas graves situaciones envolventes, marca directivas orientadoras para la solución de las álgidas cuestiones de responsabilidad personal, reafirmación de las instituciones de la República, moral administrativa o posturas éticas. Al utilizar la referencia a los *valores* fundamentales, v.gr. en lo que concierne a los derechos humanos, se plantean también en los casos más rípidos las interrogaciones cruciales para inyectar fe en pautas ordenadoras que operan como escudo de rechazo crítico a la desmoralización ambiente y a endebles fundamentos culturales.

Diríamos que esta jurisprudencia —en grande, forma-

tiva— genera creencias básicas, solidificantes del tejido social y es una cimera forma de educación ciudadana, sin olvidar tampoco que “pocas manifestaciones del poder hay en los tiempos modernos que requieran tan costosa y delicada energía como el cultivo de las creencias” (John K. Galbraith, *La anatomía del poder*, Barcelona, 1984, p. 53).

El difícilísimo caso de la obediencia debida —en donde sobrevuelan “razones de Estado”, acerca de cuya motivación y resultado no abro aquí parecer porque todavía no he podido hacer detenida lectura de él—, se centra como uno de esos supuestos de análisis y comentarios que demandarán en los estudiosos y registros varios de la opinión pública, una atrayente consideración.

No debe dejar de atenderse —desde la perspectiva del rol de los tribunales en las sociedades modernas— el aspecto que se refiere a una característica igualmente denunciada por el juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Harry H. Blackmun, cuando reflexionó sobre el *aislamiento*, quizás excesivo, con que actúan los jueces de su país, y que originara la realización de seminarios referentes al tratamiento de los órganos de justicia en un momento en que un par de preguntas señalan el camino para el conjunto de los desarrollos.

¿Qué clase de sociedad queremos y cuál ha de ser en ella el rol de los tribunales?

El mismo juez Blackmun (Conferencia de Jerusalem, Israel, 16 al 19 de marzo de 1986)<sup>3</sup>, frente a las complejidades y entidad de los problemas de directa y evidente importancia para la comunidad —los derechos humanos, el régimen de tutela de las minorías, el terrorismo, la situación jurídica del refugiado en el cuadro internacional, los temas del divorcio, de la discriminación racial, del aborto, la libertad de prensa, sin excluir tantos otros cuyo diapasón intensivo

<sup>3</sup> AUGUSTO M. MORELLO, *El rol de los tribunales en las sociedades modernas* (Conferencia de Jerusalem, Israel, 16-19 de marzo de 1986), E.D., t. 118, p. 939.

se multiplica en el ámbito de la democracia— puso de resalto, sin perder de vista el punto tradicional según el cual los derechos individuales deben ser protegidos frente al Estado, que, cuanto menos desde 1965, la Suprema Corte del Estado del Norte ha avanzado en la defensa y fortalecimiento del sistema de Justicia, descubriéndose cómo la jurisdicción opera de una manera en períodos formativos y en otra muy distinta en épocas de crisis.

5. *La Suprema Corte de Estados Unidos y el rol en su sociedad.*

Es cierto asimismo que, como bien se ha acotado, cada Corte tiene su agenda.

Y que las influencias externas e internas sobre los jueces se suman y obran de factores principales, sea para impulsar, sea para adoptar una actitud más conservadora. Ese mismo juez que sentenció como pauta definitoria “que el tiempo es corto y lo que hay que hacer hay que hacerlo ahora”, al cumplirse el doble centenario de la Constitución de 1787, puso de resalto cómo desde hace décadas la Corte americana *tiene en claro cuál es su papel en la sociedad* <sup>4</sup>.

Desde 1876 los negros recurren a la Suprema Corte para la protección de sus derechos. Pesa en el tema, desde luego, algún error histórico del Alto Tribunal de ese país, cual la tristemente famosa sentencia recaída en “*Bread Scott v. Sandford*” (1857) <sup>5</sup>, considerada como una de las causas del desencadenamiento de la Guerra de Secesión al declarar inconstitucional una ley del Congreso que prohibía la esclavitud

<sup>4</sup> Para las referencias y la evolución de la jurisprudencia de las dos últimas integraciones de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, nos valemos, fundamentalmente, del trabajo de NORMAN DORSEN, *Tendencias y Perspectivas de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, en *Revista Jurídica* de la Universidad de Puerto Rico, 1985, Nº 2, pp. 181 a 198, con sus citas.

<sup>5</sup> JOSÉ MARÍA MORENILLA RODRÍGUEZ, *La organización de los Tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968, p. 112 y nota 20.

en los Estados del Norte del país —el “Compromiso de Missouri”—, pero la segregación racial fue desde entonces un *problema político nacional* que requiere la justa y prudente respuesta jurídica.

Y que exhibe notables y resonantes oscilaciones manifiestas durante la Presidencia de Truman en 1948, en cambios que se insinúan desde 1952 y 1955, y que, posteriormente, frente a la cuestión de segregación racial en las escuelas demanda que el Tribunal Supremo se vea forzado a tomar decisiones a fin de zanjar los criterios discriminatorios.

#### 6. *En el curso de una transición.*

Recorremos, por consiguiente, una transición en donde los protagonistas, “a partir de la sociedad misma, tal como se ha destacado, están ‘en rodaje’, en entrenamiento, adaptando las piezas del sistema en una tarea que es difícil, que no se da en solitario sino solidariamente y de la cual padecen: la autoridad ejecutiva (es natural que los nervios del Presidente estén en tensión), los legisladores (están realizando un complicado aprendizaje que reconocen poco en público y francamente en privado) y también, desde luego, el Poder Judicial, aunque sus resoluciones trasuntan una seguridad que busca consolidar el Estado de Derecho. Padecen, en fin, las organizaciones intermedias de las que no están ajenos también los cuerpos profesionales”, pues se ha cumplido un ciclo y sin los réditos precedentes, tenemos que inventar el futuro de la nueva etapa (“La pasión y la razón”, Editorial de “Criterio”, N<sup>o</sup> 1980, enero 22 de 1987, p. 3).

## II

### EL TEMA EN SUS GRANDES LÍNEAS

#### 7. *Plan de la exposición.*

Tras la precedente y esquemática puesta en clima, procuraremos ajustar el plan de la exposición a estas grandes parcelas:



- A) El activismo de las Cortes Supremas como fenómeno de nuestros días.
  - Panorama del derecho comparado.
  - El activismo de la Suprema Corte de los EE.UU.
- B) La irrupción institucional de la Corte argentina:
  - a) El activismo en lo procesal;
  - b) En la resolución de conflictos de poderes;
  - c) Carácter polifacético de sus funciones jurisdiccionales;
  - d) El activismo en la fijación o consolidación de los valores de la sociedad argentina.

### 8. *La Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial.*

Pocos años atrás, al visualizar las Cortes Supremas de Justicia como cabezas del Poder Judicial, manifestábamos que:

Múltiples son las funciones y tantas otras las formas de gravitar, contener, orientar o establecer el rumbo de la legislación, el sentido dinámico y mutativo de normas imaginadas para diferentes contextos históricos, bajo el predominio de valoraciones comunitarias que han cambiado o han tomado otro curso.

Pero, además, deben poner límites al accionar de los otros poderes y al de las manifestaciones corporativas nacionales o internacionales, a las asociaciones intermedias entre la persona y el Estado, en una sociedad pluralista que cada día ve acentuarse el grado de participación sectorial y ciudadana, en el entrecrozar de presiones, en la vorágine del predominio de sectores o regiones, lo que demanda una armonización de las categorías de intereses en conflicto cuyo balanceo equilibrador tiene que centrarse en el privilegio del interés general, del bien común; y ello descansa, en último término, en el Poder Judicial.

La aproximación la intentábamos en un momento en que no sólo la Corte Suprema argentina sino el conjunto del Poder Judicial en el mundo, experimenta una profunda me-

tamorfosis de su clásico perfil institucional, en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades y en el modo global de su actuación.

Recordemos que, entre otros cometidos, una Corte Suprema como la nuestra está convocada a:

1) Decidir la intención constitucional y legislativa, a veces con escaso margen de originalidad, pero en otros casos, en cambio, con un frente amplísimo de posibilidades creadoras;

2) Consagrar la tutela efectiva de los derechos. La intensidad y franqueza con que ellos se alcanzan, sin duda marcan la verdadera coloración democrática del Gobierno, como tolerante con la personalidad, custodio de las libertades, protector de la propiedad y defensor de las instituciones, tendencias que a su vez son influencias controladoras de la dialéctica del poder. Baste acotar la suerte de los derechos personalísimos y la de las concretas garantías de la libertad —el amparo— para corroborar la contundencia del aserto anterior:

3) Reafirmar constantemente los límites y garantías naturales del proceso judicial —civil, penal, administrativo, militar—. El énfasis sobre la audiencia debida, el principio de bilateralidad y el acceso efectivo a una revisión judicial subrayan esa preocupación y definen el norte del servicio.

4) Cual *mano invisible* aunque con penetrante presencia o a través de eventual o potencial intervención, insuflar razonabilidad y alerta respecto a la responsabilidad y consecuencias de cualquier desvío o abuso en el ejercicio de las otras competencias (exceso de las comisiones investigadoras de las Cámaras del Honorable Congreso, o prescindibilidad sin causa real de los agentes públicos o ante avance centralizador, impositivo o en otras áreas, en desmedro del principio de lealtad federal, etc.). Y lo hace siempre a través de enfoques dinámicos, toda vez que el inmovilismo es hoy impensable en el accionar del conjunto del Estado.

5) Asumir, en la instancia más significativa, la propia defensa del Estado democrático y la preservación y valoración de las instituciones de la República <sup>6</sup>.

Tan polifacéticas y delicadas competencias se desenvuelven en la órbita de nuestra sabia Constitución y resaltan en una textura abierta, lo que permite la flexibilización hermenéutica y sucesiva adaptabilidad.

Al filo de la mitad de nuestra centuria, Alejandro Pe-kelis formulaba una similar reflexión señalando al respecto que en "cierto sentido EE.UU. no tiene una Constitución escrita. Las grandes cláusulas de la Constitución no contienen más que una apelación a la decencia y sabiduría de aquellos sobre los cuales pesa la responsabilidad de ejercerla. Decir que la compensación debe ser *justa*, la protección de las leyes *igual*, los castigos ni *cruels* ni *desusados*, las fianzas o multas no *excesivas*; los registros y allanamientos no *irrazonables* y que la privación de la vida, libertad o propiedad no pueden llevarse a cabo *sin el debido proceso*, es proporcionar una base para la elaboración de leyes, o más, elaboración de Constitución, en la actividad de los jueces, dejándolos libres para definir lo que es cruel, razonable, excesivo, debido o, lo que es más, igual".

En el marco de ese horizonte que queda toscamente dibujado, acontece, en verdad, que "no se nos ocurre con la frecuencia que debería ser que el Poder Judicial es una de las grandes ramas del árbol del Gobierno. Al decir esto quiero dejar establecido varios puntos: en primer lugar, que es una parte del Gobierno; en segundo lugar, que su poder también aumenta y disminuye. Las condiciones que actúan sobre el Poder Ejecutivo y el Legislativo para determinar el carácter de sus atribuciones, actúan también sobre el Poder Judicial; y la forma de las otras ramas del gran árbol del Estado son las funciones de la forma del Poder Judicial <sup>7</sup>.

<sup>6</sup> MAURO CAPPELLETTI, *El juez, ¿elaborador de la ley o intérprete?*, Informe general de la Segunda Conferencia Internacional de Jueces de Apelación (Sidney y Canberra, Australia, mayo de 1980), en versión española facilitada amablemente por el autor, p. 14 y ss. MOREILLO, *La Corte Suprema. El aumento de su poder*, "E.D.", t. 112, p. 972.

<sup>7</sup> ALEXANDER PEKELIS, *The case for a Jurisprudence of welfare*, "Law

En recortar ese perfil, han incidido fundamentalmente en los últimos diez años:

a) El rol e intensidad de la ley en la sociedad de bienestar. Queremos significar, la consecuente ampliación del sector público y un Estado cada vez más difícil, por lo sobredimensionado, de ser gobernado y brindar eficacia, lo que origina problemas más incontrolables y paradójicos. Abundancia y pauperismo, logros tecnológicos y destrucción del medio, preservación de la salud y desequilibrio ecológico. Vaciamiento en la calidad de vida. En última instancia se agarrota la privacidad y el hombre queda a la intemperie, desguarnecido, sin protección. Un fuego cruzado obliga a un titánico esfuerzo para controlar los efectos de esas transformaciones, evoluciones e involuciones. Bajo la lente jurídica, es el Poder Judicial (y en su cúpula la Corte) el que forzosamente tiene que "ayudar a eliminar barreras obstructivas o, por compensación y a través de criterios interpretativos, *balancear el equilibrio*". En las fases agudas de esta metamorfosis, por la misma energía acumulada en el tránsito de un Estado benéfico protector a un Estado administrador burocrático, plagado de restricciones, reglamentaciones, privilegios, abusos y corruptelas, el desemboque debía conducir inexorablemente al alumbramiento de un Poder Judicial al que condicionan las circunstancias y factores precedentemente descriptos.

No podía dejar de ser congruente con esos avances un mayor análisis y control judicial de la legislación: oficiosidad en las declaraciones de inconstitucionalidad; reforzamiento en concreto de las garantías constitucionales; límites al gigantismo de la administración y ensanchamiento del Estado de Derecho, que *demandan una supervisión judicial más intensa que desde luego conlleva mayores riesgos y responsabilidad social por parte de los jueces.*

---

and Social Action, Selected Essays", M. R. Konvitz, Ithaca y New York, Cornell University Press, 1950, reeditado, New York, Dekapo Press, 1970, p. 4, citado por Mauro Cappelletti, op. cit., p. 24 de notas, N° 109.

Pero esto parece inevitable. Lo que importa es asumirlo para que no genere situaciones de fricción. Para lo cual se cuenta, por fortuna, con una adecuada sociología institucional del Poder Judicial.

No ha de extrañar por todo ello que asistamos a un extraordinario refuerzo del Poder Judicial y a una deseada subida en su jerarquía institucional. Es un dato cierto de estas horas y él suscita reflexiones que se nuclean en torno del agotamiento del principio de separación de los poderes por otro diferente, más realista y apuntalador de la vida democrática y del ejercicio pleno y responsable de las libertades<sup>8</sup>.

Ello nos lleva a reconocer que "sólo un balanceado sistema de comprobación recíproca" puede, sin peligro para la Libertad (o libertades, en la concepción de Raymond Aron), combinar una Legislatura *fuerte* con un Ejecutivo *fuerte*, si se suma a tal esquema un sistema de administración de Justicia *fuerte*. "Yo creo, agrega con agudeza el profesor de Florencia y Stanford, que en el balance horizontal y vertical del poder, radica el secreto del innegable éxito de la Constitución americana".

Los *pesos* y *contrapesos* en que se distiende no la trilogía de los poderes sino la *armonización de sus competencias*, con recíprocos condicionamientos y en inescindibles relaciones dinámicas, conducen inexorablemente a que sea a la Corte y no a otra institución, a la que está reservada el fiel del equilibrio y el reaseguro del conjunto.

## 9. Panorama del derecho comparado.

Es a partir de la década del sesenta que se deja de prestar atención a la Justicia cual actividad residual y complementaria para revalidársela como una de las funciones principales de gobierno, que no puede quedar relegada a

<sup>8</sup> Además de las obras citadas *supra*, notas 6 y 7, véase también de MAURO CAPPELLETTI, *Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional*, en "Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 599 a 649.

una parte minoritaria sino que debe penetrar en la generalidad de la sociedad.

En pro de esa tendencia, volcó su esfuerzo la Suprema Corte de los Estados Unidos y con avances y retrocesos ha venido, desde entonces, defendiendo la postura en favor de la mayor participación en la Justicia, reconociéndose en el Alto Tribunal un acentuado y protagónico activismo.

Ello es el logro de un desarrollo gradual y el efecto acumulado de una diversa cantidad de factores.

Sobre este particular, la tercera ola de expansión por la que actualmente discurre ese proceso es por demás elocuente.

Mientras la primera ocurrió en las postrimerías de la guerra mundial —1914-1918—, a través de la poco duradera experiencia de Austria bajo la Constitución de Kelsen de 1920, con intentos contemporáneos sin éxito en Checoslovaquia y en la República de Weimar en 1925 y España en 1931, seguida de la segunda ola inmediata a la guerra de 1939-45, con una irrupción masiva en Europa: Austria (1945), Italia (1948-56), República Federal Alemana (1949), y también Japón (1947), este tercer período que abarca los últimos quince años marca el gran florecimiento al igual que la consolidación o ampliación de la revisión judicial. No son menos dignos los desarrollos acontecidos en Francia, Suecia, Canadá y Grecia, Portugal y España al igual que en los Estados independientes de África<sup>9</sup>.

Todo esto ocurre mientras se dibuja y asienta el Estado social de Derecho contemporáneo, cuyo núcleo, desde luego simplificado, descansa en estas premisas:

1) Los factores sociológicos de una dilatación extraordinaria de los poderes políticos;

2) La asunción de múltiples nuevas obligaciones, ahora en crisis respecto de los medios pero no en la excelencia de los fines, provenientes de su emplazamiento como Estado de bienestar que ha llevado a la correlativa juridización de la sociedad.

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, en último término, p. 604 y ss.

3) La necesaria presencia de un Poder Judicial fuerte que opere como engranaje de equilibrio de los otros dos.

4) Un marcado control social por diversos carriles participativos de modo de dar respuesta razonable también al dilema de quién controla a los controladores, lo que lleva igualmente a la responsabilidad social de los magistrados.

Ante el hipercrecimiento costoso y asfixiante del Estado la solución no parece que sea su supresión sino *la afirmación del control y de la responsabilidad*, para lo cual la participación del ciudadano es un dato fundamental.

5) Otra nota que colorea el paisaje actual apunta al *nivel trasnacional* de las fuentes jurígenas e igualmente a la afirmación y contralor de las garantías constitucionales.

Desde un lado y en la novedad europea, afloran en efecto dos nuevos tipos de fuentes de derecho *cuasifederal*.

a) El creciente cuerpo de la comunidad legal que comprende a doce naciones, una población del orden de trescientos veinte millones y un número también millonario de normas legislativas de distinto carácter, superiores y de prevalencia automática sobre la ley o norma positiva nacional en conflicto; y

b) La Convención Europea de los Derechos Humanos (la "Carta de los Derechos") de 21 Estados europeos, —es decir de la totalidad con la única excepción de Finlandia—, dotada con su propia maquinaria de vigorización jurídica que se asienta en la Corte de Estrasburgo, Francia.

Para dar una idea de la imponente naturaleza de este fenómeno transformador, "sin precedentes, es suficiente manifestar que varios miles de tribunales de las distintas naciones tienen ahora la obligación de controlar, ellos mismos, la conformidad de las respectivas legislaciones nacionales con la ley de la comunidad, o, en su caso, remitir esa solución a la Corte de Justicia de la Comunidad que funciona en Luxemburgo, cuyas decisiones serán consideradas con efecto *erga omnes*" (Cappelletti).

10. *El activismo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.*

Ha advertido el profesor Norman Dorsen (de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York) que, para centrar la atención en la Corte Suprema de los Estados Unidos, se requiere un sentido de perspectiva sin el cual es imposible analizar adecuadamente las tendencias y sus grandes líneas. De lo contrario corremos el riesgo de que nuestro enfoque sea demasiado limitado para entender las complejidades y sutilezas de esa extraordinaria institución.

Pienso que igual reflexión cuadra para nuestro Alto Tribunal.

También se ha afirmado que, con certeza, ninguna Corte en la historia de los Estados Unidos se acercó en liberalismo o activismo a la Corte Suprema de los años de la década del sesenta, aun cuando se pueda sostener que la Corte de Warren —que tomó posesión de su puesto en 1953— había sido un fenómeno único en la historia norteamericana. Los cambios se dan con mayor intensidad abriendo nuevos caminos a partir de “Brown c/Board of Education” (1954) (347 U.S. 493).

En esta causa, la Suprema Corte resolvió que los sistemas escolares de segregación racial violaban la garantía de la equitativa protección, sin admitir la doctrina separatista pero igualitaria que propiciaban cuatro Cortes estatales <sup>10</sup>.

En el trasfondo de la Corte ulterior, la de Burger, se mantendrán también los rumbos impresos bajo el Chief Wa-

<sup>10</sup> Las referencias del derecho jurisprudencial de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, las tomamos de la obra del profesor DORSEN citada, al igual que buena parte de sus agudas acotaciones críticas respecto de las oscilaciones que muestra matices más liberales o más conservadores, bien que algunos fallos forjan nuevos caminos o cuanto menos se desvían del espíritu de la Corte anterior, o por el contrario, “siguen los resultados electorales o los vaivenes de los vientos políticos”, lo que se evidencia más notablemente en algunas áreas socialmente sensibles, según los tipos de casos que este autor agrupa discrecionalmente (op. cit., pp. 186 a 190).

Asimismo, CHARLES ALAN WRIGHT, *Law of federal Courts*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1983; JOHN E. NOWAK, RONALD D. ROTUNDA, NELSON J. YOUNG, *Constitutional Law*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1983, 2ª edición.



ren, siendo de entre todos el más prominente el de los Documentos del Pentágono ("New York Times vs. United States", 1971) que denegó al Gobierno un interdicto contra la publicación en los periódicos de la historia de la guerra en Vietnam.

La Corte Burger ha demostrado tener una participación encomiable por los derechos de la mujer en el caso de "Reed vs. Reed" (1971), que invalidó una preferencia automática para los varones en la administración, sin olvidar el caso "Mississippi y University for womens vs. Hogan" (1982), en el que desaprobó una Escuela de Enfermería para mujeres en la que se reforzaban todos los estereotipos sexuales.

Fueron paradigmáticos los dos casos de Nixon: el primero, "United States vs. Nixon" de 1974, en que rechazó el reclamo absoluto del privilegio del Poder Ejecutivo y que produjo directamente "la renuncia ignominiosa del Presidente"; y el segundo, "Nixon vs. El Administrador de los Servicios Generales", 1977, en que resolvió que el Congreso podía requerirle al señor Nixon que entregara sus documentos presidenciales a una Agencia del Ejecutivo para su correspondiente verificación y escrutinio, antes de ser revelados al público.

Pero no todas son rosas. Más tarde la Corte validó la autoridad de la CIA para insistir en la censura de todos los escritos de sus ex agentes aunque se tratara de documentos privados o no clasificados ("Snepp vs. United States", 1980).

El mismo profesor de Nueva York, resalta cómo es también una zona gris el panorama que ofrece la Corte en el área de la expresión y prensa que con tanta apertura había sido consagrada en el caso de los documentos del Pentágono.

Los casos del derecho penal revelan un "achicamiento casi inmisericorde" de los precedentes de la Corte Warren, lo que no es sorprendente a la luz de las tasas de incremento de la criminalidad.

Este muestreo ha permitido que la doctrina del Norte o parte de ella hable de contrarrevolución cubierta o encubierta al referirse a ciertos retrocesos como rehusar o desco-

nocer los derechos de los pobres (la limitación de los derechos al bienestar).

El asunto de las grabaciones de "Watergate", constituyen decisiones marcadamente activistas pero todas ellas fueron de compromiso, difiriendo de la visión agresiva de la Corte Warren, de una versión fuerte de la Carta de Derechos así como la afirmación de la igualdad que ofrecían señales claras a jueces, funcionarios y público.

Sin duda que reviste interés poner de resalto la forma de estructurar el fundamento de las sentencias innovadoras. Así en "Griswold vs. Connecticut" (1965), en donde la Corte prohibió el uso de anticonceptivos en personas casadas; tanto el juez Douglas cuya opinión hizo mayoría, cuanto el juez Goldenberg que coincidió, al entender que se infringía el derecho a la privacidad, encontraron la existencia de tal derecho en la "penumbra" de varias garantías del Bill of Rights, considerándose inclusive que no era necesario encontrar a la norma determinada o expresa dentro de este documento, de la cual surgiera el "derecho a la privacidad".

Parece obvio subrayar que el control de la opinión pública es máximo.

En 1983 se suceden diversos cambios que los editorialistas del "New York Times" reflejaban así: "Los conservadores en la Corte Suprema dominaron en un grado no igualado en la historia reciente del Tribunal". Y aunque la Corte emitiera muchas decisiones protectoras de las libertades civiles, en esa oportunidad la evaluación del año judicial se juzgó negativa (Dorsen).

### III

#### LA IRRUPCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CORTE ARGENTINA

##### 11. *El activismo en lo procesal.*

Desde un ángulo *procesal constitucional* o *procesal funcional*, a fin de consolidar una posición *realista* de la eficacia

de los resultados del servicio, el respeto ineludible de las formas procesales parece subordinarse a otras apetencias que operan como *determinantes*:

a) El acceso a la verdad jurídica objetiva; b) el descarte de un exceso ritual axiológicamente negativo; c) la versatilidad y riqueza de situaciones que se cuelan por la doctrina de la sentencia arbitraria; d) la consagración de hermenéuticas dinámicas en materia de derecho común y procesal (desde la importancia y modo de jugar la mora en el campo negocial, hasta la implementación de la subasta en el proceso ejecutivo), en un enclave típico de la casación general, y no sólo respecto de los vicios *in iudicando* sino, igualmente, en el control de la estructura y validez de las sentencias.

Telón de fondo en la zona bajo examen, es el margen de *excepción* al control jurisdiccional, que se reconoce a la familia *cada vez más reducida* de las cuestiones no justiciables o de linaje político. Que nuestro más Alto Tribunal sabe sortear, como así cualesquiera vallas, en hipótesis inusuales, de reputar imprescindible tener que ingresar a la consideración y definición de la cuestión esencial que debe componerse en el eje de las *garantías constitucionales*.

Panorámicamente:

A) En la *jurisdicción apelada* el recurso extraordinario y el proceso civil.

a) La rebelión contra el formalismo.

La desformalización.

La amplitud del criterio *discrecional* sobre el reglado.

El caso 'Strada' (8-4-86): esto es, el federalismo jurídico.

El recurso extraordinario es una comprobada plaza fuerte para movilizar con eficacia todos los engranajes de la Corte.

b) El refuerzo de las garantías en el proceso criminal.

- c) El máximo de garantías en *cada* instancia (derecho procesal moderno).
- d) Los buenos principios en pro del resultado útil (eficacia del proceso) y en favor de una interpretación teleológica, con notas muy acentuadas en materia de derechos previsionales y laborales [declaración de inconstitucionalidad en materia de emergencia jubilatoria].

B) En *competencia originaria*.

En este orden, el 3 de febrero del corriente año (1987), (en la causa "Gomer S. A. c/ Provincia de Córdoba") ha consagrado la interpretación en torno a la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden nacional, de que puede ser instaurada directamente ante la Corte cuando se dan los requisitos que determinan su intervención en la instancia originaria y siempre que se satisfagan los requisitos de admisibilidad de la acción de mera certeza que reglamenta el art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

En síntesis:

*Popularización* del recurso extraordinario y uso generalizado de este medio extraordinario de impugnación; *descentralización* geográfica en tanto su proposición y sustanciación se llevan a cabo directamente ante los superiores tribunales con sedes en el interior del país, lo que supone su estudio, elaboración y trámite en diversidad de foros y no concentradamente en la Capital Federal.

*Desformalización*, con menor solemnidad en su técnica de formulación; acentuación del juicio de admisibilidad *fundado* por parte de los referidos tribunales *a quo*; docencia homogénea acerca del examen de procedibilidad y fundamentación del escrito impugnatorio; determinación de cuál sea el superior tribunal de la causa; perfeccionamiento en la atención de las cargas del justiciable y en el deber de motivación de los jueces; en ese sentido, la adecuada susten-

tación autónoma del recurso y la afinación del deber de satisfacer la *seria y razonada motivación de los pronunciamientos judiciales, como exigencia de jerarquía constitucional.*

Aumento de la competencia *discrecional* de la Corte sobre la reglada, lo que le permite, en cuestiones de interpretación, hechos y prueba, penetrar en el examen de la lógica de lo fáctico.

## 12. *En la resolución de conflictos de poderes.*

El asunto de la Corte de San Juan —en curso— por la Acordada del día 1º de abril expedida en la causa “Magín Suárez”, e inmediatamente la sentencia recaída el 22 del mismo mes en la acción de amparo promovida por dos diputadas contra la resolución de 1985 dictada por la Cámara de Diputados de esa Provincia que dispuso su cese en tal cargo, lo que al cabo se recurriera por la vía del recurso extraordinario, sobre la base de la ausencia de los titulares del Superior Tribunal provincial que habían sido suspendidos por el Jurado de Enjuiciamiento y para cuya integración se debió observar el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de esa Provincia, ha permitido a la Corte Federal volver más que sobre el derecho constitucional a ser juzgado por su juez natural, a los conflictos de poderes.

En esta oportunidad, el Alto Tribunal se apartó de su larga jurisprudencia según la cual lo referente a la validez de la investidura de los jueces provinciales constituye materia ajena a la apelación del art. 14 de la ley 48, careciendo de atribuciones constitucionales vinculadas a la organización y procedimiento de los poderes públicos provinciales que, con arreglo al art. 104, se hallan reservadas al ámbito del Poder público local.

La Corte llevó a cabo el cambio, pero con la disidencia de su Presidente, quien sostuvo que la pretensión bajo examen y esgrimida originariamente por la vía del amparo, constituía un conflicto de poderes locales.

“Sobre los que esta Corte Suprema carece de jurisdicción, desde el momento que la reforma constitucional de 1860 derogó la facultad que le confería la Constitución de 1853, cuyo art. 97 establecía que ‘corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión... de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma Provincia’ ” (Fallos: 136:147; 171:14; 177:390; 193:495; 212:206; 228:539; 245:532; 259:11; 262:227; 263:15; 264:7; 375).

Contrariamente, la mayoría (Dres. Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique Petracchi y Jorge A. Bacqué), preferenció la efectividad de la garantía de los jueces naturales que el Alto Tribunal ha precisado desde antiguo (Fallos: 17:22) y que tiene por objeto asegurar a los habitantes de todo el país, una justicia imparcial e independiente.

Este replanteo irrumpe como radicalmente innovador, pues la Constitución Nacional viene a asegurar a las provincias, con base en los arts. 5 y 105, que en el ejercicio de las instituciones todas ellas, igual que la Nación, deben ajustarse al sistema representativo y republicano de gobierno y que el art. 100 le encomienda a la Corte el deber de preservar.

De este modo, ante situaciones como las planteadas en la referida causa, la intervención del Alto Tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales sino que procura la perfección de su funcionamiento, garantizando el acatamiento a aquellos *principios superiores* que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional.

Apelo a la enseñanza de Estrada que diferenció el que la Constitución de los Estados Unidos sólo garantiza una forma republicana de gobierno, mientras que la nuestra, además de ello, lo amplía al goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones, de suerte que en la República Argentina el Gobierno federal está obligado a amparar a las provincias en todas aquellas manifestaciones negativas en que el ejercicio regular de las instituciones se ve impedido o desvirtuado.

Se concluye, pues, que pese al balance y postulaciones de la Convención Constituyente de 1860 y del Informe categórico de Vélez Sársfield (en donde explicita las razones para justificar la Enmienda, que no eran otras que el temor de disminuir las autonomías provinciales, y la negativa de conceder al Poder Judicial facultades que lo convertirían en juez de los demás poderes —según la celosa posición de la Provincia de Buenos Aires—), termina ahora por predominar la tesis sustentada por quienes escribían en el periódico “La Patria”: Miguel Cané, Vicente Fidel López, Félix Frías, entre otros, según lo recuerda Francisco Eduardo Trusso, *Conflicto de poderes* (“E.D.”, t. 108, p. 813); la Constitución primigenia vuelve a salir airosa como el Cid Campeador.

La Corte Suprema en el orden constitucional y en esta zona, actúa como el juez civil que expide el interdicto. Y de allí que los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia o entre las provincias y el gobierno federal, cuentan con la gran garantía, que en última instancia no es otra que la de la ley y la Justicia.

Síguese, como lo marca igualmente el doctor Trusso, que, dentro del contexto de la Constitución *histórica*, la solución apuntada es la que insinuó el replanteo que dos meses atrás ha consagrado nuestra Corte.

### 13. *Carácter polifacético de sus funciones jurisdiccionales.*

La Corte argentina, con original rostro, reasume y abarca funciones y competencias que en la legislación comparada o son específicamente propias del control difuso (Estados Unidos de América) o del control constitucional concentrado (Europa de la posguerra).

¿Y por qué formulamos esta observación? Básicamente:

1º) Porque si bien tal control es difuso como lo enseñara Alsina, recordando la denominación de Petrucci, la

asunción y rapidación con que la Corte se anticipa y resuelve los temas más complejos del enjambre de constitucionalidad en estos días, le permite reabsorber como órgano concentrado también una posición dominante, diríamos anticipatoria y no *a posteriori* y última del control de legalidad constitucional. Lo acontecido en materia de divorcio es prueba elocuente. Desde la Corte, en cascada, se expanden las ondas descalificadoras.

2º) Porque es órgano definidor de la supremacía constitucional y de las garantías o libertades fundamentales en concreto del ciudadano, matiz éste que arroja el horizonte de las Cortes europeas y también de los órganos trasnacionales que funcionan en Estrasburgo (Europa) y Costa Rica (América).

3º) Porque compone los conflictos de poderes, tal como lo prueba el caso de San Juan, cuando ellos emanan de las instituciones locales.

4º) Porque opera en cometido de *casación general*, en la vastedad de matices que brinda el panorama de la sentencia arbitraria en el control de la motivación de los fallos de los superiores tribunales y de la lógica en la evaluación de la prueba en cuestiones circunstanciales y de hecho.

5º) Pero, además, suma la reconversión de oficio, de mecanismos procesales, como la de una pretensión instrumentada por vía ordinaria, reconducida a la acción declarativa de certeza o a otra sumaria similar según lo dispuso en el caso "Provincia de Santiago del Estero v. Gobierno Nacional" (del 20 de agosto de 1985) con lo cual, por equivalente, suple la inexistencia de la acción directa de inconstitucionalidad y de la vía seguramente más indicada —el amparo— para obtener los alcances declarativos por el mecanismo que el art. 322 del C.P.N. contempla.

Cabe, entonces, aludir a una *federación* de instituciones todas ellas manejadas e impulsadas por la Corte Suprema y que resguardan las libertades. Algo parecido a la versa-



tilidad del amparo mexicano, pues cualesquiera fueran los déficit que pudieran resultar de la proposición de una demanda, no se altera el orden normal de las instituciones procesales si se le da a la causa el trámite pertinente para su prosecución.

14. *El activismo en la fijación o consolidación de los valores de la sociedad argentina.*

Decíamos al comienzo que jurídicamente la Corte crea derecho al interpretar, dinámica y mutativamente, textos venerables y, por analogía, al cubrir vacíos que el legislador no llena puntualmente por rémora o impotencia.

Al hacerlo, no sólo aporta tranquilidad para el desenvolvimiento del tejido negocial o para una adecuada instalación en los comportamientos de la triturante convivencia, sino también redondea un mensaje que necesariamente debe ser persuasivo, suasorio, convincente.

Forma única para que se *interiorice* en un pueblo cada vez más informado y partícipe del destino común.

Se ha puntualizado, asimismo, que la visión de esta acentuada y permanente primera plana de la Corte se focaliza desde dos vertederos autónomos. El primero relativo a *las soluciones* que el Alto Tribunal puede dar a cada uno de esos conflictivos asuntos. Y el otro, lo que se vio con mayor nitidez en el tema del divorcio, tocante al *papel activo asumido por la Corte, en el proceso institucional.*

También son dos las esferas interactuantes: la interna, que apunta a la motivación de los pronunciamientos, que aun dentro de la vastedad de las matizaciones que venimos destacando, recoge la función clásica del órgano; y la externa, que se proyecta visceralmente en el seno institucional del Estado y de la sociedad.

Hemos remarcado que el punto nuclear de esta "ofensiva" de la Corte, se instala en la órbita y proyecciones del art. 19 de la Constitución Nacional, norma redescubierta en sus espléndidas posibilidades para la realización de la pleni-

tud y dignidad de la persona. (CS, *in re*, “Bazterrica, Gustavo M.”, 29 de agosto de 1986). El doctor Petracchi, destacó que el precepto recordado es una cláusula *decisiva* para la existencia de una sociedad libre.

La Corte Suprema proclama —con orgullo y la consecuente responsabilidad— que como tribunal de garantías constitucionales establecido en el interés de la comunidad *tiene el deber* de salvaguardar *sus valores* (Fallos: 298:441; sentencia del 12 de marzo de 1987, en la causa C. 752, XIX, y 753, XIX, “Costa, Héctor Rubén c/M.C.B.A. y otro”, consid. 18, de la mayoría) (ver *infra* nº 4).

### 15. *Desechando críticas al referido protagonismo.*

No creemos, por todo ello, que sea compartible la aseveración de que la Corte Suprema no ha debido convertirse en intérprete de la ética de la colectividad nacional, ni de sus hábitos y costumbres. Por el contrario, con la mesura y responsabilidad en el equilibrio interior del Cuerpo y un control de cooperación de la opinión pública que coadyuvan de consuno a ese rol —que no era el que dibujaba al Alto Tribunal en otras épocas— y evitando que se constituya en un polo monolítico y excluyente, se irá compactando como una guía fundamental —de bases suficientes y sólidas—, para cimentar este tiempo de difícil transición.

Un quietismo o una absoluta parálisis del Poder Judicial sería impensable y conduciría a un callejón sin destino.

El Tribunal Supremo, a su vez, debe manejar con sagacidad el freno propio en el ejercicio de sus competencias, las que pueden desbordarse; freno que no es otro que el de su misma y *propia restricción*.

Es imprescindible, sin embargo, que aun reconociendo el margen de labor creativa que indiscutiblemente tiene la jurisprudencia, así como el afán de guía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *ello debe llevarse a cabo sin alterarse el debido acatamiento a la ley*. En tanto los jueces son servidores del Derecho para la realización de la Justicia, la

evolución de aquél y la modernización del conjunto de las parcelas del territorio jurídico sólo se han de lograr por los carriles de la interpretación dinámica, finalista y teleológica. *Pero no sustituyendo los jueces al legislador. Ni recíprocamente.*

Lo reflejado en la afirmación anterior se halla al presente en un punto máximo de ebullición y reacomodamiento, lo que suscita grietas en la actitud conservadora propia al hombre de derecho, refractaria a mutaciones copernicanas, y que muchas veces hace que, todavía, justifique sentencias que vayan por detrás de la vida.

Pensamos que tal protagonismo imprescindible está en la naturaleza del proceso de consolidación de la democracia.

Sin embargo —de ser posible— acaso sea conveniente tomar cierta distancia de esa vorágine de la que tampoco pueden desprenderse los propios Ministros del Tribunal.

Y en una actitud de reflexión crítica, nos arriesgamos a arrimar algunas sugerencias.

Estamos obligados a debatir públicamente el contenido presente del cuadro de valores común, acerca de lo cual coincidimos en que la Corte Suprema, “debe ser extremadamente prudente en el ejercicio de una función que le exige su histórica y rica trayectoria” y el núcleo equilibrador de una República en donde se experimenta una subida general de sus competencias.

Circunstancias que en el vértigo de nuestro tiempo y en su mediata proyección, determinan que esa tradición se vaya haciendo por severos conflictos de opinión, de legitimidades y de recambio de valores, todo lo cual se irá revisando o ajustando de continuo “a través de un sabio compromiso entre la necesaria permanencia de las reglas y la inevitable e inteligente adaptación de su interpretación”.

#### IV

### IMPERIOSA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES PARA IMPEDIR UN DESBORDE DISFUNCIONAL QUE QUEBRANTARÍA LA ARMONÍA GLOBAL DEL SISTEMA Y CONDUCIRÍA A UNA DESMESURADA POLITIZACIÓN DEL TRIBUNAL

#### 16. *Panorama de los controles internos y externos que fuerzan a un equilibrio dinámico fundamental.*

La dosificación razonable del modo como ha de actuar el Tribunal, se va decantando en sus pronunciamientos.

A veces con algún desencanto en las áreas políticas porque se esperaba "otra aceleración" en las respuestas, lo que hubiera sido, y lo es en la mayoría de los supuestos, contra-productente.

También es explicable que el tema, por la singular naturaleza y contenido de ciertos pronunciamientos, se muestre como polémico y, asimismo, porque muchas veces el Tribunal "debe terciar sin la precedencia de debates de opinión o los aportes especializados, es decir, adelantándose a ellos".

Una primera observación es que las cosas del Tribunal y aquellas que son más decididamente creativas y anticipatorias, con una fuerza de ejemplar docencia institucional, deben cobijarse en un cauteloso paso de marcha.

Esta observación apunta al *tiempo propio* de la Corte, que es también un tiempo de transmutación de valores. En el que nada está en reposo y la estructura jurídica forcejea por una nueva reubicación, en un registro de la tarea interpretativa de acomodamiento que, igualmente, demanda la *espontaneidad* de que nos habla Julián Marías.

Cada uno de estos casos no debe ser juzgado ni antes ni después, sino en el tiempo justo; sólo así se satisface la adecuada prestación del servicio. Queremos decir, que la Corte y sus hombres necesitan poner distancia del ruido y de los ecos para hacer oír su voz.

Porque en estos momentos la voz del Derecho proviene, como nunca, de la Corte Suprema.

Cuando la Constitución española (art. 24) establece que la definición de los procesos debe hacerse por todos los órganos judiciales sin *dilaciones indebidas*, busca obviamente el principio de celeridad sin el cual la justicia no cobra dimensión valiosa; pero al mismo tiempo aprehende la contrafigura de que los hombres jueces tengan el tiempo razonablemente suficiente, suficiencia que deberá adecuarse a la naturaleza, complejidad y repercusión de cada causa en particular, que ha de permitirles contar con el espacio necesario de cavilación, estudio y ponderación.

No es de silenciar, por ende, la advertencia del Chief justice Burger para referirse a uno de los más importantes e inmediatos problemas que enfrenta la justicia de la mayoría de los países, que no es otro que la sobrecarga, pesada e inhumana, de las Cortes Supremas, la "necesidad que tienen sus ministros de tiempo, lozanía de mente y espacio de reflexión indispensable, para una considerada meditación y decisión de causas de tan enorme repercusión en el entramado social".

Como segunda observación, queremos puntualizar que no se puede requerir ni superar más de aquello que razonablemente la Corte puede dar y nos debe dar; a riesgo de que el costo de lo que en más y por encima otorgue, se vuelva contra su jerarquizada potestad y *autoridad moral*, lo que es deber de todos preservar.

En tercer término, si los jueces ejercen poderes, ello origina responsabilidad que será mayor o menor según sea el poder que se atribuya a cada juez (Marryman).

Un aumento de poder debe crecer responsablemente; si no lo es, si viene con falta de organización racional o, peor, *sin límites*, desemboca en el autoritarismo. De allí que Trocker haya dicho que "un poder sin límites y sin la condigna responsabilidad es incompatible con el régimen democrático".

El equilibrio entre el poder y la responsabilidad inherente es lo que suele llamarse "sistema de equilibrio de po-

deres". Es obvio que dependerá de la ideología política predominante y de la organización del Estado, lo que sólo se da, en rigor, en las democracias liberales.

Nos parece igualmente oportuno, porque se conectan con nuestro inmediato acontecer, rescatar algunas otras sugerencias del maestro de Florencia.

En primer lugar, la evidencia probada históricamente de que sólo la tercera rama —por lo demás la menos peligrosa—, es la que puede controlar efectivamente a las otras de carácter político, aunque esto implique en alguna extensión el riesgo inevitable de la *politización* de las Cortes.

En segundo término, lo que estamos intentando cuando nos zambullimos en esta problemática no es un tema de mera lógica formal ni tampoco de legitimación procesal en cuanto a la estructuración de un proceso del control de las conformidades, sino más bien compatibilizar la cobertura del accionar de la Corte y en el vértice principal del control de constitucionalidad, mediante la armonización de ese proceso y de los resultados legislativos con ciertos *valores democráticos* que han sido aceptados como esenciales en nuestras modernas sociedades.

Expresado con menos palabras, lo que estamos cuestionando es esencialmente la legitimidad democrática de la revisión judicial.

Es una aparente inconsecuencia la de que en un sistema democrático sean los jueces, personas no elegidas democráticamente y sin responsabilidad directa ante el pueblo, los controladores de aquéllos que sí son responsables.

A este dilema no puede brindársele respuestas absolutas sino asumir las dificultades y peligros que ello conlleva y dotar al campo de acción de ciertos parámetros realistas que, como explica el juez de la Corte de Casación de Italia, Salvatore Senese <sup>11</sup>, confía mucho más en el pluralismo, en el carácter difuso de la jurisdicción, en sus contraseñas de ra-

<sup>11</sup> SALVATORE SENESE, *El rol de la jurisdicción*, Relación introductoria del Juez de la Corte de Casación italiana al Congreso organizado por la Asociación de Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades (Magistratura Democrática), celebrado en Sarmedola, Padua, Italia, entre el 27 de febrero y el 1º de marzo de 1987, traducción de Gerónimo Seminara.

cionalidad y persuasión e inclusive de los principios fundamentales que emanan de los documentos transnacionales dotados de vigor jurídico determinante y vinculante.

Desde luego que las expectativas sociales de Justicia se han de entender, como acota el mismo Senese, "no como aquello que en un determinado momento la opinión pública reclama, sino más bien como lo que sugiere la *racionalidad colectiva*, motivada en los valores que legitiman el poder y sobre los que se funda el pacto".

Y con relación a los límites, existen otras varias fuentes potenciales de freno a los Tribunales.

1. La primera es psicológica. Algunos jueces le temen más que nada a las oscilaciones del péndulo, demasiado abruptas y extremas.

2. Otra posible fuente de moderación tiene que ver con el tipo de problemática que se le plantea a la Corte. Al perder envergadura la índole de las controversias, no se le demanda una elaboración de punta o que se conjugue en un cuerpo de proporciones mayores. En esos tiempos podrá ocurrir que las libertades civiles sufran o se minoricen en sus garantías pero sin que se las llegue a herir fatalmente.

3. Otro imponderable es el efecto del precedente, aunque se haya comprobado que es más débil en casos de derecho constitucional.

4. Desde diverso ángulo de mira no ha de devaluarse la aguda apreciación del recordado Senese en el sentido de que el pueblo soberano y los registros en que se manifiesta esa soberanía, como son las sentencias judiciales, derivan de un *universo cultural que va más allá de las contingentes manifestaciones de la voluntad política*.

Es en un enfoque global de los anteriores precipitados, que los jueces, y fundamentalmente la Corte Suprema, pueden captar en el fárrago desordenado y caótico de los fragmentos de las normas, las reglas que deben aplicar al caso concreto. E intentar la unificación de las diversas lógicas que

recorren el cuerpo legislativo y la superación de las antinomias.

Acotemos que la jurisprudencia en sus diversas capas de derivación, exhibe, asimismo, los rasgos esenciales del ser democrático.

Ello así porque, desde un vértice, usualmente los jueces explican, motivan y dan las razones de sus decisiones, en opiniones escritas que están abiertas al público y, desde el otro, como lo estamos viendo con notas tan acentuadas en estos días en la decisión que declaró la inconstitucionalidad de la ley que prohibía el divorcio vincular y en la que en esta semana reconoció validez constitucional a la ley de obediencia debida, emerge una forma más sofisticada de responsabilidad de los magistrados al combinarse de una manera única —según lo acotara también en Israel el profesor Alexander Bikel— dos elementos que sólo en apariencia resultarían contradictorios: el aislamiento de erudito que le permite al juez salirse de los valores constantes de una sociedad y el opuesto que lo lleva a no ser fugitivo de esa realidad como que no son otros que esos mismos jueces, singularmente los del más Alto Tribunal de una Nación, los que juzgan “la carne y hueso” de los casos actuales, muchas veces de un modo diferente al que originariamente fuera previsto y programado por el legislador, seguramente de un modo abstracto, general y *casi siempre oscuro* <sup>12</sup>.

Esa combinación armonizante le acuerda la posibilidad de estar en continuo contacto con los problemas concretos de la sociedad y, al mismo tiempo, gozar de suficiente independencia de las presiones, antojos y humores del momento. Todo esto marca un evidente progreso en el sentido funcional y real de la democracia, porque no es solamente un modo de atribuir el poder a la Justicia sino más bien *un modo de ejercerla*, de manera que a la protección efectiva de las libertades fundamentales de los ciudadanos, concurre convergen-

<sup>12</sup> MAURO CAPPELLETTI, op. cit., en primer término, loc. cit.



temente el accionar del Poder Judicial, *en el sentido de la democracia*. Nos parece por todo ello, que muy difícilmente pueda ser negada la legitimidad de la revisión judicial.

## V

### EN LA BÚSQUEDA DEL PUNTO DE EQUILIBRIO

#### 17. *Cuál puede ser la buena senda.*

Si bien hemos destacado —y alentado— el protagonismo de la Corte actual, no podemos dejar de expresar, en el comentario *crítico* que venimos reflejando, el reproche que apunta al contenido de fallos dictados no al cabo de debates de opiniones, y si adelantándose a ellos, lo que sugiere la advertencia de que si es bienvenida la actividad independiente de los jueces, ello es así “a condición de opinar sobre su ejercicio tanto como respecto de la gestión de los otros poderes”.

El zumo que destilan las ideas que van ganando espacio en el intenso laboreo del Tribunal concierne, pues, a la misión más delicada de la justicia que es saber mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar la función que incumbe a los otros poderes.

Para lo cual —y la frontera que ella misma va amojonando es la que parece ahora sobrepasada en algunas manifestaciones— puntualiza que el ingente papel que en la elaboración del Derecho incumbe a los jueces —comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de la Ley Fundamental así como en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (art. 16, Cód. Civ.)— no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma (todo esto destacado en la causa “Rolón Zappa, Víctor F.”, 3 de setiembre de 1986).

Y más aun y como enunciación ejemplar a la que en las actualísimas circunstancias el complejo de su accionar debería acomodarse para respetar mejor lo que va manifestándose de su propio activismo, sin entrar en colisión con el necesario y friccionante juego de las competencias de los otros poderes, es lo que se ha levantado como una coraza de deslinde razonable y a la que seguramente el Alto Tribunal tendrá que ir adaptando y circunscribiendo la inusitada expansión que lo motoriza.

Nos referimos a los considerandos 10º y 11º de la trascendente sentencia recaída en la causa C 2001 XXI “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/Amparo” —27 de enero de 1987—. En primer lugar no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las tareas que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la Justicia —antes destacada— “es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que les corresponden a los otros poderes” (consid. 10).

En segundo lugar, y en un aspecto que no ha sido suficientemente puntualizado, importa subrayar que:

“La doctrina de la división de los poderes o de la separación de las funciones —especialmente en nuestras sociedades modernas— halla también su causa y finalidad en la *especialización* que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones que deben satisfacer los estados. Luego, la distribución de dichas funciones en órganos, cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquélla, es prenda de un mejor acierto de sus proyectos y realizaciones” (consid. 11º).

Así, la conclusión última y que aparece en el inicio de 1987, como la de mayor cuerpo definitivo, es la de que de todo ello ha de hacer mérito el Poder Judicial cuando es llamado a ejercer su ministerio, porque “del juicio prudente de los magistrados en torno de los alcances de su jurisdicción, es *de donde cabe esperar los mejores frutos al buen gobierno de la Nación*” (consid. 12º).

*La regla de oro parece ser que el criterio de conveniencia y oportunidad y el sentido de la política global y específica los dictan los poderes políticos y no los jueces.*

En cambio, el *control de la regularidad* que resguarda en las formas la efectividad del debido proceso y la eficaz defensa en juicio, va penetrando con una presencia cada vez más osada, enérgica y conveniente.

Afirma una exigencia capital, la de que desde el procedimiento de sanción de las leyes hasta el trámite que ordena el funcionamiento de los Tribunales o jurados de enjuiciamiento, ha de acatarse, *ineludiblemente*, la observancia de las exigencias legales pertinentes y, siempre, el debido proceso constitucional.

## VI

### COLOFÓN

18. *En la síntesis final, algunas conclusiones.*

Vamos asistiendo, al cabo, a un cambio de tornas trascendental.

1º) A una inédita manifestación *activista* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Que, por lo demás, tal como lo hemos destacado con rasgos llamativos, es una variante que se postula en el horizonte más actualizado de la doctrina y al cual se va adscribiendo la experiencia de no pocas naciones.

Ello ha de ser objeto de una atenta observación crítica toda vez que su *proyección debe contenerse con vallas razonables sin las cuales el punto de equilibrio necesario será muy difícil de alcanzar.*

Tal es el de que parece impensable un Poder Judicial *inmóvil*, o que sólo pueda replegarse a cometidos apegados

a esquemas conceptualistas, formales o que supongan una maquina conversion de la ley en sentencia.

Tales fronteras han sido sin duda desbordadas por la propia fuerza de los hechos, los cambios socio economicos, la aceleracion historica, la complejidad de los problemas y, novedosamente —en los pliegues del Estado de Derecho y asentamiento de una Democracia acompasada en su logica interior— por la nueva instalacion del Poder Judicial: *contrapeso imprescindible para controlar la mastodontica expansion de las funciones ejecutivas, administrativas y legislativas.*

Sin ese *control a nivel*, se consumaria la quiebra de un registro y accionar interactuantes mancomunados, y la banda de flotacion se tumbaria hacia uno de los lados.

2º) En un momento incitante para adecuar y reafirmar nuestras ideas al socaire de desplazamientos constantes que empujan a un "aggiornamento" global en el orbe juridico, al servicio de la dignidad del hombre, de un Estado con limites, de una sociedad participante y creativa, ansiosa constantemente por la concrecion de la Justicia, el activismo de la Corte con todos los riesgos que ello supone —y con sus limites— es beneficioso.

*Lo es para el ejercicio prudente de la racionalidad, para la suerte del bien comun y para el equilibrio del poder.*

Lejos por ende de evadirnos en la actividad pasiva de espectadores, ese protagonismo nos debe estimular a fin de que, desde nuestro lado, con imaginacion constructiva acompanemos el proceso de reacomodamiento funcional de las instituciones.

3º) Preservando su independencia institucional, tampoco se les escapa a los hombres jueces del Alto Tribunal que les conciernen las ideas y las vivencias *del ahora y aqui*; de lo que se palpa y vive en el mundo del que forman parte.

Para orientar la trama convivencial en un deseado ni-

vel dinámico de armonía, que día a día se revalida en el examen de la bondad y acierto de sus respuestas, con el aval y consenso de la sociedad destinataria de sus sentencias, la autorestricción y el ejercicio de una fina inteligencia y aguzada sagacidad —no son otras las dotes del político, que también lo son los hombres jueces de la Corte como parte del Gobierno— pondrán su dique de contención.

¿Cuáles son otras proyecciones del activismo de la Corte?

Creo que los Abogados tenemos el deber de someter las cuestiones de Derecho Constitucional —y una gran masa de ellas radica en la sentencia arbitraria—, a los foros estatales en los que los jueces locales deberán recrear una actitud en pro de las garantías, con mayor razón en este momento en que muchas provincias han dilatado, en recientes leyes fundamentales, el número de los derechos y el reforzamiento de aquéllas.

Las Constituciones estatales pueden ampliar pero no reducir los derechos individuales protegidos por la Constitución Federal, por ejemplo, el derecho de réplica.

Esto contribuye a la consagración de un verdadero y efectivo *federalismo jurídico*.

Algún juez de los EE.UU. ha recordado que la estrategia de valerse de las Cortes estatales en el cuadro institucional de las libertades, puede producir pingües beneficios. La Corte Suprema de California, ha recurrido a la aplicación de la Constitución de su Estado para resolver que la cantidad de dinero a emplearse en escuelas públicas no puede depender de la disponibilidad de bases tributarias diferentes para distritos escolares ricos y pobres.

También ha resuelto que una empresa de utilidad pública no puede discriminar contra el empleo de los homosexuales.

Ambos pronunciamientos son contrarios a los de la Corte Suprema de aquel país interpretando la Constitución Federal.

En la interacción de la Corte sobre el Congreso, no es *solamente* la Corte la defensora de los derechos individuales. La sanción entre otras de una ley de derecho a la inti-

midad incorporada al Código Civil, puede ayudar a la labor pionera del Tribunal. Creo que la ciudadanía no debe dejar que la preocupación por el protagonismo de la Corte ennebline la función vital del Congreso y de las Legislaturas provinciales en la lucha por la consolidación de las libertades y de su ejercicio razonable en nuestro sistema constitucional.

Diríamos también la necesidad de que las Facultades de Derecho formen profesionales especializados en la defensa de los derechos del pueblo y en la captación de las nuevas manifestaciones asumidas por la Corte en una responsable actitud crítica.

Y dos últimas reflexiones:

La primera, no olvidar la aguda observación de Carrió al anotar el caso de los números vivos ("Cine Callao", en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año 1960) en cuanto siempre será más difícil hacer el fallo que su anotación.

La restante, y que con tanta lucidez vaticinara Mariano Moreno, es aceptar que el camino de las libertades es siempre difícil y duro, por lo que sin los entusiasmos indispensables y vigiliias nutridas de esperanzas que no pueden desmayar, no existirá una sociedad democrática.

## LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Lino E. Palacio, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 22 de octubre de 1987*





*Apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Marco Aurelio Risolía*

Declaro abierta esta sesión pública, destinada a cumplir con el acto académico de incorporación a nuestra compañía del doctor Lino Enrique Palacio.

La presentación de estilo estará a cargo del señor Académico de Número doctor Augusto Mario Morello, quien se expedirá sin duda con la minuciosidad y elocuencia que lo distinguen.

Personalmente no puedo silenciar, sin embargo, la satisfacción con que veo concretada la incorporación del doctor Palacio, a quien conocí y estimé por su actuación docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante mi Decanato y a quien tuve cerca y le vi colaborar con marcada eficacia en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como digno Secretario, mientras me cupo el honor de integrar ese Tribunal.

Llega a esta casa con una labor cumplida fervorosamente en pro de una rama del derecho que reclamaba sitio en nuestra corporación. Su tratado sobre la materia hasta hoy en ocho densos volúmenes, su redacción o corrección de códigos y proyectos o anteproyectos de ley, su desempeño en altos cargos públicos, acreditan una vocación y competencia indiscutibles y me eximen de abundar en lo que presumo será materia de prolijo detalle en la presentación del doctor Morello.

Doctor Palacio: Tengo la satisfacción y el honor de poner en sus manos el diploma y la medalla que lo acreditan en la condición de miembro de número de nuestra Academia.

Esperamos de usted la colaboración que promete su significativo curriculum, su competencia probada y su hombría de bien.

*Discurso de recepción por el académico  
Dr. Augusto Mario Morello*

Señor Presidente y señores miembros de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires;

Dr. Lino E. Palacio;

Sus familiares, amigos, discípulos, colegas y alumnos;

Señoras y señores:

I

La tradición de nuestra Institución impone dar la bienvenida a sus nuevos y calificados integrantes.

En esta oportunidad, quien toma posesión de esa condición es el Dr. Lino Enrique Palacio.

Múltiples circunstancias se agolpan para resaltar un acontecimiento que a todos, espiritual e intelectualmente, nos enriquece y estimula.

Referirse a la personalidad de nuestro máximo procesalista es poner de manifiesto la fidelidad a una vocación; la disciplina de un trabajo continuo, gobernado por un envidiable rigor metódico; la coherencia de su lógica interior y la hondura en la exposición abarcadora del conjunto de la problemática del Derecho Procesal.

Bajo el prisma de un veloz, agudo, inteligente e irónico pensamiento y desde sus más diversos e incitantes horizon-

tes: la perspectiva histórica, los cimientos filosóficos y dogmáticos, las concreciones en la política jurídica, las prudentes recepciones comparativistas. Todos ellos son los registros que jalonan una obra que enorgullece las arcas de la literatura jurídica universal.

## II

Los maestros antes han sido discípulos.

Palacio lo fue especialmente de J. Ramiro Podetti, pero su sólida formación abrevó en las enseñanzas de Carlos Cosío, a quien dedicara la obra cimera y cuyos conceptos oriundos de las esencias que acerca del ordenamiento jurídico predicara Hans Kelsen, le sirven de pórtico a las páginas preliminares del *Manual*.

Esos arbotantes marcaron el camino que con porfiado tesón ha recorrido un lúcido epígono, animador a su vez de una cosmovisión de la fenomenología procesal que ya amanecía en los aportes iniciales de su aventajada juventud.

*Teoría y práctica de la reforma procesal*, en 1958, exhibía en ciernes las grandes líneas arquitectónicas, que se plasman en los volúmenes sucesivos del *Tratado* —al cabo nueve— en los que ha ido destilando el zumo de una sistematización original y autosuficiente.

Sin concesiones al facilismo ni a las explicaciones de compromiso, Palacio fue mensurando un inmenso terreno poblado de obstáculos y sinuosidades, que en indesfallecientes horas reflexivas quedaron sucesivamente domados.

Una constante severidad en la autocrítica, le han hecho entretejer respuestas tan esclarecidas como convincentes. Lo corroboraremos en instantes cuando nuestro flamante Académico aborde nucleares aspectos que matizan la tutela de los denominados intereses difusos, categoría ésta que, como es sabido, se erige en una de las bisagras sobre las que gira el cambio de torna hacia un Derecho Procesal con dimensión social. Reflejo de las transformaciones y ajustes

en las clásicas e insuficientes explicaciones técnicas, sin las cuales no se podrá superar un descontento creciente por el funcionamiento del Servicio de Justicia.

### III

En lo personal, tan grato suceso tiene para mí reverberaciones muy singulares. Es que se precipitan al galope, en los rincones más puros del corazón, nuestras propias trayectoria.

Con Lino, desde la década del cincuenta, en una fecunda relación, hemos compartido las vicisitudes de años duros, cruzados de incertidumbres y de írsenos descabezadas tantas ilusiones que contenían las utopías por una Argentina mejor.

Un tiempo que, sin embargo, con humildad y respeto recíproco, nos permitió, creo, no traicionar las altas coordenadas de conducta que para sí y los demás propusiera Ceferino Merhilhaa. La valía del hombre, nos decía, se recorta por el número de las obligaciones que responsablemente va asumiendo en la parábola de sus días y por el amor que despierta en los otros.

A ambas exigencias han quedado abrazados los espléndidos frutos de una labor fecunda y la calidad humana de Lino Palacio.

### IV

Es por eso también, con la juguetona alegría con que subíamos las escaleras de la vieja casona de Joaquín V. González en la Universidad platense, y con igual gozo al que hoy embarga a los familiares, amigos, discípulos y compañeros del nuevo recipiendario, que convocados por esos recuerdos, sentimos que nos amadrigan dos de sus hermanos mayores, que con avidez, velaron para que no se res-

quebrajara la continuidad de su quehacer científico y la conquista de logros cincelados al calor de una pasión de orfebre.

Me refiero a Amílcar A. Mercader y Santiago Sentís Melendo.

Ellos experimentarían la inefable sensación de que el crédito abierto casi paternalmente, ha sido satisfecho con ubérrima generosidad.

Entonces, una vez más, se encendería aquel especial brillo de sus miradas, dispuestos a escuchar una alta y ennobecedora lección.

Seguiría así fluyendo la comunicación sustancial que nunca quedó trunca, porque ha pervivido, entrañablemente, en el sentido y el sentimiento de la amistad.

## LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, señores Académicos, señoras y señores:

Desde luego agradezco vivamente, en primer lugar, las extremadamente generosas palabras que acerca de mi persona y modestos merecimientos han vertido los doctores Risolía y Morello. La benevolencia que ellas entrañan me infunden el temor de defraudar al auditorio con las que pronunciaré en el transcurso de este acto.

Reitero pues mi agradecimiento, que hago extensivo a quienes propusieron mi nombre para integrar esta Corporación.

El azar ha querido que deba ocupar el sitio que lleva el nombre ilustre de Domingo Faustino Sarmiento.

Alguien que, como Manuel Gálvez, no profesaba mayor simpatía hacia la personalidad integral del prócer reconoció, sin embargo, hace más de cuarenta años, que "si Sarmiento no hubiera existido, la Argentina no sería hoy lo que es".

Aunque fue ésta en su momento una reflexión correcta y leal, las circunstancias ocurridas desde entonces se encargaron, lamentablemente, de demostrar su paulatina desactualización.

Porque, ciertamente, frente a una realidad conformada por la monotonía, el analfabetismo y la consiguiente barbarie que sólo podía conducir a la desazón y al derrotismo, Sar-

miento fue el gran artífice de una estructura destinada a cobijar a los cien millones de argentinos que vislumbró en alguno de sus grandes arrebatos imaginativos.

Es por lo tanto justo reconocer que, más allá de los motivos que condujeron a la frustración de ese proyecto, la República tiene una deuda pendiente con quien fue, de acuerdo con las acertadas palabras de Ricardo Rojas, "el profeta de una tierra prometida que está en el porvenir". De allí, también, la vigencia permanente e inalterable de Sarmiento y la enorme responsabilidad moral que contraigo al ocupar el sitial que lo tiene como patrono.

Es regla consuetudinaria de esta Academia que, con motivo de su incorporación, el recipiendario trace una semblanza de quien lo precedió en el mismo sillón, que en mi caso es el doctor Héctor P. Lanfranco.

Poseedor de una vasta cultura no sólo jurídica sino también histórica y literaria, Lanfranco fue, aparte de un experimentado y sagaz abogado, un auténtico profesor universitario y un escritor erudito y profundo.

Iniciado en la docencia como profesor adjunto de derecho constitucional y administrativo en la Escuela de Notariado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires desde 1939 hasta 1946, a partir del año 1957 se desempeñó como profesor titular de Historia Constitucional en la misma Facultad, donde dejó el recuerdo, entre sus discípulos, de un conocimiento poco común del pasado argentino.

Su obra escrita versó, en una época inicial, sobre temas de derecho civil y comercial y se circunscribió luego, a partir del año 1946, a la historia política y al derecho constitucional, en cuyo ámbito ahondó en la personalidad de diversos maestros del derecho público y de los más significativos representantes de la generación de 1837 como Sarmiento, Juan María Gutiérrez y Alberdi. Queda en esas obras el testimonio de una mente particularmente esclarecida y de una concepción ética sólida e invariable.



Cumplida la primera parte de la ceremonia académica, paso a ocuparme del tema elegido como objeto de mi disertación, que se referirá a la protección jurisdiccional de los intereses difusos.

1. Si bien, como observa Scialoja, ya en el antiguo derecho romano se hablaba de los derechos públicos *difusos* para caracterizar a aquéllos que no se concentran en el pueblo concebido como entidad sino que, en rigor, tienen como propio titular a cada uno de los integrantes de la comunidad<sup>1</sup>, durante los últimos veinte años la doctrina europea y americana —haciéndose cargo de la fácil vulneración a que se hallan expuestos a raíz del desarrollo tecnológico e industrial— viene prestando particular atención a los ahora llamados intereses colectivos, difusos o supraindividuales, cuya tutela configura, asimismo, uno de los aspectos en que se escinde el importante problema referente al efectivo “acceso a la justicia”. Veremos, también, que el tema ha repercutido recientemente, con singular vigor, en el derecho público de diversas provincias argentinas.

2. Como bien se ha destacado<sup>2</sup>, este tipo de intereses exhiben dos rasgos esenciales:

a) Desde el punto de vista subjetivo no pertenecen a una persona determinada ni a un grupo nítidamente delimitado de personas —como ocurre en las situaciones clásicas del condominio o de la pluralidad de acreedores de una misma obligación— sino a un grupo *indeterminado* o, prácticamente, de difícil o imposible determinación, cuyos integrantes tampoco se hallan vinculados por una relación jurídica concreta (pueden ser, por ejemplo, todos los habitantes de cierta región o los actuales o posibles consumidores de un mismo producto).

<sup>1</sup> *Procedimiento civil romano* (trad. Sentís Melendo y Ayerra Redin), Buenos Aires, p. 475 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. BARBOSA MOREIRA, *A legitimãção para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro*, en *Temas de direito processual*, Sao Paulo, ed. Saraiva, 1984, p. 183.

b) Objetivamente, los intereses de que se trata se refieren a un bien *indivisible*, en el sentido de que es insusceptible de división en cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los interesados.

En lo fundamental, tales intereses se relacionan con la defensa de la ecología o del medio ambiente —orientándose a la protección de la fauna y de la flora, a la tutela del paisaje, a combatir la polución, a la racionalización del desarrollo urbanístico, etc.—, a la preservación de los valores culturales o espirituales como son los relativos a la protección de los monumentos históricos o artísticos o al mantenimiento de las condiciones favorables para el acceso al conocimiento técnico y científico—, y a la protección del consumidor contra la propaganda comercial deshonesto o engañosa o la circulación de productos deficientemente elaborados o nocivos para la salud.

3. Resulta empero extremadamente complejo el problema referente al preciso emplazamiento de los intereses difusos dentro de las distintas situaciones subjetivas que puede asumir el ciudadano frente al Estado, particularmente ante la posibilidad de impugnar determinados actos administrativos en sede judicial o administrativa.

Sobre la base de que tales situaciones —conforme lo postula la doctrina prevaleciente del derecho administrativo— son el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple, se ha dicho que si bien el interés difuso puede, en determinadas oportunidades, coincidir con este último, cuando dicha coincidencia no se configura aquél emerge como situación jurídica intermedia entre el interés legítimo y el simple interés<sup>3</sup>.

La conclusión resulta parcialmente acertada, pues concebido el interés simple, según lo hace Marienhoff, como ese interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquier persona, no reconocido ni tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico, relativo al buen fun-

<sup>3</sup> GRECCO, *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses "difusos" o "colectivos" y su protección judicial*, en "La Ley", 1984-B, p. 865.

cionamiento de la administración pública <sup>4</sup>, o conforme a la opinión de Gordillo, como el “mero interés genérico de que se cumpla la ley” (*Procedimiento administrativo*, 2ª ed., p. 118), se debe aceptar una eventual coincidencia entre el mencionado tipo de interés y el interés difuso. En ese sentido no mediaría una diferencia conceptual entre el interés simple y el interés difuso de que, al menos por vía de hipótesis, serían por ejemplo portadores todos los ciudadanos argentinos frente a la decisión administrativa de demoler los edificios pertenecientes a la Casa de Tucumán o al Cabildo de Buenos Aires.

Menos correcta me parece la eventual aproximación del interés difuso al interés legítimo, pues mientras este último constituye una potestad concedida a un conjunto diferenciable de personas para exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones que se hallan a cargo de la administración pública (por ejemplo la consistente en respetar las reglas de la adjudicación de una licitación pública, cuya observancia puede ser requerida por todos los que participaron en ésta), el interés difuso, como se ha visto, es subjetivamente indeterminable y, además, a diferencia de lo que ocurre con el interés legítimo, carece en el orden nacional de protección jurisdiccional en sede administrativa. Aparte de ello la defensa del interés difuso trasciende la mera exigencia de legalidad instrumental que según Cassagne, entre otros, es propia del interés legítimo (*Derecho administrativo*, t. II, p. 128).

En cambio el interés difuso puede incluso alcanzar la jerarquía de un verdadero derecho subjetivo cuando el ordenamiento jurídico erige a la correspondiente conducta en una concreta prestación en favor de los eventuales afectados por determinadas medidas.

En ese orden de ideas no es dudoso que cuando la Constitución de la Provincia de Córdoba, v.gr., acuerda a toda persona el derecho a “gozar de un medio ambiente sano” y luego agrega que “este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la

<sup>4</sup> *Dominio público - Protección jurídica del usuario*, p. 445.

salud, a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y a la preservación de la flora y la fauna" (art. 66) instituye a cargo de la Provincia el deber jurídico de adoptar las medidas orientadas a asegurar el cumplimiento de tales fines, y, correlativamente, un verdadero derecho público subjetivo que todo habitante puede eventualmente hacer valer ante aquélla. También es valioso ejemplo de lo dicho el art. 22 de la Constitución de la Provincia de Jujuy. Cabe añadir que en los Estados Unidos de Norteamérica la norma programática contenida en la "National Environmental Policy Act" en el sentido de que el "Congreso reconoce que cada persona debería gozar de un ambiente saludable..." ha sido considerada por la Suprema Corte como suficientemente apta para crear el derecho de cada individuo a un ambiente sano y agradable, y por consiguiente, para otorgarle la legitimación tendiente a su defensa<sup>4b</sup>.

4. De lo dicho se sigue en primer lugar que si bien, en algunas ocasiones, el interés difuso puede asimilarse al interés simple (v.gr. el interés de toda la comunidad en la salubridad del medio ambiente) es susceptible de diferenciarse de éste por razones de sectorialización y especificación (por ejemplo el interés de los habitantes de determinada región afectada por la actividad de una industria que genera contaminación). En segundo lugar importa señalar, como lo hemos hecho, que del ordenamiento jurídico puede surgir una coincidencia entre los intereses difusos y verdaderos derecho públicos subjetivos.

Corresponde también destacar que no existen actualmente, en el orden nacional, y sí en cambio en diversas provincias, normas que garanticen la defensa de los intereses difusos, de modo que los administrados sólo se hallan habilitados para promover meras denuncias en sede administra-

<sup>4b</sup> ZANUTTIGH, *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nordamericana*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milán, 1976, pp. 391-466.

tiva, y que la vía judicial sólo podría abrirse en la hipótesis de configurarse la violación de garantías constitucionales.

Sólo cabe añadir que, reconocida la tutela jurisdiccional, puede extenderse el ámbito de la legitimación *pasiva* de los intereses difusos ya que serían susceptibles de invocarse no sólo frente a la administración pública sino también —como sucedería en las hipótesis de protección al consumidor— frente a personas jurídicas privadas.

5. Colocado frente a la eventual necesidad de reglamentar la protección de los intereses colectivos o difusos, el legislador se encuentra constreñido al replanteo de ciertos principios tradicionales que gobiernan el proceso y la función judicial, en tanto éstos parten de la base de una contienda suscitada entre dos partes que defienden individualmente sus respectivos derechos subjetivos y resultan por lo tanto extraños a los conflictos en que se hallan involucrados los derechos de un grupo o de un sector social cuyos integrantes son de difícil o imposible determinación.

Ese replanteo juega, fundamentalmente, con respecto a la legitimación y a los límites subjetivos de la cosa juzgada, aunque no es ajeno a otros temas como son los referentes a la carga de la prueba, a la acumulación de pretensiones y al tipo de proceso aplicable.

6. Por lo que concierne a la legitimación, es decir a la específica aptitud que debe acreditarse para reclamar útilmente la protección de los intereses analizados, cabe ante todo excluir la aplicabilidad del concepto clásico en cuya virtud aquélla debe coincidir con la titularidad de la relación jurídica sustancial, porque en la materia de que se trata no sólo existe siempre una pluralidad de titulares —circunstancia que en rigor no representa un problema insalvable— sino que éstos, aparte de generalmente muy numerosos son, como más arriba puntualicé, indeterminados e indeterminables.

La consideración apuntada conduce asimismo a replantear la posible aplicación de las reglas del litisconsorcio en sus modalidades tradicionales.

Si, como adelantara, los intereses objeto de examen versan sobre un bien *indivisible*, del mismo carácter debe obviamente participar la pretensión orientada a hacerlos efectivos.

Mas si la pretensión es única e indivisible no es sin embargo pertinente sujetar el tema, sin más, a los principios que gobiernan el litisconsorcio necesario, por cuanto el pronunciamiento de una sentencia útil no se halla supeditado, en el caso, a la citación al proceso de todos los afectados por los intereses en juego desde que la integración de la litis resulta, a raíz de la señalada indeterminación subjetiva, prácticamente imposible.

Mucho menos cabe enmarcar la situación en la figura del litisconsorcio facultativo por la sencilla razón de que, como se ha visto, no existen diversas y numerosas pretensiones conexas, sino una pretensión única.

No obstante, en razón de que la sentencia a dictar debe tener un mismo contenido para todos los portadores del interés controvertido (es inconcebible, por ejemplo, que si existen diversos afectados por la contaminación producida en un mismo curso de agua, el fallo sea favorable para algunos ribereños y desfavorable para otros), tal vez podría hablarse de la existencia del denominado litisconsorcio necesario impropio, cuya configuración, aunque discutida en doctrina, no se halla supeditada a la citación al proceso de la totalidad de los interesados.

7. Pero aun resuelto el problema del litisconsorcio en tales términos, es todavía imperioso que el legislador abocado a reglamentar el tema invista formalmente de legitimación o, eventualmente, de representación, a las determinadas y concretas personas físicas o jurídicas habilitadas para requerir judicialmente la protección de los intereses difusos, a cuyo fin el poder de postulación puede acordarse a cualquiera de los cotitulares para que interpongan la pretensión en forma individual o constituyendo un litisconsorcio voluntario, a órganos estatales como el ministerio público fiscal o el denominado "defensor del pueblo", o a personas jurídicas

cuyo fin institucional radique, precisamente, en la defensa de específicos intereses del tipo de los analizados.

8. El primero de los mencionados mecanismos, o sea el consistente en la legitimación concurrente de los cointeressados es el vigente por ejemplo en el Brasil, cuya Constitución prescribe, en el art. 153, que “cualquier ciudadano será parte legítima para promover acción popular tendiente a anular actos lesivos al patrimonio de entidades públicas”, habiéndose posteriormente precisado, por vía legislativa (ley 4717), que se consideran “patrimonio público”, a los fines de la admisibilidad de la acción popular, “los bienes o derechos de valor económico, artístico, estético, histórico o turístico”.

Se halla legitimado para proponer la llamada acción popular todo ciudadano brasileño que se encuentre en el goce de sus derechos políticos, siendo admisible el litisconsorcio integrado por diversos ciudadanos. La ley 4717 excluía la legitimación de las personas jurídicas y del ministerio público, aunque facultaba a éste último para proseguir el juicio frente al desistimiento del actor y para interponer recurso contra la sentencia adversa a éste. En cambio la ley 7347 de 1985 extendió la legitimación al ministerio público, a la Unión Federal, a los Estados miembros, a los Municipios, a los entes de la llamada administración indirecta y a las asociaciones civiles que cumplan determinados requisitos.

9. Con el tema de la llamada “acción popular” se relacionan íntimamente dos sentencias dictadas por el juez de primera instancia en lo contencioso administrativo federal Dr. Oscar Garzón Funes el 22 de marzo y el 10 de mayo de 1983 en la causa “Kattan y otro c/Gobierno Nacional” —la primera relativa a una prohibición de innovar y la segunda resolviendo el fondo del asunto— y a las que me he de referir con algún detenimiento no sólo por tratarse de los pocos pronunciamientos judiciales dictados sobre la materia sino porque generaron en su hora encendidas polémicas y valiosos comentarios doctrinales.

Esa causa se inició mediante demanda promovida por dos particulares en la cual invocaron la ilegalidad de dos autorizaciones otorgadas por el Poder Ejecutivo a una empresa japonesa para capturar, en la zona marítima argentina, y luego exportar, catorce ejemplares de delfines o toninas overas, y fundaron esa alegación en la circunstancia de que, de concretarse tales actos, podría alterarse el ambiente en el que habitan esos animales así como la forma y expectativa de vida de éstos, agregando que eligieron la vía del amparo en la inteligencia de que las acciones depredatorias autorizadas, al ser susceptibles de afectar el equilibrio ecológico, atentan en definitiva contra la vida humana.

Curiosamente el Poder Ejecutivo no cuestionó la legitimación de los actores y parece haberse limitado, según surge de la lectura de ambas resoluciones, a afirmar que los permisos no fueron otorgados en forma inconsulta —como sostenían aquéllos— y que la pesca autorizada no alteraría el equilibrio del ecosistema atlántico.

En razón de que los accionantes esgrimieron, esencialmente, el argumento de que las autorizaciones sólo podían otorgarse cuando existieran “estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico” que puede provocar la caza del tipo de cetáceos de que se trataba, la prueba producida versó sobre informes técnicos de los que resultó, en síntesis, la inexistencia de información científica disponible sobre la biología y ecología de esos animales, particularmente en lo que atañe a su dinámica poblacional, arribándose a la conclusión de que mientras no se cuente con cifras “reales”, obtenidas en observaciones directas sobre el estado poblacional de la especie, su ecología y su comportamiento social, no debe autorizarse su captura.

En oportunidad de dictar sentencia definitiva el juez, tras hacer hincapié en el carácter particular y novedoso de la cuestión, afirmó hallarse “persuadido”, sobre la base de la prueba producida, de que “la captura de 14 delfines ‘puede’ resultar depredatoria”, y de que “las leyes de protección a la fauna y las opiniones de los científicos indican que antes de atrapar un animal de esta especie debe reali-



zarse un serio y amplio estudio que, evidentemente, no se ha producido". En consecuencia hizo lugar a la demanda y decretó la nulidad de las resoluciones administrativas que provocaron la cuestión.

10. Sin perjuicio de volver sobre los temas precedentemente mencionados, conviene ahora recordar que el magistrado, en ánimo de brindar adecuado respaldo jurídico a sus resoluciones comenzó por destacar la ampliación de la legitimación dispuesta por el art. 3º del Reglamento de la ley de procedimiento administrativo en favor de los titulares de intereses legítimos, continuó aludiendo a los llamados intereses difusos y en la sentencia definitiva terminó por reconocer a los actores incluso la titularidad de un derecho subjetivo desde el doble punto de vista de que todo habitante tiene el derecho de reclamar la no modificación de su "habitat", así como, en implícita referencia a lo prescripto en el art. 1º de la ley 22.421, la potestad de exigir al Estado el cumplimiento del deber de proteger la fauna silvestre acotando por último, a mayor abundamiento, que el Estado nacional no había cuestionado la legitimación de los accionantes.

11. Este fallo fue objeto de una certera crítica de Marienhoff quien tras puntualizar con toda claridad que los actores no sólo carecían de un derecho subjetivo sino que ni siquiera podían invocar un interés legítimo agregó que la posición de aquéllos sólo trasuntaba un *interés simple*, es decir de una "prerrogativa de suyo insuficiente para accionar ante la justicia, salvo que se tratase de una medida administrativa violatoria de una garantía constitucional, circunstancia esta última que en modo alguno concurría en el caso" y concluyó afirmando, correctamente a mi juicio, que "en concreto, los actores han ejercido una *acción popular* inexistente en nuestro derecho"<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> *Delfines o toninas y acción popular*, en "El Derecho", t. 105, p. 244.

12. Los actores carecían, efectivamente, de un derecho subjetivo, por cuanto el mencionado art. 1º de la ley 22.421 no instituye prestación alguna a cargo del Estado (nacional o provincial) y a favor de los administrados, sino que, como surge inequívocamente de su texto y de la nota de elevación del respectivo proyecto, otorga al productor agropecuario que cumplió el deber de proteger la fauna silvestre el derecho a ser indemnizado de los perjuicios que tal conducta puede haberle irrogado, por cuanto la ley parte de la premisa consistente en que dicha protección configura un beneficio comunitario y en que, por lo tanto, cuando un patrimonio singular resulta afectado en defensa, precisamente, de ese beneficio, aparece como manifiestamente razonable que la comunidad, por conducto del pago de la correspondiente indemnización, contribuya a reparar el perjuicio. Al margen, en consecuencia, de que la referida ley no puede extenderse a la protección de la fauna marina en razón de ser ésta visiblemente ajena a sus previsiones, aquélla no concede una acción frente al incumplimiento de proteger la fauna silvestre sino, por el contrario, frente al cumplimiento de ese deber por parte del administrado.

Los accionantes tampoco tenían un interés legítimo en tanto no formaban parte de un conjunto de personas que, en concurrencia, estuviesen habilitadas para exigir de la autoridad pública determinados comportamientos.

Sólo existía, por ende, un interés simple, aunque conceptualmente equiparable, en virtud de sus particulares características, a un interés colectivo o difuso.

De lo dicho se sigue que, desde el punto de vista de la legitimación, la vía judicial se hallaba irremisiblemente vedada para los accionantes, sin que resulte argumento atendible el hecho de que el Estado no haya cuestionado esa legitimación, por cuanto es sabido que, en el proceso contencioso administrativo este requisito intrínseco de la pretensión debe ser objeto de control judicial aunque las partes no lo hayan invocado a título de defensa.

13. Tampoco los actos administrativos anulados por la sentencia a que me vengo refiriendo adolecían de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”, en los términos del art. 1º de la ley 16.986, ya que se fundaron en informes técnicos y del propio contenido de la sentencia se infiere que el dictado de aquellos fue, en todo caso, opinable. Se trataba, por el contrario, de un típico caso en el cual la determinación de la eventual invalidez de los actos impugnados requería “mayor amplitud de debate y de prueba”.

No se hallaba en juego, finalmente, la violación de ningún derecho o garantía constitucional, pues a diferencia de diversas constituciones argentinas como las de Córdoba, Jujuy, Salta y de otros estados latinoamericanos como las de Panamá, Perú y Chile, aquélla no contiene norma alguna que erija, en específico deber del Estado, el consistente en velar por la conservación de las condiciones ecológicas o del patrimonio ambiental, siendo todas las normas referentes a la preservación de los recursos naturales y a la prohibición de actividades susceptibles de generar contaminación de rango legislativo y no constitucional.

Al respecto parece por lo tanto excesiva la opinión formulada por el distinguido jurista Guillermo J. Cano<sup>6</sup> en el sentido de que el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente es un derecho natural humano protegido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional relativo, según dicho autor, a la *seguridad social integral* de cada individuo, pues la garantía que brinda ese precepto se circunscribe, a mi juicio, a un adecuado sistema de previsión y a la protección patrimonial del núcleo familiar mas no se extiende a la preservación de los valores concretamente contemplados en los mencionados ordenamientos constitucionales.

Desde luego que distinto habría sido el caso si los actores hubiesen demostrado que los supuestos actos depredatorios denunciados eran susceptibles de afectar a la propia vida humana, pues como bien lo dijo la Corte Suprema en un

<sup>6</sup> *Un hito en la historia del derecho ambiental argentino*, en “La Ley”, 1983-D, p. 568.

interesante fallo sobre trasplante de órganos “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”<sup>6 bis</sup>, o, como lo dijeron en su voto los doctores Frías y Guastavino, configura aquél un “derecho de la personalidad que preexiste a cualquier reconocimiento estatal”. Pero, en el caso comentado, la hipotética lesión de ese derecho a la vida no pasó de ser una mera afirmación de los accionantes, de manera que no pudo sostenerse que el Estado fuese sujeto pasivo de aquél, ni que como lo puntualizó Bidart Campos en uno de sus comentarios a ese precedente judicial, estuviese obligado a facilitar su goce<sup>7</sup>.

14. Frente a la inexistencia, en el orden nacional, de una acción popular destinada a la tutela judicial de los intereses difusos cabría interrogar acerca de la conveniencia de su institución.

La respuesta debe ser a mi entender decididamente negativa en razón de diversos motivos.

Antes de continuar, sin embargo, debo recordar que en nuestro país Marienhoff<sup>7 bis</sup> ha sostenido la tesis de que la denominada “acción popular”, genéricamente concebida, es violatoria del art. 22 de la Constitución Nacional.

Pese a la solidez de la argumentación desarrollada por el maestro me permito plantear una respetuosa discrepancia, pues creo que el ejercicio de aquella acción, al menos en el específico tema de que se trata, no importaría el gobierno directo por parte del pueblo sino, en todo caso, una forma de hacer efectivo en el ámbito judicial el derecho constitucional de petición y el eventual pronunciamiento favorable, la respuesta otorgada por una de las autoridades creadas por la propia Constitución.

Pero enfocada la cuestión desde el punto de vista de la

<sup>6 bis</sup> “La Ley”, 1981-A, p. 401.

<sup>7</sup> Algo sobre el derecho a la vida, en “La Ley”, 1983-A, p. 701.

<sup>7 bis</sup> La legitimación en las acciones contra el Estado, en “La Ley”, 1986-C, p. 899.

conveniencia la solución adversa se impone, en primer lugar, porque los gastos judiciales, la complejidad de las cuestiones a dilucidar, así como el eventual poder económico o político de los adversarios —que pueden ser la Administración Pública o poderosas empresas— son susceptibles de colocar al ciudadano que acciona individualmente en defensa de un interés difuso en una situación de manifiesta inferioridad que, naturalmente, desalienta a aceptar el desafío de un litigio judicial de inciertos resultados.

En segundo lugar no cabe descartar la posibilidad de que el actor popular, en colusión con el demandado provoque, a través de una demanda deficientemente fundamentada o de eventuales negligencias en la producción de la prueba, un resultado desfavorable a su pretensión<sup>8</sup>, con lo que se coloca al legislador en la necesidad de formular delicadas previsiones acerca de los límites subjetivos de la cosa juzgada, pues en la mencionada hipótesis resultaría a todas luces injusto acordar a aquélla eficacia absoluta, en detrimento de otras personas legitimadas que sufrirían perjuicio con motivo de una sentencia adversa a la protección del interés de que se trate.

Por último resulta extremadamente dificultoso organizar el régimen de la denominada acción popular, por cuanto se corre el riesgo de que, si se la concede con amplitud, sea utilizada masivamente con fines obstruccionistas, y si se le imponen limitaciones, restringiendo por ejemplo su ejercicio a determinada categoría de personas, se la desnaturaliza en su esencia<sup>9</sup>.

No obstante la reciente Constitución de la Provincia de Córdoba dispone, en el art. 53, que “La Ley garantiza a toda persona sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución”.

<sup>8</sup> Cfr. BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 187.

<sup>9</sup> SANCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, p. 111 y ss.

Aunque no alude a la existencia de una "acción popular", es visible que la norma transcrita la instituye en tanto se refiere, genéricamente, a las "autoridades", entre las que implícitamente se hallan comprendidos los integrantes del poder judicial de la provincia.

La constitución de Salta, en cambio, admite no ya una acción sino un reclamo administrativo popular en caso de que fuesen vulnerados los intereses analizados (art. 88), estableciendo asimismo que "la ley reglamenta la legitimación procesal de la persona o grupos de personas para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos" (norma citada), acordando de tal suerte al legislador la posibilidad de instituir la llamada acción popular sea como remedio único o en concurrencia con otros.

15. Demostrados, a mi juicio, los inconvenientes que exhibe la acción popular importa preguntar si resultaría apropiado conferir la legitimación —que en rigor configuraría más bien una suerte de representación— al ministerio público fiscal o a otro órgano del Estado.

Por lo que atañe al ministerio público considero en primer lugar que, en el orden nacional, su actuación como parte en los procesos relativos a intereses difusos debe ser descartada en razón de que, siendo sus miembros designados por el Ministerio de Justicia, en la hipótesis de ser pertinente una demanda frente a la Administración pública carecerían de las condiciones de independencia que obviamente resulta menester reunir en tal supuesto. En virtud de las mismas razones, idéntico reparo ha formulado, con respecto al Brasil, tanto en el plano federal cuanto en el estatal, el profesor Barbosa Moreira<sup>10</sup>. Tampoco estimo apropiado que, aun cuando no actúe en el proceso como parte, el ministerio público deba intervenir en calidad de "fiscal de la ley", siendo esta consideración extensiva a aquellas provincias que incluyen a aquél en ámbito del poder judicial y otorgan a sus miembros la garantía de la inamovilidad. Reitero así la

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 191.

posición que asumí hace casi veinte años —coincidente con la expuesta por el más jerarquizado sector de la doctrina nacional— conforme a la cual la intervención del ministerio público como simple defensor de la legalidad o de un supuesto orden público configura, en el orden civil, comercial y contenciosoadministrativo una visible superposición con el deber que, con la misma finalidad, pesa sobre los órganos judiciales, quienes están obligados a actuar dentro del marco de la ley sin necesidad de asesoramiento o de control alguno por parte de otros funcionarios para cuya designación, paradójicamente, se requieren menores condiciones o requisitos que para desempeñar la magistratura judicial. A ello se agrega que el cumplimiento de los actos procesales que incumben al ministerio público sea como sujeto asimilable a una parte o como simple órgano de control y vigilancia complica innecesariamente el trámite de los juicios y redundante, en definitiva, en notorio desmedro de la celeridad procesal. De allí que, a mi entender, no sólo debe excluirse la intervención del ministerio público en los procesos motivados por la defensa de intereses difusos sino en toda clase de procesos civiles —derogando, naturalmente, las normas sustanciales que contemplan su actuación— según lo propició Jofré hace más de sesenta años y últimamente lo ha propuesto lúcidamente Cueto Rúa como una de las formas de mejorar la deplorable situación por la que atraviesa la administración de justicia, acaso la peor en los últimos veinte años <sup>11</sup>.

Apenas faltaría agregar que, como lo ha puntualizado Morello la misma naturaleza de los intereses difusos, así como su extensión y heterogeneidad, determina que el ministerio público aparezca con marcadas limitaciones para asumir idóneamente la defensa judicial de aquéllos <sup>12</sup>.

Distinta es desde luego la situación en el proceso penal, en el cual el ministerio público reviste el carácter de parte

<sup>11</sup> *La Corte Suprema como Poder del Estado*, diario "La Ley", del 7 de agosto de 1987.

<sup>12</sup> *Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de la defensa de los intereses difusos*, en "Jurisprudencia Argentina", 1981-I, p. 707.

necesaria en todo proceso relativo a la presunta comisión de delitos de acción pública y entre los cuales figuran algunos que, como los constituidos por la creación de explosión o liberación de energía nuclear, envenenamiento o adulteración de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, propagación de enfermedades contagiosas y otros incluidos bajo el acápite genérico de “delitos contra la salud pública” afectan intereses supraindividuales y, como regla, excluyen la posibilidad de justificar la actuación de un querrelante particular o acusador conjunto en tanto la legitimación no se sitúa en cabeza de una o más personas concretamente determinadas.

16. En el ámbito de la posible legitimación o representación concedida a los órganos estatales en orden a la defensa de los intereses difusos, otra variante consistiría en recurrir a la figura actualmente tan meneada —no obstante su antigüedad— del *Ombudsman*, funcionario que en su perfil genuino —tal como se halla estructurado en Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca y otros países— se halla facultado para supervisar el funcionamiento no sólo de la Administración Pública, sino también —particularmente en Suecia y Finlandia— de los propios tribunales y del ministerio público, a cuyos miembros pueden querellar cuando incurran en negligencia o no cumplan sus obligaciones, así como para sugerir al Parlamento la adopción de medidas de carácter general.

También sería concebible, en cuanto al cometido a que me refiero, la adopción de la muy similar figura del “Defensor del Pueblo”, que en la Constitución española de 1978 se halla dotado de atribuciones análogas a las precedentemente descriptas, aunque es menor la posibilidad de su injerencia en la actividad del poder judicial (totalmente descartable, desde luego, en la Argentina) y se encuentra facultado para interponer pretensiones de amparo y de inconstitucionalidad con miras a la protección de los derechos fundamentales de los administrados, ámbito este último dentro del cual puede naturalmente figurar la eventual legitima-



ción de ese funcionario para actuar en defensa de intereses difusos como ocurre actualmente en Suecia con el *Ombudsman* del consumidor, el cual, no obstante, en tanto es designado por el Gobierno y no por el Parlamento, no reúne las notas típicas que caracterizan a ese funcionario.

En el orden nacional, como es sabido, tienen estado parlamentario diversos proyectos de leyes que instituyen la figura del Defensor del Pueblo como funcionario designado por las dos Cámaras del Congreso reunidas en Asamblea y cuya función fundamental reside en supervisar el cumplimiento de la ley por las dependencias de la Administración pública nacional, entes descentralizados y empresas del Estado, a cuyo fin se lo faculta, entre otras incumbencias, para denunciar a través del Ministerio público cualquier hecho que pueda constituir delito, así como para requerir la aplicación de sanciones a los responsables de irregularidades comprobadas.

Resultaría tema extraño al objeto de esta disertación emitir un juicio crítico acerca de la introducción de esta figura jurídica en el ordenamiento jurídico argentino, aunque interesa destacar, al margen de su estrepitoso fracaso en España, que ninguno de los mencionados proyectos incluye, entre las funciones del Defensor del Pueblo, la de requerir, en sede administrativa o judicial, la protección de los intereses difusos. Esa implícita exclusión resulta a mi entender correcta en virtud de que, por un lado, la diversidad y heterogeneidad de ese tipo de intereses obligaría a crear numerosas asesorías e incluso distintos organismos de defensa y, por otro lado, esa misma circunstancia generaría una indeseada burocracia en momentos en que hasta los partidos políticos de corte populista han comenzado a comprender las bondades de la privatización.

17. Descartada la conveniencia de que la legitimación se acuerde a organismos estatales resta, como última posibilidad, la de que se invista con ese atributo a las asociaciones privadas reconocidas y registradas cuya finalidad consista,

específicamente, en la defensa de determinados intereses difusos.

No basta, en efecto, para cubrir la legitimación de tales asociaciones, la prescripción del art. 41 del Código Civil en el sentido de que las personas jurídicas pueden intentar, “en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales”, pues esta norma, en tanto supone la titularidad de derechos subjetivos y, eventualmente, de intereses legítimos, no incluye el ejercicio de potestades a cuyo respecto, como sucede con los intereses simples y los intereses colectivos o difusos, la ley no acuerda protección jurisdiccional.

La legitimación, por lo tanto, debe derivar de norma específica, como aconteció en Francia con la Ley Royer, del 27 de diciembre de 1973 —relativa a la defensa de los consumidores— que estableció la legitimación de los consumidores para constituirse en parte civil en ciertos procesos penales que tienen por objeto la defensa del consumo y la libre competencia, y como lo decidió la Corte de Casación de Italia que, mediante sentencia dictada con fecha 8 de mayo de 1978, dejó sin efecto el pronunciamiento de la sección IV del Consejo de Estado por el cual se reconoció a la Asociación “Italia Nostra”, entidad creada para la defensa del patrimonio artístico, histórico y cultural, legitimación para impugnar un acto lesivo de ese patrimonio, considerándola portadora de un interés difuso en virtud de sus fines.

18. Sin embargo, en ánimo de evitar las verdaderas aventuras judiciales a las que puede prestarse este tipo de pretensiones, y en resguardo, asimismo, del orden judicial, resulta menester instituir los mecanismos orientados a asegurar la adecuada representatividad de la asociación de que se trate.

Al respecto entiendo que la autorización para funcionar a las asociaciones destinadas a la defensa de los intereses difusos debe confiarse a los organismos administrativos con especialidad en el tema de que se trate (v.gr. la Secretaría de Cultura, la Subsecretaría de Medio Ambiente, la Secretaría de Comercio; etc.), cuyas decisiones deberían ser objeto de

revisión judicial en caso de ilegitimidad o arbitrariedad conforme a lo dispuesto en el art. 33 del Cód. Civil. De allí que no considere apropiado que, en reemplazo de ese control en sede administrativa se faculte a los jueces para que, en cada caso concreto, analicen pormenorizadamente los requisitos a los cuales se halla supeditada la representatividad del ente, con el asesoramiento, incluso, de un organismo especializado como el que proponen Morello y Stiglitz en el excelente proyecto que oportunamente elaboraron, ya que ese análisis preliminar, unido a la posibilidad de que tras la publicación de la demanda se presenten otras agrupaciones que invoquen un mejor derecho, gravitará sin duda negativamente en la celeridad y agilidad que, asimismo, se intenta imprimir al proceso. Tales inconvenientes se presentan, por otra parte, con respecto a las llamadas *class action* del Common Law, las cuales imponen al juez, en cada caso particular, el deber de examinar cuidadosamente si el actor (el llamado *class suitor*) es miembro del grupo portador del interés colectivo correspondiente y si propone a la consideración de la justicia la decisión de un tema de hecho y de derecho que resulta efectivamente común a todos los integrantes de ese grupo, por cuanto tal examen se ha traducido, en la práctica, en apreciables dilaciones procesales.

19. Pero si bien corresponde considerar más adecuada, en defensa de los intereses difusos, la intervención judicial de asociaciones provistas de estructura estable y organizada—como acontece con las asociaciones de consumidores reglamentadas en Francia por la ley “Royer” de 1973, en Alemania por la ley de concurrencia desleal de 1909 (modificada en 1965 y 1969) y en Suecia por la ley que legitima a aquéllas para lograr la iniciativa del *Ombudsman* de Consumidores ante la “Market Court”, así como con las asociaciones de protección de la naturaleza y defensa del ambiente reconocidas por la ley francesa del 10 de julio de 1976— la ley no puede dejar de contemplar ciertas situaciones que, en razón de configurar eventos imprevisibles u ocasionales, no pudieron razonablemente justificar la creación de asociaciones de

ese tipo, cuyo reconocimiento requiere, por lo general, la acreditación de determinada antigüedad en la defensa de los intereses de la categoría de que se trate así como cierta representatividad computada sobre la base del número de asociados.

Por lo tanto, sin llegar a la instauración de la denominada acción popular, resultaría apropiado que, frente a la inexistencia por cualquier motivo, de una asociación permanente y especializada, la ley acordase legitimación a grupos de personas que se encuentren en condiciones de acreditar, sin mayor sustanciación, un ligamen directo de carácter territorial con la zona o con la región en la que se produjo la lesión de un interés supraindividual.

20. También debe ser objeto de análisis el tema relativo a la acumulación de pretensiones.

Desde el punto de vista de la acumulación objetiva de pretensiones no cabe duda de que a la pretensión encaminada a lograr el cese o la modificación de la actividad agravante al interés difuso es admisible acumular la pretensión resarcitoria, aunque revistiendo el daño la particularidad de ser global y no consistir en la suma de los perjuicios individuales —razón por la cual es único y no el resultado de daños diferentes y singulares— el importe en el cual se fije la eventual indemnización debe ingresar, no al patrimonio de los indeterminados portadores del interés colectivo sino destinarse a finalidades conexas a dicho interés como pueden ser, entre otras, la realización de las obras necesarias para reponer las cosas al estado anterior al menoscabo de ese interés, la adopción de medidas encaminadas a la prevención de ulteriores daños e incluso al fomento de la constitución y funcionamiento de entidades defensoras de los intereses en juego.

Desde la óptica de la acumulación subjetiva, nada obsta empero a que, sin perjuicio del reclamo del daño global, se presenten al proceso las personas singularmente damnificadas interponiendo pretensiones tendientes a la fijación del perjuicio individual experimentado. Pero a fin de no entor-

pecer el trámite del juicio, los litisconsortes que reclaman perjuicios individuales deben unificar la personería en un representante único, que puede ser o no el que actúe en nombre de la asociación o agrupación.

21. Podría, finalmente, extenderme en otros temas vinculados a la defensa de los intereses colectivos, como son los referentes a los aspectos del acto administrativo que pueden ser objeto de impugnación, a la carga de la prueba, al tipo de proceso aplicable y a los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Se trata, como se advierte, de problemas de superlativa importancia que deberán ser afrontados ciudadosamente por el legislador. Razones de respeto a este auditorio me obligan sin embargo a poner aquí punto final a mi disertación, en la que me propuse —ignoro si con fortuna— aportar unas pocas ideas orientadas a esclarecer una mínima parte de un tema actual, controvertido y erizado de dificultades. Muchas gracias.



DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA A LA  
RESPONSABILIDAD SOCIAL POR DAÑOS

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Félix A. Trigo  
Represas en oportunidad de su incorporación a la Academia  
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
el 26 de noviembre de 1987*





*Apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Marco Aurelio Risolía*

Señor Ministro de la Corte Suprema,  
Señores Presidentes de Academias Nacionales,  
Señores académicos,  
Señoras y señores:

Las Academias Nacionales suponen una instancia superior de la cultura.

Voltaire se animó a escribir en su *Diccionario Filosófico*, con algún exceso, que las academias son a las universidades lo que la madurez es a la infancia.

Sirva este breve introito para juzgar sobre la trascendencia de este acto público que declaro abierto con honda satisfacción y que tiene por fin hacer efectiva formalmente la incorporación a nuestra compañía del Dr. Félix A. Trigo Represas, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, Profesor titular de Derecho Civil y ex Decano de esa casa de altos estudios, Profesor titular también en la Universidad Católica de la ciudad nombrada, recto y prestigioso servidor de altas funciones públicas en el ámbito provincial y nacional que exhibe asimismo una calificada y profusa obra escrita que luce en tratados, libros, estudios, anotación de fallos, intervención en jornadas, simposios y congresos, etc., todo lo cual acredita una vocación, una laboriosidad y una agudeza relevantes.

Puede añadirse aun que el Dr. Trigo Represas, quien cubre la vacante originada por fallecimiento de la Dra. Margarita Argúas y ocupará el sitio que lleva el nombre ilustre de Nicolás Avellaneda, suma a todo lo dicho una corrección de proceder, una modestia, una humanidad tan llana y accesible que hará sin duda de su presencia en nuestra corporación un aporte efectivo al trabajo fructuoso y cordial con que se distinguen los hombres de ciencia y de virtud, capítulo que me place añadir a las iniciales reminiscencias volterianas.

Personalmente y fuera de libreto, deseo expresar mi complacencia por la prontitud y el acierto con que ha sido posible llenar este año las últimas vacantes registradas en nuestra compañía, merced a la elección sin tropiezos de personalidades jóvenes y dinámicas que honran a la ciencia que profesamos: los doctores Cassagne, Morello, Palacio y Trigo Represas que acreditan ciertamente una vocación definida y una ingente labor al servicio del derecho, de la ley, de la justicia, de la Nación a la que todos nos debemos.

Doctor Trigo Represas: tengo el honor de poner en sus manos el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y deseo a usted el mayor éxito en el desempeño de las labores académicas, tal como permiten augurarle sus notorios merecimientos.

El señor académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, quien tendrá a su cargo el discurso de recepción, queda en uso de la palabra.

*Discurso de recepción por el académico  
Dr. Jorge H. Bustamante Alsina*

El Señor Presidente de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales me ha conferido el alto honor de recibir en nombre de ella al Doctor Félix Alberto Trigo Represas como nuevo miembro de número que se incorpora hoy oficialmente en este acto.

La lamentada desaparición de la Doctora Margarita Argúas ha dejado vacante el sitial que lleva el nombre del patrono Nicolás Avellaneda. Nuestra Corporación ha designado al Doctor Trigo Represas para continuar la brillante tradición de sus antecesores. De Nicolás Avellaneda ha dicho Paul Groussac que su ascensión a la presidencia de la República significó, en la Historia de la Argentina contemporánea, la iniciación de un nuevo período histórico y fue más que el ascenso de un hombre, la entrada en escena de un nuevo factor histórico. Nuestra querida Margarita Argúas supo honrar tan brillante compromiso llegando a ocupar el sitial de Avellaneda luego de llevar muy alto el prestigio de la ciencia jurídica en nuestro país y en el exterior, y mostrar la capacidad de la mujer argentina para actuar con méritos excepcionales en el mundo contemporáneo. Ella fue una destacada abogada en nuestro foro, la primera Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires, y la primera Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el orden internacional prestigió a nuestro país por su valioso aporte

en la International Law Association que llegó a presidir durante varios años.

Hoy le corresponde al Dr. Trigo Represas ocupar el sitial de tan honrosa tradición y sabemos que sus méritos conservarán el elevado rango a que fue llevado por quienes le precedieron.

La misión de los académicos no se limita a transmitir o difundir una cultura adquirida a base de reiteradas lecturas, ha dicho el académico Profesor Miguel S. Marienhoff en una brillante disertación pronunciada con motivo del Cincuentenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Completando esta afirmación ha expresado el distinguido miembro de nuestra corporación que “debiéndose tratar de personas reposadas que ya recorrieron la mayor parte de la vida, sus enseñanzas deben basarse en el sedimento o sustrato de una cultura adquirida y decantada metódicamente a través de los años”. Agregó entonces que “es posible que excepcionalmente puede darse el caso de una persona joven cuyas relevantes condiciones justifiquen su designación académica”.

El nuevo académico que nos honramos en incorporar hoy reúne tales condiciones. Es un jurista que posee una cultura adquirida y decantada a través de los años que ha dedicado intensamente al estudio del derecho, y es aún un hombre joven porque su dinámica consagración a la tarea de investigar, de divulgar y de enseñar, es una esperanza cierta de que aún le aguardan muchos años para rendir los nuevos frutos que han de enriquecer la cultura jurídica de nuestro país.

La relevante personalidad del Doctor Trigo Represas, se halla adornada de virtudes morales entre las cuales no es la menor su modestia. Quienes conocemos bien su proficua labor de investigador y maestro del derecho sabemos sobradamente cómo el recato de su comportamiento en el ámbito de su actuación universitaria, profesional y académica lo sustrae de la estridencia del éxito ocasional para ubicarlo en

el recinto sosegado de quienes por sus antedichos merecimientos gozan del respeto y la consideración de sus pares.

Tuve ocasión de conocer personalmente al nuevo académico hace doce años, oportunidad en que integramos una Comisión Especial de la Federación Argentina de Colegios de Abogados que realizó un estudio sobre la depreciación monetaria y el honorario profesional —en la cual nos expedimos con un dictamen unánime—. Pero quiero señalar una circunstancia que ha dejado en mí un recuerdo imborrable. En esa esgrima científica de la que participamos los hombres que como el Doctor Trigo Represas y yo, hacemos permanente y pública manifestación de nuestras ideas a través de conferencias, jornadas, seminarios y publicaciones, me alcanzó una vez una respetuosa alusión que me hacía sin nombrarme el Doctor Trigo Represas para expresar su discrepancia con una opinión mía. Salí inmediatamente al cruce con una respuesta no menos cordial y respetuosa que publiqué en la misma revista jurídica en que apareció el comentario de mi colega. Poco después en la Comisión a la que antes me referí, el primer gesto del Dr. Trigo Represas fue darme una amplia, generosa y satisfactoria explicación acerca de la omisión de mi nombre. Fue esa una actitud leal de un hombre de bien jamás desmentida en las muchas veces que después lo traté y tuve ocasión de conocer su maestría, su templanza y su bondad.

En su trayectoria de hombre estudioso de las ciencias jurídicas, se lo ve prestigiando con su presencia jornadas y congresos de Derecho Civil en todo el país durante más de veinte años. En esas asambleas de estudio y de debate de las cuestiones jurídicas de mayor actualidad, siempre la opinión del Doctor Trigo Represas es esperada con ansiosa expectativa porque es expresión de progreso y moderación. Sabe por su experiencia vital en el ejercicio de la abogacía, en la práctica de la docencia universitaria y en la confrontación de las ideas, que el derecho no puede quedar atrás de la realidad porque no sería aceptado ni obedecido, pero que tampoco puede avanzar más de lo que las ne-

cesidades humanas lo exigen porque el derecho se convertiría en una entelequia cuyo fin se agotaría en sí mismo, haciendo inoperante la regla social. Es por ello que los dictámenes más sobresalientes de aquellas jornadas que van señalando hitos en el progreso de nuestra disciplina, tienen la adhesión cuando no la iniciativa del maestro siempre respetado que concita el apoyo general de las Asambleas Plenarias y en cuyas conclusiones y recomendaciones se trasluce el pensamiento vigoroso y renovador del distinguido jurista.

El Doctor Félix Alberto Trigo Represas se graduó de abogado el 24 de enero de 1950 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de La Plata y obtuvo el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en la misma Facultad el 11 de agosto de 1956.

Su actuación docente a nivel universitario se inicia como Profesor adjunto de Derecho Civil en la Facultad en la cual se graduó y llega a ser Profesor Titular de Derecho Civil II - Obligaciones, por concurso el 12 de febrero de 1970. Fue también Decano de esa misma Casa de Altos Estudios y Director de su Instituto de Derecho Civil.

También es Profesor Titular de Derecho Privado I desde el año 1960 en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata y Profesor Extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata desde 1986.

Entre sus antecedentes científicos luce el primer premio "Enrique V. Galli" a la producción jurídica 1960 del Colegio de Abogados de La Plata por su trabajo *El derecho y las alteraciones monetarias*. También obtuvo el Premio "Revista Notarial", año 1976, del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires por su trabajo *La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles*.

Sus numerosas publicaciones lo destacan como un estudioso de los temas del Derecho Civil y en particular de las Obligaciones y de la Responsabilidad Civil. Entre sus numerosos libros se pueden citar: *El Código Civil Anotado* en colaboración con Acdeel E. Salas en el tomo 2 de 1974 y

tomo 3 de 1977; *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, editado en 1978 junto con un trabajo del Dr. Rubén S. Stiglitz sobre *Caracteres jurídicos del contrato de Seguro*. Esta publicación conjunta lleva el prólogo del Dr. Augusto M. Morello quien expresa allí "el gozo que experimenta ante un nuevo fruto de quienes oriundos de las entrañables aulas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata con inalterable fidelidad a los compromisos de la docencia y la investigación y altura intelectual, se proyectan al escenario nacional a fin de certificar, que esa casa de estudios, ejemplarmente abierta a las diversas manifestaciones del espíritu, da renovada prueba de su vitalidad".

Posteriormente en 1983 publica *El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico* y, más recientemente en 1986 y 1987 en colaboración con el Dr. Rubén Compagnucci de Caso escribe *Responsabilidad por daños causados por automotores*; obra ésta de la que puede decirse que es la más importante en la bibliografía nacional hasta la fecha y agota el tratamiento de toda la temática que abarca su título. Comprende la evolución de la responsabilidad civil y sus fundamentos, abarcando la teoría subjetiva de la culpa, así como las tesis objetivas del riesgo creado y la garantía, hasta los elementos de la responsabilidad civil. El doble ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual es motivo de un detenido análisis en relación con las tesis de unidad y dualidad de las culpas y aunque reconoce que el Código Civil ha consagrado el sistema de la dualidad de las responsabilidades emergentes del incumplimiento contractual y de la comisión de un hecho ilícito, admite que no hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidades pero que las diferencias accesorias justifican la existencia de una línea demarcatoria entre ellas.

Con anterioridad, en 1970, el Doctor Trigo Represas publicó la obra *Derecho de las Obligaciones* en colaboración con el Dr. Pedro N. Cazeaux. Esta obra es un verdadero tratado de las obligaciones que con justo título ocupa un lugar entre las más importantes que han visto la luz en nuestro

país. Le cupo al Dr. Trigo Represas la redacción del tomo II y del tomo III. En el primero de ellos se ocupa de los medios de extinción de las obligaciones y en el último trata de los actos ilícitos y la responsabilidad. En esta parte de su obra expresa el autor que "en suma se puede afirmar que para que exista responsabilidad delictual es necesaria la violación de un deber establecido por la ley, como para que exista responsabilidad contractual se requiere que el agente haya contravenido una obligación resultante de un contrato, por todo lo cual se puede concluir, agrega, que las llamadas responsabilidad contractual y extracontractual tienen idéntica naturaleza y no se justifica desde este punto de vista, la pretendida dualidad de sistemas" Esta última afirmación es coincidente con el criterio que venimos sosteniendo desde hace muchos años y que ahora parece que va a tener el reconocimiento de la ley, si se aprueba en el Congreso de la Nación el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial.

En una palabra, la actividad intensamente desarrollada por el nuevo académico es brillante y es reconocida en forma unánime por sus valiosos aportes a la ciencia jurídica contemporánea. Su incorporación a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales es la legítima consagración de los merecimientos de un jurista que dedica sus mejores afanes al estudio de nuestra disciplina y es, para la Corporación que lo recibe, un motivo de satisfacción y de orgullo porque ella asegura así su continuidad histórica en la participación que le corresponde para el progreso del derecho y de las ciencias sociales.

Doctor Trigo Represas: en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, le doy la bienvenida y le auguro una destacada actuación que ha de servir para el mayor prestigio de nuestra corporación.



## DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL POR DAÑOS

Señor Presidente de la Academia, señores académicos,  
señoras y señores:

Sean mis primeras palabras de reconocimiento a todos los miembros de esta Academia, que consideraron suficientes los merecimientos del que habla, como para propiciar su incorporación a la misma. A ellos les digo que, de ahora en más, no habré de escatimar esfuerzos, dentro de mis modestas posibilidades, para colaborar en las funciones y misión de este digno e ilustrado organismo.

También deseo agradecer los generosos conceptos de los dos distinguidos juristas que me acompañan en este estrado, brindándome un legítimo motivo de satisfacción y orgullo: el Académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía, maestro del derecho pero civilista por vocación, y mi representante Dr. Jorge Bustamante Alsina, nuestro más destacado especialista de la hora actual en la problemática de la responsabilidad civil.

Quiero destacar asimismo, que a la honrosa distinción de que he sido objeto con la incorporación a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, el destino le ha sumado otros dos preciados halagos: el de ocupar el sillón "Nicolás Avellaneda", que evoca y rinde justiciero homenaje a una de las figuras más luminosas de la era constitucional argentina; y el de haber sucedido en el mismo a la Doctora Margarita Argúas, personalidad brillante como jurista y como mujer, primera, y de momento única, representante

del sexo femenino que ha sido Académica de número de esta corporación, y también primera Presidente femenina de la "International Law Association" con sede en Londres, según designación del año 1968.

Del Dr. Nicolás Avellaneda es mucho, y por cierto bien conocido, lo que puede decirse. Nacido en Tucumán el 3 de octubre de 1837, doctorado en derecho en Buenos Aires a la edad de 20 años, y Presidente de la República cuando sólo contaba 37; fue además: periodista, legislador, catedrático, Ministro bonaerense de Gobierno, y de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación, y Rector de la Universidad de Buenos Aires. Es autor de obras sobre temas de derecho, historia y economía, siendo las más conocidas sus: *Estudios jurídicos*, *La Asamblea de 1813* y *Estudios sobre leyes de tierras*, que data de 1865, justifica su fama de economista y jurisconsulto, y aún hoy es considerado como uno de los mejores trabajos sobre la materia en nuestro país.

De su gestión como Ministro Nacional pudo decir uno de sus biógrafos —Juan M. Garro—: "Larga y prolija resultaría la enumeración de los actos con que impulsó la instrucción primaria, secundaria y especial". Y durante su presidencia, fecunda en logros y realizaciones, se esforzó por suprimir la guerra interna y eliminar las causas de inestabilidad; y también enfrentó y venció a la aguda crisis económica que agobiaba al país, pagando una pesada deuda externa y consolidando así su crédito en el exterior, al tiempo que se intensificaba la explotación agropecuaria, se establecían numerosas industrias de todo tipo, y se iniciaba a la Argentina como país exportador de trigo y de carnes enfriadas. Por algo, sintetizando todo ello, pudo decir José Luis Romero, que con Nicolás Avellaneda terminó la "era criolla" y se inauguró entre nosotros la "época del progreso" <sup>1</sup>.

A la Dra. Margarita Argúas tuve la suerte de conocerla en persona, durante su paso como profesora de la Facultad

<sup>1</sup> JOSÉ LUIS ROMERO, *Las ideas políticas en la Argentina*, 2ª ed., México-Bs. Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 157.

de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, entre los años 1956 y 1958; y aunque el trato fue apenas superficial, bastó para alcanzar a valorarla cabalmente en su condición de estudiosa del derecho y en su magnífica dimensión humana. Ella fue, asimismo: profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires e itinerante en otras del país y del exterior; jueza de la Cámara Nacional en lo Civil y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Presidente de la International Law Association, según ya se dijo, y también de la rama argentina de dicho organismo; y miembro de numerosas corporaciones de juristas, y entre ellas, por supuesto, de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Ha dejado además una abundante y proficua obra escrita, preferentemente referida a temas del Derecho Internacional Privado, por el que siempre manifestara su inclinación, desde que en 1926 escribiera su *Tratado...* de esa materia, en colaboración con el Dr. Carlos Alberto Lazcano.

Para culminar su semblanza, no encuentro nada mejor que repetir lo que sobre ella dijera nuestro Académico Presidente, en ocasión de despedir sus restos mortales: "Su nombre quedará escrito en las tablas de honor, por su inteligencia, por su bondad, por su gracia; por su afán de decir y hacer el bien con lo que se dice; por su amor a los gestos que decoran la vida; por la ponderación de su juicio, por la rectitud de su conducta".

Hemos de ocuparnos ahora, concretamente, del tema central de esta disertación, cuyo título, debemos reconocerlo, nos fue inspirado por la denominación y el contenido de las dos partes del Capítulo VI de la obra *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, de Georges Ripert: "De la responsabilidad a la reparación" y "La repartición de los daños" <sup>2</sup>.

Aun si, con una pretensión muy simplista, nos propu-

<sup>2</sup> GEORGES RIPERT, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica (Jr.), Puebla (México), ed. José M. Cajica (Jr.), 1951, ps. 264 y ss., n<sup>o</sup> 167 y ss.

siésemos ocuparnos de la "culpa", sólo como de uno de los posibles elementos de la responsabilidad civil; ya con ello, sin quererlo, estaríamos introduciéndonos de lleno en la trascendente y nada pacífica problemática del fundamento mismo de ese instituto jurídico. Sucede, en efecto, que el tema pasa por la determinación, frente a la causación de un daño, de a quién corresponderá en definitiva soportarlo; y frente a tal cuestión el interrogante que se le plantea al hombre de derecho es, para unos si existe algún responsable, si puede o no la víctima recurrir contra alguien para pedirle su reparación; en tanto que para otros la pregunta habrá de ser de distinta significación: ¿quién es el responsable, un tercero o el propio damnificado? La primera es la concepción tradicional de la "culpa", que exige, al menos en principio, que haya mediado una conducta reprochable por parte del autor material del daño, para poder condenarlo a su resarcimiento. La segunda, en cambio, conocida bajo la genérica denominación de "teoría del riesgo", parte del presupuesto de que todo perjuicio tiene un responsable, con lo cual el planteamiento se desplaza a una mera cuestión de repartición de los daños: sólo habrá que buscar quién será el sacrificado; y entonces, en ausencia de culpa, ¿por qué preferir a la víctima en lugar del autor o causante del daño? Así pudo el decano de Lyon, Louis Josserand, uno de los más conspicuos defensores de esta posición, expresar: "Tenemos sed de justicia, esto es de equilibrio jurídico, y cuando sucede un desastre *buscamos el responsable, queremos que haya un responsable*; ya no aceptamos dócilmente los golpes del destino, sino como un acto directo o indirecto del hombre"<sup>3</sup>. Así también dentro de parecidos lineamientos, aunque las posturas no sean exactamente las mismas, pudo sostenerse más recientemente entre nosotros por el Dr. José María López Olaciregui, en su excelente trabajo "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", publicado en el tomo II, año 1978, de la Revista del Derecho Comercial

<sup>3</sup> LOUIS JOSSERAND, *Evolutions et actualités*, Paris, Recueil Sirey, 1936, p. 40 y sig.

y de las Obligaciones, que: "La teoría del responder civil no debe ser construida como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso y de la repartición de los daños" <sup>4</sup>; en tanto que por su parte el jurista brasileño José de Aguiar Dias afirmaba: "que, en verdad, ya no se trata de responsabilidad civil, aunque haya conveniencia en conservar el 'nomen iuris' impuesto por la semántica; el problema ha trascendido esos límites. Trátase, en efecto, de *reparación del daño*", añadiendo más adelante que: "*el sistema de la culpa, netamente individualista, ha evolucionado hacia el sistema de la reparación del daño*" <sup>5</sup>.

Tal, en breve síntesis, la temática que habremos de abordar en este acto, de indudable importancia, por cuanto, como lo afirma el maestro italiano Adriano De Cupis: "La confianza del pueblo en las leyes que lo gobiernan va unida en gran parte, a la solución acorde con los principios de justicia, que se dé a las cuestiones relativas a quien debe soportar, en definitiva, el daño" <sup>6</sup>.

Comencemos por señalar que hoy ya no se discute que la culpabilidad como elemento y fundamento de la responsabilidad civil, es producto de una lenta evolución de los conceptos jurídicos, y que en los primitivos pueblos orientales —Babilonia, Israel, Egipto, China, India y Persia—, como también en el antiguo derecho romano, la responsabilidad era objetiva y resultaba de la simple circunstancia de haberse producido el daño; lo cual acarrecaba por sí solo, sin discriminación sobre los factores que podían haberlo generado, la imposición de la o las penas al autor del hecho. a veces al jefe del grupo, e inclusive colectivamente a toda la

<sup>4</sup> JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Bs. As., Depalma, 1978, vol. 11, ps. 941 y ss.

<sup>5</sup> JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. Juan Agustín e Ignacia Moyano, México-Lima-Bs. Aires, 1957, ed. José M. Cajica (Jr.), S.A., t. I, ps. 26, nº 6; ps. 29 y 31, nº 8.

<sup>6</sup> ADRIANO DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2ª ed. italiana de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, p. 184, nº 19 y p. 245, nº 27.

tribu o familia a la que el primero pudiera pertenecer<sup>7</sup>. Recién en la época clásica de Roma, y por vía de una interpretación cada vez más amplia de las disposiciones de la Ley Aquilia, los jurisconsultos habrían ido introduciendo el concepto de la culpa, que luego recibiría el derecho justiniano como parte integrante de la idea más general de la imputabilidad moral; no obstante lo cual, todavía no se ha cerrado el debate sobre si, en definitiva, la Ley Aquilia introdujo o no a la "culpa" como requisito esencial del derecho a la reparación, siendo por cierto muchos los autores que, junto a los hermanos Mazeaud, insisten en que en el derecho romano nunca se llegó a formular una teoría general de la responsabilidad civil, y que la "culpa" constituyó siempre un concepto huidizo, cuya necesidad nunca se planteó en forma global, existiendo siempre casos de responsabilidad sin culpa<sup>8</sup>.

La idea moral de culpa, entendida en su subjetividad como un reproche de conciencia, es en realidad un aporte de la denominada escuela del derecho natural; corriente doctrinaria que se inicia con Grocio en la primera mitad del siglo xvii, se continúa luego a lo largo de toda esa centuria con Puffendorff y Espinoza, y se traslada finalmente al siglo xviii con autores como Wolff, Tomasius, y algunos más específicamente dedicados al estudio de las ciencias jurídicas, como Heineccio. Dichas enseñanzas tuvieron a su vez muy buena acogida en Francia, lo que motivó igualmente la re-

<sup>7</sup> JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, ps. 13 y ss., nº 1 y p. 27 y ss., nº 40 y ss.; ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976, p. 89, nº 93; PABLO A. HORVATH, *La responsabilidad objetiva en el derecho privado*, en "J.A.", Doctrina 1970, ps. 554 y sig., nº IV; JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, ed. Temis, 1979, p. 99, nº 57; LEONARDO A. COLOMBO, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª ed., Bs. As., TEA, 1947, p. 95 y ss., nº 26 y ss.; etc.

<sup>8</sup> HENRI y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., EJE, 1961, t. 1, v. I, p. 44, nº 28; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 22, nº 20 y ps. 28 y sig., nos. 41-43; FACIO PEIRANO, ob. cit., p. 112, nº 66; etc.

cepción de sus postulados en el mundo jurídico, especialmente en las obras de Domat y Pothier, a través de quienes llegan al Código Civil francés, en el cual va a recibir consagración expresa el principio “pas de responsabilité sans faute”. Sin perjuicio de ello, fácil resulta advertir asimismo, el profundo parentesco existente entre la teoría de la responsabilidad subjetiva fundada en la “culpa” y el principio de la autonomía de la voluntad, dogma del derecho contractual clásico; ya que ambos no son, en suma, más que distintas manifestaciones de las concepciones del individualismo jurídico que inspirara al derecho de las obligaciones, tanto en el derecho romano como en la época clásica de las codificaciones, y del liberalismo económico plasmado con la triunfante revolución francesa de 1789.

Del Código Civil francés, la responsabilidad con base en la culpa pasó después a la mayoría de los códigos de Europa y América que en él se inspiraran, y entre ellos, va de suyo, también al nuestro; tal resulta particularmente de su artículo 1067: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código... sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”, como así también del 1109, —hoy su primer párrafo—, conforme al cual: “todo el que ejecute un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación”.

Sin embargo, al lado de ese principio de que no hay responsabilidad sin culpa, coexistían y coexisten en el mismo Código Civil, como también fuera de él, otras normas que lo atemperan considerablemente, sea por medio de presunciones de culpa, sea por objetivación de la responsabilidad.

Así tenemos, ante todo, ciertas presunciones de culpa propiamente tales, o “*juris tantum*”, que sólo importan una inversión de la carga probatoria, en razón de que los presuntos responsables pueden destruirlas con la contraprueba de una diligencia normal. Tales, los casos de responsabilidad de padres, tutores y curadores, quienes pueden liberarse “si probaren que les ha sido imposible impedir los daños”, siem-

pre y cuando además hubiesen “tenido una vigilancia activa sobre las personas a su cargo” —arts. 1116 y 1117, primer párrafo del Cód. Civil—; y de los directores de colegios y maestros artesanos, los que “serán exentos de responsabilidad, si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era su deber poner” —art. 1117, segunda parte, Cód. Civil.

Al lado de las antedichas, encontramos otros casos de presunciones, en las cuales la acreditación de la ausencia de culpa del presunto responsable, resulta de por sí inidónea e inoperante para descartarlas y eximir al mismo de su deber de reparar; ya que para esto se requiere la prueba de la interrupción del nexo causal entre la acción y el daño, en virtud de la interferencia de otra circunstancia externa que se erige en verdadera, exclusiva y excluyente, causa del daño: el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero extraño, o el comportamiento de la propia víctima. Para estos supuestos la jurisprudencia y doctrina francesas acuñaron la nueva denominación de “presunciones de responsabilidad”; aunque, como bien se ha señalado, más que de ello se trata en rigor de presunciones de “causalidad”, dado que sólo pueden eludirse mediante la demostración de la inexistencia del vínculo causal, de que el daño proviene de otra causa ajena, lo que implica en definitiva sostener que en estos casos no existe responsabilidad porque no hay causalidad. Dentro de este grupo ubicamos a la responsabilidad por daños causados por animales, de los arts. 1124 y siguientes del Cód. Civil, en los cuales la exoneración del responsable requiere la prueba más exigente de una causa extraña: la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero ajeno o el caso fortuito —arts. 1125 y 1128 Cód. Civil—; como también la responsabilidad por daños derivados de cosas inanimadas, la que, a pesar de los términos del derogado artículo 1133 del Cód. Civil, que sólo aludía a la prueba de la falta de culpa, al menos para un importante sector de nuestra doctrina —Orgaz, Cammarota, Brebbia, Spota— y de la jurisprudencia, que incluye un fallo de la propia Corte



Suprema del 12 de junio de 1964<sup>9</sup>, exigía la demostración de que el daño se había producido por culpa del damnificado o de un tercero extraño, o de que era el resultado de un caso fortuito, para la liberación del dueño de la cosa.

Por último, la responsabilidad es lisa y llanamente objetiva, en el supuesto de daños causados por un animal feroz, los que son siempre imputables “al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque... se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban” —art. 1129 Cód. Civil—; como también para los dueños de hoteles y casas de hospedaje, capitanes de buques y patronos de embarcaciones, y agentes del transporte terrestre, respecto de los daños o extravíos producidos por el hecho de sus agentes o empleados, en los efectos introducidos por los viajeros, ya que su responsabilidad va a existir siempre, “aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño” —arts. 1118 y 1119 Cód. Civil—. E igualmente lo es, la responsabilidad colectiva de todos los distintos jefes de familia habitantes de un mismo edificio, por los perjuicios causados a transeúntes por cosas arrojadas o caídas a la calle, cuando se desconozca de qué parte del inmueble procedían las mismas; lo cual configura sin duda una nueva hipótesis de responsabilidad sin culpa probada, resultante del solo hecho de formar parte del conjunto de habitantes del inmueble de donde provino el hecho dañoso, cuyo verdadero causante permanece en el anonimato.

Y todo ello, sin perjuicio además de los daños lícitos resultantes de hechos permitidos por la ley, pero que generan igualmente un deber de reparar, que sin duda no pueden tampoco fundarse en la “culpa” y que por lo tanto han de

<sup>9</sup> ALFREDO ORGAZ, *Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas* en “Nuevos Estudios de Derecho Civil”, Bs. As., ed. Bibliográfica Argentina, 1954, p. 271, n<sup>o</sup> 6; ANTONIO CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, Bs. As., Depalma, 1947, t. II, ps. 650 y ss., n<sup>o</sup> 486 y ss.; ROBERTO H. BREBBIA, *Accidentes de automotores*, Bs. As., ed. Bibliográfica Omeba, 1961, p. 111 y sig., n<sup>o</sup> 44; ALBERTO G. SPOTA, *La inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad aquiliana*, en “L.L.” 12-675; C.S.N., 12 de junio de 1964, “Empr. Nac. Telecomunicaciones c/Pcia. de Córdoba”, “Fallos”, v. 259, p. 37.

obedecer a algún factor objetivo de atribución de dicha responsabilidad. Tal como sucede con el buscador de un tesoro en predio ajeno, quien puede hacerlo “designando el lugar y garantizando la indemnización de todo daño al propietario” —art. 2553 C. Civil—, y con muchos preceptos del Cód. Civil referidos a restricciones y límites al dominio: ocupación del inmueble vecino con andamios para la realización de una obra, con “indemnización del daño que causare” —art. 2627—; obligación para los dueños de terrenos inferiores, de recibir las aguas subterráneas que por el trabajo del hombre salieren al exterior, “cuando no sea posible por su abundancia contenerlas en el terreno superior, satisfaciéndoles una justa indemnización de los perjuicios que puedan causarles” —art. 2650—; imposición de servidumbre de paso a través de heredades vecinas, en favor del inmueble destituido de toda comunicación con camino público, “satisfaciendo el valor del terreno necesario. . . y resarciendo todo otro perjuicio” —art. 3068—; o, en fin, servidumbre de acueducto en favor de la heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo o de un establecimiento industrial, para traerlas viniendo por terrenos ajenos, “con el cargo de una justa indemnización” —art. 3082—; etc.

Todo lo cual demuestra, en suma, que la tendencia individualista inspiradora de nuestro Cód. Civil en esta materia, fue, —como lo apunta Pedro N. Cazeaux—, sagazmente atenuada por la innegable perspicacia de Vélez Sársfield<sup>10</sup>; al punto que en el mismo Código se encuentran las importantes moderaciones que acabamos de reseñar, y otras, a la tradicional perspectiva aquiliana.

Llegados a esta altura de la exposición, habremos de retrotraernos un poco en el tiempo, para recordar que el descubrimiento de la máquina de vapor y sus innumerables aplicaciones prácticas, que signara el advenimiento del maquinismo y el ulterior desarrollo de la gran industria, fue factor desencadenante de la primer gran evolución de las

<sup>10</sup> PEDRO N. CAZEAUX, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el centenario del Código Civil*, en “J.A.” Doctrina 1970, p. 339 y ss.

ideas sobre la responsabilidad civil, las que se orientaron entonces hacia lo que podría denominarse el “riesgo de la empresa”.

Con la teoría del riesgo, que sin duda ocupa un lugar destacado dentro del proceso de socialización de la ciencia jurídica, se va a plantear la primacía del bien común de la colectividad, por encima de los meros intereses individuales, en miras de procurar una adecuada protección al público en general, atribuyendo el riesgo de la actividad económica privada a quién o quiénes reciban provecho de ella: “ubi-emolumentum, ibi onus” (donde están los beneficios, también deben recaer las cargas), que es en definitiva lo mismo que lo postulado por la otra regla clásica que reza: “quien goza del ‘commodum’ (ventajas), debe soportar el ‘periculum’ (peligros o desventajas correlativos)”.

El origen de esta teoría puede, quizá, remontarse a un fallo de la “Court of Exchequer Chamber” de Gran Bretaña, del año 1866, recaído en los autos “Rylands v. Fletcher”, en un caso de filtraciones de agua y anegamiento de una mina de carbón en el condado de Lancashire, producidos a raíz de la construcción de un estanque de agua en un campo vecino, en el cual se resolviera, con voto del juez Blackburn, que: “la persona que para su propio beneficio mantiene en su campo algo susceptible de causar daños si escapase, debe conservarlo a su propio riesgo y responder prima facie por todo daño resultante de tal huida; pero podrá liberarse probando que tal escape fue debido a culpa de la víctima, fuerza mayor o acto de Dios”, situaciones éstas que no se daban en ese caso. Sin embargo, a posteriori la Cámara de los Lores, tribunal supremo de ese país, en su sentencia del año 1868, descartó aquella solución “por inconveniente”, y fundó la condenación en el hecho de que el terrateniente había usado sus tierras para fines “innaturales”, ya que así fue considerado el hecho de tener un estanque en una zona carbonífera, y que por ello debía responder por los daños que de ese uso anormal o inapropiado pudieran derivarse. Empero, los verdaderos precursores de dicha teoría, los primeros en formu-

lar un sistema de responsabilidad civil sobre la base de un factor objetivo de atribución: el riesgo creado, fueron los franceses Raymond Saleilles y Louis Josserand, al intentar en el año 1897, brindar un apoyo a la angustiada situación de los obreros víctimas de accidentes del trabajo. El primero de ellos vino a sostener que el sistema de la responsabilidad fundada en la culpa del causante de un daño, no era el que resultaba de los antecedentes del Código Napoleón, para concluir afirmando que debía admitirse la responsabilidad como consecuencia lógica del hecho de haberse creado un riesgo. Y a su turno Josserand creyó descubrir un principio nuevo de responsabilidad en el Cód. Civil francés, hasta entonces inadvertido, atribuyendo un valor absoluto, separado del contexto total, al primer párrafo de su art. 1384, el cual, con este entendimiento, vendría a disponer que: "Se es responsable... del daño que se causa por el hecho de... las cosas que se tienen en custodia"; de forma tal que todo guardián de una cosa que causara un daño, resultaría responsable, hubiese o no incurrido en culpa <sup>11</sup>. Sin embargo, el siguiente año 1898 se dictó en Francia la ley sobre accidentes, cuyos lineamientos siguiera luego nuestra ley 9688, con lo cual aquellos esfuerzos doctrinarios parecieron quedar superados por los hechos. Pero no fue así, la teoría estaba ya lanzada y además fue tenida como de aplicación general a todo el derecho, logrando agrupar en su derredor, a todos los que se oponían a la responsabilidad fundada en la culpa. De ahí que haya podido decirse por los hermanos Mazeaud, que la aparición de la teoría del riesgo "señala en la historia de la responsabilidad civil una fecha memorable: porque con ella, por primera vez, se va a discutir un principio que, hasta entonces, parecía intangible: la necesidad de una culpa para exigir la responsabilidad de aquél que por su actividad haya ocasionado un daño" <sup>12</sup>.

<sup>11</sup> MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 1, vol. I, ps. 88 y sig. nos. 72/73; RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Bs. As., ed. Universidad, 1983, ps. 123 y ss., n° 1-f).

<sup>12</sup> MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 1, vol. I, p. 86, n° 67.

Entre nosotros, a partir de la reforma de nuestro C. Civil por la ley 17.711, se operó una nueva y mayor objetiva-  
 ción del régimen de la responsabilidad civil, principalmente  
 con el establecimiento de la reparación de equidad, teniendo  
 en cuenta la importancia del patrimonio del autor del daño  
 y la situación personal de la víctima, prevista para los daños  
 involuntarios en el párrafo final agregado al art. 907; y, por  
 sobre todo, con lo atingente a la responsabilidad por los da-  
 ños causados "por el riesgo o vicio de la cosa", del segundo  
 apartado del art. 1113 del C. Civil, el cual, para la mayoría  
 de nuestra doctrina y jurisprudencia, ha significado acoger  
 en nuestro ordenamiento a la teoría de la responsabilidad  
 objetiva, conocida como del "riesgo creado"<sup>13</sup>; conforme a

13 JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976, t. IV-A, p. 632 y sig., nº 2652; idem *Ley 17.711: reforma del C. Civil en "J.A."* Doctrina 1969, p. 49 y sig.; ROQUE F. GARRIDO, *La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva. El nuevo art. 1113 del C. Civil*, en "J.A." Doctrina 1969, p. 82; idem, *Responsabilidad objetiva y riesgo creado*, en "J.A." Doctrina 1974, ps. 810 y 812; PATRICIO RAFFO BENEGAS-RAFAEL A. SASSOT, *Responsabilidad objetiva (art. 1113 del C. Civil)*, en "J.A." Doctrina 1970, p. 776 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 354, nº 1019 y p. 356 y sig., nº 1031; ALFREDO ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)*, Bs. As., ed. Lerner, 1970, p. 201 y ss., n: 75; GUILLERMO A. BORDA, *La reforma del C. Civil: responsabilidad extracontractual*, en "E.D.", vol. 30, p. 812, nº 4; ATILIO A. ALTERINI, ob. cit., p. 118, nº 140; idem, *La responsabilidad en la reforma al Cód. Civil*, Bs. As., ed. Cathedra, 1974, ps. 94 y ss., nos. 113-115; ATILIO A. ALTERINI-OSCAR J. AMEAL-R. M. LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, f. I, p. 165, nº 358, p. 198, nº 424, p. 218 y ss., nos. 473 y ss. y t. II, p. 427, nº 1730; ROQUE GARRIDO-LUIS A. ANDORNO, *El art. 1113 del Cód. Civil*, Bs. As., Hammurabi, 1983, p. 229; AIDA KEMEL-MAJER DE CARLUCCI, *Comentario al art. 1113*, en el "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado" de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Bs. As., ed. Astrea, 1984, t. 5, 462 y ss.; PIZARRO, ob. cit., 310 y ss., nº III; ANTEO F. RAMELLA, *La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva*, en "J.A." 1979-III-792 y ss., nº VII-e); MATIDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Daños con las cosas y por el vicio o riesgo de la cosa*, en "J.A." 1983-IV-636 y ss., nº III-c); JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1971, t. I, p. 128 y ss., nº 53; idem, *Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado*, en "Estudios sobre responsabilidad por daños", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. I, ps. 54 y sig., nº c-1; Cam.Nac.Civil, sala A, 28-12-71, "Microóm. del Sur Línea 60 c/ Ferrocarriles Argentinos", "L.L." 153-457 (31.124-S); id., sala C, 28-2-77, "Cora c/ EFEA", "L.L." 1977-C-343, "J.A.", 1978-II-480; id., Sala D, 25-10-77, "Di Salvio de Arce c/Ko-pran", "L.L." 1978-A-155, "J.A." 1979-II-194; id., Sala E, 17-10-68, "Fernández Gómez c/ Dacativa", "E.D.", 24-585; "S.C.B.A.", 18-12-73, "Parodi c/ Lorente" "D.J.B.A." 103-13; etc.

la cual se habrá de responder, no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del cual, como condición *sine qua non*, provino el daño, bastando en consecuencia con la mera trasgresión objetiva de la lesión del derecho ajeno, y sin que sea necesaria la existencia de un hecho ilícito a través del cúmulo de sus tradicionales elementos configurantes, para así responder aun por actividades lícitas o por el empleo lícito de cosas que entrañen peligro para otros. Tal teoría, para muchos el *desideratum* en la evolución del sistema resarcitorio, vendría a constituir en suma el polo opuesto a la "culpa", como fundamento de responsabilidad civil. Aunque es bueno señalar que con mucha anterioridad dicha teoría ya había tenido acceso a nuestra legislación, a través de la ley de accidentes del trabajo 9688 —"riesgo profesional"—; y propiamente en punto a responsabilidad civil, en el Código Aeronáutico aprobado por ley 17.285, y anteriormente en su predecesora la ley 14.307, para los casos de daños causados a terceros en la superficie de la tierra, por cosas o personas caídas o arrojadas desde una aeronave en vuelo, o inclusive por el ruido anormal de aquéllas —art. 155 ley 17.285—.

Pero sin duda la evolución del derecho no podía quedar detenida en ese estadio, y de hecho ello no ha ocurrido, sino que ha proseguido su constante transformación, a tenor de las nuevas condiciones socio-económicas que se han ido produciendo con el devenir del tiempo. Así, después de la segunda guerra mundial, especialmente en los últimos decenios, se ha desarrollado la denominada revolución tecnológica, la que ha ido generando, al principio en los Estados Unidos y después también en el Japón y Europa occidental, una incesante y cada vez más acelerada expansión productiva; desembocándose en lo que Alvin Tofler ha llamado la "sociedad post-industrial", o de la "era espacial", o la "revolución tecnotrónica" o "científico-tecnológica", etc. Y lo cierto es, como lo apunta Atilio Aníbal Alterini en su reciente obra *Contornos actuales de la responsabilidad ci-*

vil<sup>13 b1a</sup>, que hoy existe basura cósmica compuesta por varios miles de objetos en órbita en el espacio exterior —ya en 1979 se los calculaba en 5.000—, y se recuerdan todavía los accidentes del “Cosmos 954” ocurrido en enero de 1978 y del “Skylab” en julio de 1979; a fines de 1985 existían 375 reactores nucleares en funcionamiento, amén de los que estaban en construcción o planificados, los que ya han dado lugar a varios accidentes notorios: el de Windscale en Gran Bretaña año 1957, el de Three Mile Island, Pennsylvania, EE.UU., de marzo de 1979, el extremadamente grave de Chernobyl, U.R.S.S., de abril de 1986, o el más reciente y próximo a estas latitudes geográficas de Goiania (Brasil); es asimismo larga la lista de eventos que provocaron contaminaciones ambientales, como el de Seveso, Italia, en 1976, a través de la liberación de una nube de dioxina, como consecuencia de una explosión ocurrida en la fábrica de productos químicos Icmesa, o el más reciente de Basilea, Suiza, de noviembre de 1986, que envenenó las aguas del Rhin; o, en fin, los daños provocados por productos medicinales, tales como el calmante Contergan-Thalidomida, que causó numerosos nacimientos de niños deformes, más de 4.000 casos solamente en Alemania, o el del “Dithylisterol”, lanzado en los EE. UU. por 1941, para evitar el aborto, y que fuera prohibido en 1971, al confirmarse que las hijas de quienes lo habían tomado, podían desarrollar cáncer de vagina o útero después de la pubertad; etc. Por algo, ya en el año 1979, en el prólogo a la tercera edición de su excelente *Teoría general de la responsabilidad civil*, señalaba el maestro Bustamante Alsina que: “las propias normas jurídicas que regulan el derecho de daños, se ven hoy día constantemente desbordadas por nuevos acontecimientos sociales que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico. Los riesgos no sólo son más frecuentes sino más graves, y, por su intensidad y extensión, pueden calificarse de calamitosos. Tales son los accidentes múltiples de la circulación,

<sup>13 b1a</sup> ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 15 y ss., n° 2.

los desastres aéreos, las intoxicaciones masivas, los daños nucleares producidos por radiaciones atómicas, los daños ecológicos originados por el deterioro o destrucción del medio ambiente humano”<sup>14</sup>. Ello quizá también explique, por sí solo, el cambio que se viene operando en el derecho de daños, según lo refiere Wolfgang Friedmann en su obra *El derecho en una sociedad en transformación*: “El crecimiento incesante de la responsabilidad social por daños no se debe a ningún cínico abandono del principio de la responsabilidad individual, sino al grado en que millones de individuos se encuentran expuestos a accidentes que ocurren en fábricas, carreteras, aeroplanos...”<sup>15</sup>.

Así pues, expone Atilio Alterini en su ya citada obra, una primer directiva del sentido de los cambios en materia de responsabilidad civil, está dada por la necesidad de asumir que, en la actualidad, quién sufre un daño pretende que le sea resarcido; directiva básica que incide o se proyecta en diversos sentidos: en el desarrollo de sistemas de prevención de los daños; en la nómina de los daños resarcibles; en el incremento del número de los legitimados activa y pasivamente en la acción resarcitoria; por supuesto en los factores de atribución, entre los que sin duda se incluye al “riesgo creado”; y por último, muy especialmente, en la implantación de nuevos mecanismos para la percepción de las indemnizaciones, tales como la seguridad social y el seguro<sup>16</sup>. Trataremos de pasar somera revista a cada uno de ellos.

Hoy se tiende a aceptar que la responsabilidad civil también puede y debe cumplir una función preventiva, sobre la base de remedios de tipo inhibitorio que posibiliten, frente a situaciones de peligro de daño apto para perdurar, la evitación o, en su caso, la cesación de las actividades nocivas.

<sup>14</sup> BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., 4ª ed., p. 9.

<sup>15</sup> WOLFGANG FRIEDMANN, *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. Florentino M. Torner, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 143.

<sup>16</sup> ALTERINI, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, cit., p. 20 y ss., nº 3.



Esta posición, que actualmente ha cobrado notorio impulso, no es sin embargo nueva, ya que era sostenida por el jurista húngaro Georges Marton en el año 1938, en su obra *Les fondements de la responsabilité civile*, con estas palabras: “la prevención es el primer principio, no solamente de la represión penal, sino también de la represión civil”; exigiendo el lazo de causalidad entre el daño y el responsable, pero no la culpa, la que, en su entender, no era un elemento indispensable de la prevención<sup>17</sup>. Sobre el tema encontramos también preceptivas en nuestro Código Civil. En punto a evitación del daño en el art. 2499 último párrafo, reformado por la ley 17.711, que permite a “quién tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes”, denunciar “ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”; principio que hoy día tiene su expresa reglamentación en lo dispuesto por el art. 623 bis del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. o. por decreto 1042/81, que primero reitera aquella normativa y luego específicamente establece en su segundo párrafo, el procedimiento para la tramitación de la “denuncia de daño temido”. De manera similar, la acción posesoria de obra nueva, reglada en los arts. 2498 y ss. del C. Civil, “tiene el objeto —dice el art. 2500— de que *la obra se suspenda* durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho”. Y sobre eliminación del perjuicio tenemos el art. 2618, también reformado por la ley 17.711, que faculta a los jueces para poder disponer “la cesación de las molestias que excedieran de la normal tolerancia en punto a humo, olores, calor, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares, por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos”; como así el art. 1071 bis, introducido por la ley 21.173, que igualmente establece que en los casos de ataques a la privacidad, ante todo se puede obligar al responsable “a cesar en tales actividades”; y en general, siempre que se trate de algo realizado

<sup>17</sup> GEORGES MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile. Revision de la doctrine. Essai d'un système unitaire*, Paris, Sirey, 1938, p. 344 y ss., n° 108 y ss.

en contra de la prohibición resultante de una obligación de no hacer, el derecho contemplado por el art. 633 del C. Civil, "a exigir se destruya lo que se hubiese hecho, o que se autorice para destruirlo a costa del deudor". Por lo demás, la cesación de la actividad nociva o destrucción de lo hecho puede constituir la mejor forma de reparación en especie o *in natura*, o sea de reponer "las cosas a su estado anterior", prevista en el texto del art. 1083 del C. Civil reformado por la ley 17.711; ya que de esa manera se suprime o borra el daño causado, mediante un *facere* consistente en la destrucción de lo indebidamente efectuado.

En cuanto a la ampliación de la nómina de los daños en sentido jurídico, esto es que dan lugar a indemnización, quizá lo más destacable sea la evolución operada con relación a la resarcibilidad del daño moral, después de superadas las primeras objeciones, fundamentales, que se formularan a su inconmensurabilidad, a la inequivalencia de la reparación, y a la inmoralidad de lucrar con el dolor. Pero entre nosotros ha sido más reciente la aceptación de su admisibilidad en todos los hechos ilícitos, delitos o cuasidelitos, aun cuando no comportasen al mismo tiempo un delito del derecho criminal, como asimismo en el incumplimiento contractual —arts. 1078 y 522, respectivamente, del C. Civil reformado por la ley 17.711—; y la hermenéutica con relación al último de ellos, de que pese al texto legal que parece conferir al juez una facultad, cuando dice "*podrá* condenar al responsable al resarcimiento", no obstante debe ser entendido en el sentido de que, acreditada la existencia del daño moral, el juez *debe* acordar la indemnización, ya que de lo contrario se trataría de un puro y arbitrario discrecionalismo<sup>18</sup>. Ade-

<sup>18</sup> ROBERTO H. BREBBIA, *El resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto-ley 17.711*, en "E.D.", p. 244, nota 16; ALBERTO G. SPOTA, *Sobre las reformas al Cód. Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 17; JORGE MOSSET ITURRASPE, *La pequeña comunidad habitacional y el daño moral*, "L.L.", 1979-C-473 y en *Estudios...*, cit., t. I, p. 29 y ss., n.º 4; Cám. Nac. Civil, sala E, 5-2-79, "Tablowsky c/Anszelowicz", con voto del Dr. Néstor Cichero, "L.L.", 1979-C-473 y "E.D." 84-490; Cám. 1.ª Civ. y Com. Bahía Blanca, sala II, 9-4-81. "Crugreiro c/Hosp. Regional Español", "E.D." 94-278.

más, ahora también se reconocen como reparables, expresamente, las inmisiones a la privacidad —art. 1071 bis C. C.—, que es una forma específica de ataque a derechos personalísimos del hombre, configurativa ante todo y primordialmente de un daño moral.

Entre nosotros tampoco puede olvidarse a la noción de “deuda de valor”, que tras penoso y largo proceso, ha terminado por imperar en toda la materia indemnizatoria; alcanzando inclusive a las deudas puramente dinerarias, primero a través de lo que se conoció como “indexación” de las mismas, sólo para los casos de mora del obligado, y más adelante, al menos para una importante postura doctrinaria y jurisprudencial, por medio de una lisa y llana absorción de la “deuda de dinero” en el concepto de “deuda de valor”, de forma tal que el objeto debido deje de consistir en una cantidad pecuniaria fija e invariable y pase a ser un monto numéricamente variable de moneda, pero que corresponda al poder adquisitivo histórico de la suma originalmente adeudada.

La legitimación activa y pasiva concierne también a la efectiva resarcibilidad de los daños: cuanto más extensa sea la legitimación activa, más sujetos estarán en situación de demandar el resarcimiento; y cuanto más amplia sea la pasiva, mayor será la certeza de obtenerlo de uno u otro de los sujetos demandables. Pero el aumento de los legitimados activos y pasivos en la acción indemnizatoria tampoco constituye un fenómeno nuevo, aunque el mismo haya podido intensificarse en los últimos años.

En lo que hace a la pluralidad de responsables o partícipes en un acto ilícito dañoso, nuestro C. Civil ya establece en su art. 1081 la solidaridad entre todos los intervinientes en la comisión de un delito civil, sea “como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal”; y la reforma de la ley 17.711 puso fin a una ardua polémica que tenía dividida a nuestra doctrina y jurisprudencia, al dar por sentada la aplicabilidad de aquella norma también a los cuasidelitos, me-

diante el procedimiento de agregar al art. 1109 del C. Civil un nuevo párrafo, que se limita a regular el haz interno de relaciones de contribución entre los copartícipes, "cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde". De esta forma, dicho sea de paso, vino a tener plena vigencia y aplicación, una tendencia jurisprudencial ya insinuada antes de la reforma de 1968, conforme a la cual, en los casos de accidentes de tránsito producidos con intervención de más de un vehículo, el tercero víctima no tiene por qué investigar la mecánica del siniestro y puede dirigirse contra cualquiera o todos los responsables, a efectos de obtener la correspondiente indemnización, sin perjuicio de las acciones que luego pudiese tener el condenado para recurrir contra sus corresponsables. Y también responden solidariamente: el locatario de una aeronave y el propietario de la misma, cuando el contrato de locación no ha sido debidamente inscripto en el Registro Nacional de Aeronaves —art. 67 *in fine* ley 17.285—; el "explotador" de la aeronave y el tercero que, sin tener su disposición jurídica, la usó sin consentimiento de aquél, cuando además no concurren los requisitos necesarios para la exención de responsabilidad del primero —art. 55 ley 17.285—; y los "explotadores" de las dos o más aeronaves que participaron en un abordaje, frente a quienes resultaron damnificados en la superficie terrestre como consecuencia del mismo —art. 170 ley 17.285—. Asimismo "son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores. . . en los estadios y durante" el desarrollo del evento, las entidades o asociaciones intervinientes en un espectáculo deportivo, siempre que no hubiese "mediado culpa por parte del damnificado" —art. 33 de la ley 23.184—; e igualmente lo son, "los empresarios, los propietarios y los profesionales" que se desempeñen como constructores de obra, con los contratistas o subcontratistas que utilicen en sus obras y que no estén inscriptos en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, respecto de las obligaciones de estos últimos para con el personal que

ocuparen en obra, que fueren consecuencia de la referida relación laboral —art. 32, párrafo segundo de la ley 22.250—; etcétera.

Por el contrario, posiblemente por un olvido o defecto de técnica legislativa, se mantiene como obligación simplemente mancomunada, con los efectos propios de los arts. 691 y ss. del C. Civil, por lo que solamente ha de responder cada uno de los obligados en proporción a su respectiva parte, la responsabilidad “colectiva” del art. 1119 *in fine* del C. Civil, por el daño sufrido por transeúntes como consecuencia de cosas caídas o arrojadas a la vía pública desde un edificio, sin que pueda establecerse de qué parte del mismo proviieron; ello, en razón de que el art. 1121 del C. Civil que así lo dispone expresamente, no fue derogado ni modificado por la reforma de la ley 17.711, no pudiendo por lo tanto considerarse, como ya lo ha entendido nuestra doctrina, que el mismo fue tácitamente alcanzado por lo dispuesto en el ya referido agregado al art. 1109 del C. Civil, en razón de que la norma general no deroga a la especial: *lex specialis per generalem non derogatur*. En tanto que en un caso similar de responsabilidad colectiva por daños nucleares, que recae en varios “explotadores” en la medida en que no se pueda determinar con certeza qué parte de los daños ha de atribuirse a cada uno de ellos, la misma es solidaria —art. II, párrafo 3, apartado a) de la convención de Viena de 1963, ratificada por la ley 17.048—.

Simultáneamente, nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden que, cuando el damnificado tiene acción para demandar la indemnización de su perjuicio contra el autor directo del daño y contra el tercero civilmente responsable —casos del principal o comitente, padres por sus hijos mayores de diez años pero menores de 21, etc.—, pueden hacerlo conjuntamente contra ambos, o en forma indistinta, separada y sucesivamente, contra cada uno de ellos, por el total de la indemnización, por pesar sobre todos individualmente una responsabilidad plena o integral por las consecuencias del hecho ilícito; y que lo mismo sucede en los

supuestos de daños causados con intervención de cosas, en los que responden indistintamente por la totalidad de la reparación, pudiendo ser demandados conjunta o separadamente, tanto el dueño como el guardián de la cosa, cuando esas calidades recaen sobre distintas personas. En ambos casos se trata de las llamadas obligaciones *in solidum*, concurrentes o conexas, que son distintas para cada uno de los sujetos deudores, pero que se conectan por la circunstancia de tener idéntico objeto y por existir en favor del mismo acreedor, quién precisamente por esto tiene acción para reclamar el resarcimiento completo de todos o de cada uno de los responsables. Y también es concurrente la obligación que pesa en los casos de ruina de edificio, sobre el constructor e “indistintamente” el director de la obra y el proyectista, conforme al art. 1648 del C. Civil reformado por ley 17.711; la del heredero beneficiario que hizo pagos a pesar de la oposición de acreedores y legatarios —art. 3402 C. Civil—, con la de los acreedores así pagados, ya que cualquiera de ellos puede ser demandado indistintamente, sin necesidad de probarse la insolvencia del otro —art. 3403 C.C.—; y la del responsable civil del daño y la de su asegurador citado en garantía, que también es indistinta frente a la víctima del hecho dañoso, aunque las fuentes obligacionales sean diferentes: la comisión del hecho ilícito para el primero y el contrato de seguro celebrado y lo preceptuado en el art. 118 de la ley 17.418 para el segundo.

En cuanto a los legitimados activos, nuestro C. Civil en su art. 1079, acuerda la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, “a quién el delito ha dañado directamente”, es decir a la víctima, o si se prefiere al sujeto titular del derecho o bien jurídico inmediatamente lesionado por el hecho ilícito. O sea, si se trata de hechos contra la integridad corporal y psíquica de las personas, contra su libertad, honor, honra u honestidad sexual, etc., lo será el individuo herido o privado de alguno de esos bienes; y si se trata de delitos contra la propiedad, lo será en primer término el propietario, aunque eventual-

mente también pueda serlo el poseedor, el usufructuario o el tenedor, etc., en tanto sus derechos resulten inmediatamente afectados por el hecho ilícito —arts. 1095, 1110 y concordantes del C. Civil—. Pero el propio art. 1079 citado confiere igualmente la acción resarcitoria, “a toda persona que por el (delito) hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”; y concordantemente en el art. 29 inciso primero del Cód. Penal, se prescribe que: “La sentencia condenatoria podrá ordenar: La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero”. Vale decir que *prima facie* se consideran legitimadas activamente a todas las personas que, además de la víctima inmediata, hubiesen sufrido un daño indirectamente, por repercusión o reflejo (*par ricochet* dicen gráficamente los franceses), como consecuencia del mismo hecho ilícito. Pero de todas formas, la doctrina ha procurado precisar y circunscribir el número y calidad de los sujetos legitimados para accionar como damnificados indirectos, aunque la fijación de esos límites haya quedado, en general, en la mayor indeterminación y vaguedad. Así, en un principio se sostuvo que, como sólo corresponde reparación por los daños jurídicos, el perjuicio debe afectar a un interés legítimo jurídicamente protegido, y no a cualquier interés de “hecho” del declamante; el mero o “simple” interés no sería suficiente por respetable que fuese, dado que ellos sólo se toman en consideración cuando están “jurídicamente protegidos” y son, por lo tanto, propiamente “derechos”. Habría pues que distinguir entre quienes sufren un perjuicio meramente de hecho y quienes experimentan un daño verdaderamente jurídico, por mediar alguna vinculación *de iure* entre el damnificado indirecto y la víctima, ya que únicamente estos últimos y no los primeros tendrán acción. El simple perjuicio que resulta de los efectos reflejos del acto ilícito no basta, porque esos reflejos son comunes a todo acto dentro de la vida social; son siempre numerosísimas las personas que sufren o se benefician de hecho por los contragolpes y las irradiaciones de los sucesos desdichados o afortunados ocurridos a otra, y de esto

nadie puede válidamente quejarse, ni puede ser objeto de reclamación alguna. Así por ejemplo, si el accionante no podía exigir en justicia contra la víctima el pago de alimentos o dádivas, aunque de hecho los recibiera de la misma, mal podría reconocérsele una acción contra el autor del homicidio, para que éste le pague una indemnización, que vendría a ser el sustitutivo de aquellos beneficios a los que no tenía "derecho". Para quienes no comparten esa tesis, basta en cambio con que exista un mero interés de hecho lesionado por el acto ilícito, para que el culpable deba responder, y de ahí que admitan verbigracia, que en el caso de muerte o incapacidad de una persona para el trabajo, tengan acción la concubina o el lisiado que recibía una ayuda puramente voluntaria de parte de la víctima. Dicho diferendo doctrinal, por lo demás ya ha tenido exteriorización en algunos encuentros científicos celebrados en nuestro país, como las Jornadas sobre "Temas de responsabilidad civil" de Rosario, 1979, donde un sector mayoritario recomendó que: "El damnificado mediato debe acreditar la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido" —Andorno, Brebbia, Barbero, Kemelmajer de Carlucci, Rodríguez—, y otro que: "para que el daño cierto sea reparable basta la lesión a un simple interés siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público" —Mosset Iturraspe, Zannoni y Molinas—; y más recientemente, en las "Primeras Jornadas Bonaerenses del Derecho Civil, Comercial y Procesal", de Junín, 1984, en donde al tratarse el tema "El valor de la vida humana", se dio similar dualidad de pareceres, pero invirtiéndose el número de adherentes a una y otra postura, ya que en esta oportunidad la mayoría propició acordar el ejercicio de la acción indemnizatoria, a todos los que "acrediten una lesión a un simple interés de hecho, no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial".

Y de esos intereses simples o de hecho, a los intereses supraindividuales, colectivos o difusos, que la doctrina coloca a la par de aquéllos, hay un solo paso que nos introduce en



el tema de la legitimación activa grupal o de conjunto; ya que tales intereses pertenecen a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en la pretensión de goce de una misma prerrogativa por parte de cada una de ellas; de forma tal que la satisfacción de la porción de interés de cada individuo se extiende por naturaleza a todos, del mismo modo que la lesión a uno afecta simultánea y globalmente a todos los integrantes del conjunto comunitario. Por lo que bien se ha podido decir por Morello, Hitters y Berizonce, que se trata de derechos de los que, por extraña paradoja, nadie resulta titular exclusivo, a la par que son varios, un grupo o una categoría, sus beneficiarios<sup>19</sup>. De ahí que en las Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho de Punta del Este, año 1986, se aconsejara la concesión de legitimación activa a los grupos y asociaciones de consumidores, como también al propio consumidor y a todo el que sufra un daño causado por el producto —Recomendación II, apartado 3-a), Comisión 1—; ello como un aspecto de un tema mayor, la legitimación activa de los “cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada”, del que se habían ocupado antes las “Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” de 1984 —Recomendación VI-B del Tema 6—; o, la creación de una figura como la del “fiscal público” u *ombudsman* del régimen sueco, comisionado parlamentario representante de las acciones de clase, que se dan ante la existencia de un número considerable de partes relacionadas por un problema genérico o común, pero difuso para cada uno en particular, procurando así evitar la multiplicación de procesos y el logro de pronunciamientos con fuerza vinculante para todos los miembros del grupo de que se trate.

Pero con todo, sin duda el tema más importante de todos los que nos ocupan se refiere al factor de atribución

<sup>19</sup> AUGUSTO MARIO MORELLO, JUAN CARLOS HITTERS, ROBERTO BERIZONCE, *La defensa de los intereses difusos*, en “J.A.”, 1982-IV, p. 700 y ss., núms. I y II.

de la responsabilidad civil, constitutivo precisamente de uno de sus elementos o requisitos configurantes.

El mismo durante mucho tiempo, bajo el imperio de la concepción subjetiva fundada exclusivamente en la culpa, fue erróneamente identificado con la imputabilidad por culpa o dolo, del agente del daño; así Aguiar y Colombo, entre otros, puntualizaban que la imputabilidad “resulta de una situación en virtud de la cual un hecho puede serle atribuido a una persona, considerando a ésta como la causa de ese hecho”<sup>20</sup>. Fue el Dr. Bustamante Alsina el primero que entre nosotros puntualizó que ello no era exactamente así; que el daño causado por una persona o cosa debía conjugarse además con un “factor” de responsabilidad que la ley reputa idóneo para atribuirla a una determinada persona, pero que dicho factor podía ser subjetivo u objetivo<sup>21</sup>. Subjetivo en la responsabilidad por el hecho personal, consistente precisamente en la imputabilidad por culpabilidad *latu sensu*, comprensiva a su vez del dolo o *animus nocendi*, y de la culpa propiamente del art. 512 de nuestro C. Civil, con sus distintas facetas de negligencia o no hacer lo debido, imprudencia o hacer lo no debido, e impericia o desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate; lo cual importa en suma que el autor material del perjuicio causado —*imputatio facti*—, pueda además ser tenido como “culpable” del mismo —*imputatio iuris*—. En tanto que en otros supuestos los factores de atribución son objetivos.

En cuanto a esto último, para algunos sólo existe un único factor objetivo atributivo de responsabilidad civil: el riesgo creado; el cual no sólo aparecería entonces en la responsabilidad por el hecho de las cosas, sino asimismo: a) en la del principal o comitente por el hecho de su dependiente, ya que como este último cumple un encargo en provecho o

<sup>20</sup> HENOCH D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1950, t. II, p. 206, n° 25; COLOMBO, ob. cit., p. 167, n° 60.

<sup>21</sup> BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., p. 271, núms. 730-731.

beneficio del patrón, es justo que éste soporte el riesgo de los daños que resulten de la actividad o el servicio que se le presta; b) en los hechos involuntarios, respecto de los cuales el riesgo se desprendería de la actuación misma de tales personas; porque por su edad, menores de diez años, o por alteración de sus facultades mentales, son proclives a dañar; c) en punto a relaciones de vecindad entre inmuebles contiguos, a cuyo respecto la responsabilidad que puede resultar de perturbaciones dañosas provocadas entre los mismos, provendría de la ruptura de la igualdad de trato y riesgos entre vecinos, mediante, precisamente, la creación de un riesgo excepcional y anormal; y d) inclusive en las obligaciones contractuales de fines o determinadas, en donde se persigue un resultado concreto y el deudor sólo puede exonerarse demostrando la existencia de un caso fortuito, las que, al decir de los Mazeaud, tal vez sean, aunque de lejos, el resultado de la teoría del riesgo <sup>22</sup>.

Nosotros en cambio adherimos al pensamiento del Dr. Bustamante Alsina, en el sentido de que son varios y distintos los fundamentos que han llevado a imponer legalmente, los supuestos específicos de responsabilidad objetiva. Así, se trataría de un deber de garantía a cargo del principal o comitente, convertido por ley en una suerte de fiador de su dependiente, en cuanto a la obligación de éste de indemnizar los daños y perjuicios resultantes de su propio acto ilícito; la "equidad" sería el fundamento en los daños causados involuntariamente; en las relaciones de vecindad el exceso de la normal tolerancia; y, por cierto, el riesgo creado, factor de las responsabilidades: por riesgo o vicio de las cosas, del art. 1113 segundo párrafo *in fine* C.C.; por el hecho de los animales —arts. 1124 y ss.—; por los daños provocados por la utilización de aeronaves, a terceros en la superficie de la tierra —arts. 155 y ss. Cód. Aeronáutico—; y de la "colectiva" del grupo de habitantes del inmueble del cual, sin saberse de donde provino, fue arrojada o cayó una cosa sobre la vía

<sup>22</sup> MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 1, vol. I, p. 104, nº 90-2.

pública, dañando a uno o más transeúntes. Pero hay que remarcar e insistir en que la recepción en nuestro derecho de la teoría del riesgo se ha producido sin desplazamiento de la culpa, la cual continúa vigente como regla general en materia de responsabilidad civil; dado que los factores objetivos de atribución no han sido consagrados como principios contrapuestos a la responsabilidad subjetiva, sino sólo y específicamente para sectores especiales, previamente delimitados, que pasan a tener un régimen de excepción frente al sistema genérico básico.

Finalmente, complementando y mejorando el sistema resarcitorio de la responsabilidad civil, al que vienen a sumarse pero sin excluirlo, aparecen los institutos de la solidaridad social y de los seguros, destinados a proporcionar a los damnificados una mayor certeza en cuanto a la reparación de sus perjuicios; dado que no exigen que la conducta dañosa sea antijurídica, ni que sea imputable a un autor sindicado como responsable, porque, en todo caso, también a la colectividad toda le incumbe responsabilidad, por permitir actividades o el uso de cosas que resultan peligrosas; lo que equivale a decir que todos somos en alguna medida partícipes y culpables de los daños y riesgos que genera la vida económico-social. Tales sistemas pretenden, en suma, acordar protección frente a los hechos dañosos, basados en criterios de dilución o distribución de los perjuicios sobre la comunidad toda, por razones de solidaridad social; lo que por cierto es bien distinto a descargar todos los costos del progreso, sobre quien en el desarrollo de su actividad ocasione daños. De esta forma se ha entrado ya, de lleno, propiamente en el campo de lo que se ha dado en llamar la "socialización" de la responsabilidad civil. Pero debe dejarse bien aclarado desde ya, siguiendo a André Tunc, que contrariamente a lo que se desprende de ideas muy extendidas en algunos países no socialistas, esta problemática no tiene ninguna implicancia de tipo político, y que carece de todo fundamento racional la creencia de que el abandono de la culpa como criterio de responsabilidad, puede abrir las puertas al socialismo; ya

que sucede en realidad lo opuesto, son los países socialistas los que más se aferran a la importancia de la culpa, con la esperanza de poder así combatir mejor la desidia y la negligencia <sup>23</sup>.

En teoría parece sin duda ideal, que todos los daños accidentales sufridos por cualquier persona, pudiesen recibir la correspondiente reparación; aunque esta idea no es tampoco novedosa, pues ya en 1881 Oliver Wendell Holmes había señalado que se podía concebir al Estado como un asegurador mutuo contra todos los accidentes, repartiendo entre todos sus habitantes la carga de la totalidad de las desgracias sufridas por los mismos; pese a que luego de tal reflexión él mismo expresaba su fervoroso deseo de que tal eventualidad no se concretara jamás. Pero, como bien lo apunta Tunc, ello no se ha podido lograr todavía en ninguna parte del mundo, a no ser en Nueva Zelandia, en donde la "Accident Compensation Act" del año 1972 cubre globalmente, por medio de tres fondos de garantía sucesivos y supletorios, sustentados con tasas y recursos del tesoro nacional, los siguientes riesgos: 1) todos los daños sufridos por los trabajadores, sea por accidentes o enfermedades profesionales; 2) subsidiariamente, siempre que no se hallaran alcanzadas por el primer fondo, a todas las víctimas de accidentes causados por la utilización de vehículos, o como consecuencia o en relación con tal utilización; y 3) por último, también a todos los damnificados por accidentes sobrevenidos en Nueva Zelandia, no contemplados en los dos fondos anteriores; lo que alcanza inclusive a los turistas, quienes apenas atribados al país reciben un folleto en el que se les hace saber sus derechos en tal sentido <sup>24</sup>. No obstante, el propio Tunc, quien considera a dicho régimen como "la propuesta no sólo la más moderna y radical, sino la más racional y práctica" a la problemática actual de los accidentes; de otra parte admite que resulta "claro que la introducción en

<sup>23</sup> ANDRÉ TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, Económica, 1981, p. 98, nº 121.

<sup>24</sup> TUNC ob. cit., p. 80 y ss., nº 95.

Francia de un sistema similar chocaría con pesadas cargas sociológicas, mucho más gravosas que en Nueva Zelanda”, y agrega desde un plano puramente teórico, que ello además supondría previamente que fuesen resueltos problemas muy delicados <sup>25</sup>.

Entre nosotros la idea tiene su antecedente en el derecho laboral, ya que el art. 10 de la ley 9688 sobre accidentes del trabajo, prevé la constitución de un fondo de garantía destinado a cubrir toda indemnización “que dejare de abonarse por insolvencia absoluta de los empleadores”; y la Resolución 11.945/74 de la Superintendencia de Seguros de la Nación contempla otro fondo para la cobertura del seguro forzoso antes mencionado. Igualmente la Convención de Viena de 1963 sobre accidentes nucleares, ratificada por la ley 17.048, también estatuye la responsabilidad del Estado de la instalación nuclear, en cuanto al pago de las indemnizaciones por accidentes nucleares, en la medida en que el seguro o la garantía que debe mantener el “explotador”, no alcancen para cubrir aquéllas —art. VII, apart. 1 *in fine*—. Sin embargo, aparte de otras dificultades, la implementación entre nosotros de un sistema de seguridad social de ese tipo parece ilusoria, si se tiene en cuenta que los fondos de garantía deberían ser mantenidos por el Estado, que ha demostrado ser tan mal administrador; como así los efectos negativos de la ya crónica crisis económica en la que nos hallamos inmersos, la que, verbigracia, ha llevado a la descapitalización de las Cajas previsionales, al punto de imposibilitarles el regular cumplimiento de las prestaciones a su cargo, como bien lo ha puntualizado Gabriel Stiglitz en su reciente tesis doctoral sobre *Daños y perjuicios* <sup>26</sup>.

Descartada pues entre nosotros la viabilidad de un sistema completo de seguridad social, como una solución intermedia, que a la vez puede constituirse en un paso previo a aquella otra etapa, cabe considerar la imposición de seguros

<sup>25</sup> TUNC, ob. cit., p. 83, n° 99.

<sup>26</sup> GABRIEL A. STIGLITZ, *Daños y perjuicios*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1987, p. 81, n° 3-k y p. 114, n° XVI.

forzoso obligatorios. Recordemos ante todo que el seguro, en opinión de muchos autores, ha contribuido en buena medida al cambio operado en el campo de la responsabilidad civil, desde los tiempos de su exclusiva fundamentación en la culpa y hasta la actual concepción objetiva de la mera repartición de los daños; y que no en vano se le asigna también especial importancia, entre las razones del éxito de la teoría del riesgo, porque, como lo señalaran los Mazeaud, Savatier y Lalou entre otros, los jueces son con mayor facilidad proclives a tener por responsables a quienes están asegurados, independientemente de que exista o no alguna culpa de su parte <sup>27</sup>; lo que lleva a concluir a Philippe Le Tourneau, que “el seguro es causa y efecto. Causa, porque los magistrados no hesitan en condenar por daños y perjuicios a quien está asegurado, porque en definitiva ello no afectará a su patrimonio. Y efecto, porque mientras el seguro de responsabilidad civil fue poco común, resultaba muy difícil condenar a una persona ‘inocente’ a pagar la reparación” <sup>28</sup>. Por otra parte, si para lograr que la víctima sea siempre resarcida, resulta necesario brindarle un deudor solvente, la solución puede efectivamente pasar por el meridiano del seguro; el cual sólo habrá de implicar un cambio de partes, ya que el “asegurador” sustituirá normalmente al “asegurado” en toda reclamación de daños, pero sin que ello importe modificación de los principios de la responsabilidad civil, salvo en cuanto a ese traslado del deber de responder del causante del daño a un tercero, considerado en mejores condiciones de absorber el riesgo de la indemnización <sup>29</sup>. De esta manera, la orientación hoy prevaleciente tiende al régimen del seguro forzoso para toda actividad o cosa riesgosa

<sup>27</sup> MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, p. 14 y ss., n° 15; RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª ed., Paris, Libr. Générale de Droit et Jurisprudence, 1951, t. II, p. 326, n° 741; HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., por Pierre Azard, Paris, Libr. Dalloz, 1962, p. 821, n° 131.

<sup>28</sup> PHILIPPE LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1976, p. 5 y sig., n° 9.

<sup>29</sup> FRIEDMANN, ob. cit., p. 144 y sig.

Entre nosotros, el seguro obligatorio se encuentra: a) en la ley 19.628, que implementó un seguro de vida colectivo obligatorio para espectadores de justas deportivas, cuyas indemnizaciones, fijadas en pesos ley 18.188, han quedado por completo desactualizadas, y carecen incluso de todo sentido desde un punto de vista práctico, por su ya inexistente significación económica; b) en el Cód. Aeronáutico —ley 17.285—, que obliga al “explotador” de aeronaves, “a constituir un seguro por los daños previstos en los límites del Título VII” —art. 192—, o sea por los sufridos por: pasajeros, equipajes, mercancías transportadas y tripulación, como asimismo por los terceros en la superficie, sea por causas inherentes a la propia aeronave en vuelo o por abordaje de dos o más aeronaves; y c) en la Convención de Viena de 1963 sobre accidentes nucleares, ratificada por ley 17.048 de 1966, que también impone al “explotador” de la instalación nuclear, el deber de “mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por daños nucleares”, cuya cuantía, naturaleza y condiciones serán fijadas por el estado de la instalación —art. VII, apart. 1—; estos dos últimos con un sistema realista, que fija en cambio la indemnización utilizando como unidad o medida de cuenta una moneda fuerte, como lo es el “argencino oro” de la ley 1130 en el caso del Cód. Aeronáutico, y en la Convención de Viena el dólar de los Estados Unidos, pero por su valor oro al día 29 de abril de 1963, que era de 35 dólares por onza troy de oro fino. Con relación al seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños causados a terceros por la utilización de automotores, que constituye la tendencia actual de las legislaciones más avanzadas, como entre otras las leyes: austríaca de 1937, alemana de 1939, francesa de 1958, española de 1962, belga de 1967, italiana de 1969, etc.; el mismo apareció impuesto entre nosotros en el art. 142 de la derogada ley nacional de tránsito 22.934, pero en cambio no se lo exige en la ley 13.893 y su modificatoria 14.224, cuya vigencia fuera reimplantada por la ley 23.181, que al mismo tiempo dejó sin efecto a aquélla. No obstante, el punto ha sido ob-



jeto de recomendaciones en encuentros jurídicos, como ser las "Segundas Jornadas de Derecho Civil" de Corrientes, 1965 —Recomendación II. 4/a. - e, Comisión 2—, y las "Primeras Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal" de Junín, 1984 —Recomendación 7-2, *de lege ferenda*, Comisión 1—; y además existen algunos antecedentes en las legislaciones locales: como ser la ley 321 de Misiones, luego derogada por la ley 591; la 1271 y modificatorias de San Juan; o el art. 113 de la ley 5800 de tránsito de la Provincia de Buenos Aires, el cual sin embargo carece de hecho de vigencia por falta de reglamentación, según lo resolviera un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires del 7 de setiembre de 1971, *in re* "Marrone" <sup>30</sup>, en el cual sin embargo se destacaba la "función eminentemente social de ese seguro" que obliga a todo aquél que quiera ejercitar su derecho de transitar con automotor, a "contratar un seguro a favor de terceros", atento que "está de por medio nada menos que la vida y la salud de todos los habitantes de la Provincia, bienes supremos éstos, que el Estado se ha propuesto velar".

Como contrapartida, en estos sistemas no rige el principio de la reparación integral o plena, ya que se suelen poner límites a la misma de dos maneras distintas, que incluso pueden combinarse. A veces lo que se dispone es una tarificación máxima de la indemnización a que pueda tener derecho el sujeto damnificado; como ocurre por ejemplo con el art. 8 de la ley 9688 y sus modificaciones, cuyo tope es de 1.000 veces el salario diario definido por su art. 11, sin que se puedan superar por otra parte 10 años de salarios mínimos; o con la indemnización de hasta 1.000 argentinos oro de la ley 1130 por pasajero o 2.000 argentinos oro por muerte de terceros en la superficie, de los arts. 144 y 160, respectivamente, del Cód. Aeronáutico. Otro sistema es en cambio el de establecer limitaciones máximas para la totalidad de los daños, cualquiera hubiese sido la cantidad de damnificados:

<sup>30</sup> "Revista de Derecho de Seguros", La Plata, ed. Librería Jurídica, año 1, nº 3, p. 191; Revista "Doctrina Jurídica" de la Fac. de Derecho de la Universidad Católica de La Plata, ejemplar del 22-10-71.

como sucede también en el Cód. Aeronáutico, que responsabiliza al "explotador" por cada accidente, sólo "hasta el límite de la suma equivalente en pesos moneda nacional al número de argentinos oro, de acuerdo a la cotización que éstos tengan en el momento de ocurrir el hecho", conforme a una escala que se va incrementando de 2.000 argentinos oro para aeronaves que no excedan de 1.000 kgs. de peso y llega hasta 43.000 argentinos oro para las que pesan 50.000 kgs., y más un plus de 0,37 de argentino oro por cada kilogramo que supere aquel peso; o en la Convención de Viena ratificada por ley 17.048, que fija una limitación global por la totalidad de los daños de responsabilidad del explotador, hasta una suma no inferior a cinco millones de dólares de los Estados Unidos por cada accidente nuclear, con exclusión de intereses devengados y gastos y costos del juicio —art. V, números 1 y 2—.

Aunque con esas limitaciones propias, casi inevitables, el seguro forzoso constituye quizá, de momento, uno de los instrumentos más aptos para brindar soluciones razonablemente satisfactorias a los problemas de la responsabilidad civil; por lo que bien puede concluirse que el eje de la reparación que antes pasaba, necesaria y excluyentemente, por la responsabilidad civil, hoy se está desplazando hacia el instituto del seguro. Tanto es así que se ha podido señalar por Savatier, la existencia de una suerte de indivisibilidad de hecho entre la responsabilidad y el seguro que la cubre, como así también que cuando ambos funcionan en conjunto lo hacen de una manera distinta, a cuando se trata de cada uno de ellos en forma separada<sup>31</sup>.

Pero aun fuera del ámbito de la obligatoriedad, sin duda el seguro de daños ha alcanzado hoy una gran importancia, en especial en punto al riesgo de responsabilidad civil frente a terceros, donde su influencia ha logrado los niveles más destacables; por lo que la pretensión de considerar en forma más o menos completa el fenómeno de la dañosidad

<sup>31</sup> SAVATIER, ob. cit., t. II, p. 326, nº 741.

y del deber de resarcir, no puede prescindir del tratamiento de la función que sobre esto último cumple el seguro voluntario.

El contrato de seguro, dice De Cupis, cumple la previsión de quien teme llegar a ser perjudicado o responsable <sup>32</sup>; de forma que mientras algunos seguros de daños atienden a los perjuicios que pueda sufrir directamente el asegurado en sus propios bienes, sea por el hecho de otros o por una causa extraña, el de responsabilidad civil viene a cubrir al asegurado de las consecuencias patrimoniales del deber, puesto a su cargo, de resarcir los daños ocasionados a un tercero o terceros, por un hecho a él atribuido. No es desechable por lo demás, la posibilidad de concurrencia de ambos tipos de seguros de daños; y cuando ello sucede, destaca Tunc, el seguro directo puede constituir una razón para reducir la responsabilidad, o inclusive, tal como ocurre en materia de accidentes de la circulación cuando los damnificados poseen un seguro total, para suprimir a su respecto la necesidad de toda búsqueda o indagación sobre posibles responsabilidades <sup>33</sup>.

En nuestro ordenamiento, el régimen del seguro voluntario de responsabilidad está contemplado en la ley 17.418, que en su Capítulo I establece normas generales para toda clase de seguros, y en el II, que se ocupa del seguro de daños patrimoniales, después de algunos principios comunes a toda esta especie de seguros —arts. 60 a 84—, regula en particular a cada uno de ellos, dedicando al de responsabilidad civil sus arts. 109 a 120 —Sección XI—. El art. 109 de dicha ley, precisamente, dispone que por ese seguro, “el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato”; o sea que estrictamente el seguro voluntario de responsabilidad civil —lo dice Brebbia—, no tiene por finalidad proteger a la víctima del daño, sino mantener indem-

<sup>32</sup> DE CUPIS, ob. cit., p. 742 y sig., n° 141.

<sup>33</sup> TUNC, ob. cit., p. 127, n° 154.

ne el patrimonio del asegurado <sup>34</sup>; no obstante lo cual existen otras opiniones que asignan una función social a dicho seguro, el que tendría en mira la protección de los terceros damnificados, tal como lo entendieron en general los jueces de la minoría en el plenario de la Cámara Nacional Especial Civil y Comercial del 15-5-82, *in re* "Mustafá c/Núñez" <sup>35</sup>, y lo ha resuelto por ejemplo la Cámara 1ª Civil y Comercial de Mar del Plata, sala IIª, en su fallo del 28-5-82 en los autos "Hernandorena c/Martin" <sup>36</sup>. De todas formas, al margen de esa controversia, lo cierto es que nuestro derecho positivo concede una efectiva protección a los terceros damnificados, en el art. 118 de la ley 17.418, atribuyendo al crédito de aquéllos un privilegio, o prioridad de cobro, sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia incluso sobre el propio asegurado y cualquier acreedor de éstos, aun en caso de quiebra o de concurso civil; como así posibilitando la citación en garantía del asegurador en el mismo juicio instaurado contra el responsable civil, en cuyo caso la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable en su contra en la medida del seguro. Por lo que bien puede propiciarse, como lo hace Gabriel Stiglitz, el encasillamiento del seguro voluntario dentro de las técnicas *latu sensu* resarcitorias, sin perder de vista el notorio emparentamiento existente entre la responsabilidad civil y los seguros de daños, y muy en especial con los destinados, precisamente, a cubrir aquélla <sup>37</sup>.

Luego de esta reseña, que no pretende ser ni novedosa ni exhaustiva, se imponen algunas reflexiones finales a manera de corolario.

Pensamos que hoy ya no es posible discutir, en cuanto dato de la realidad circundante, la objetivación que se ha ido

<sup>34</sup> ROBERTO H. BREBBIA, *Problemática jurídica de los automotores*, Buenos Aires, 1984, t. 2, p. 93 y sig., parágr. 27 y p. 103 y sig., parágr. 30.

<sup>35</sup> "L.L.", 1982-C-323; "J.A.", 1982-III-477; "E.D.", 102-811; "Rev. Jurídica Argentina del Seguro, La empresa y la responsabilidad", abril-junio de 1983, n° 2, p. 117 y ss.

<sup>36</sup> "E.D.", 102-307.

<sup>37</sup> STIGLITZ, *ob. cit.*, p. 93, n° 1-b).

operando en el derecho de daños, a influjo de los continuos adelantos científicos y tecnológicos, y de los riesgos cada vez más graves y frecuentes que son su ineludible consecuencia. Pero todo ello se ha producido, al menos hasta el momento presente, sin total apartamiento del principio básico de la culpa, que sigue siendo fundamento y requisito de la responsabilidad civil. Ello resulta de toda obviedad en algunas de las manifestaciones de esa objetivación ya consideradas, como las relativas a la prevención de los riesgos, a la nómina de los daños resarcibles, o al aumento del número de personas legitimadas activa o pasivamente para el ejercicio de la acción resarcitoria; todas las cuales, va de suyo, son de por sí totalmente extrañas a la problemática de la culpa. No sucede lo mismo, en cambio, cuando se trata de los factores objetivos de atribución de la responsabilidad, respecto de los que ya se dijo que fueron apareciendo al lado de la culpa, pero sin excluirla como regla general en la materia; aunque sin duda esta última debe ahora coexistir con importantes excepciones para sectores particulares bien delimitados, como son los ya aludidos: de la responsabilidad por riesgo, de la equidad, del exceso en la normal tolerancia entre vecinos, etc. Y finalmente cabe señalar que los sistemas de cobertura social o de seguros forzosos, y por cierto menos aún los voluntarios, tampoco importan la supresión de la responsabilidad civil; ya que, como lo señalara Wolfgang Friedmann: "es evidente que ningún sistema jurídico existente, ya sea de tendencia socialista o de tendencia capitalista, ha mostrado hasta ahora ningún deseo de abolir por completo la responsabilidad por daños"<sup>38</sup>. Por lo que puede afirmarse que, aun en un marco estructurado sobre la base de la seguridad social, al margen de la transformación conceptual que ello pueda significar, de todas maneras "la responsabilidad civil y otras vías del derecho privado fundantes de la función resarcitoria, seguirán operando como regla general aplicable en el ámbito de la reacción jurídica a la dañosidad"<sup>39</sup>; por

<sup>38</sup> FRIEDMANN, ob. cit., p. 178.

<sup>39</sup> STIGLITZ, ob. cit., pp. 75 y 77, nº 3-e) y e).

cuanto en los hechos, como recuerda Tunc, "lo más corriente es que ambas coexistan, tanto en los países socialistas como en los otros. Ello es necesario. El principal problema del derecho de la responsabilidad civil en la hora actual es precisamente de delimitación de los campos respectivos y relaciones legítimas de la responsabilidad por culpa y de los medios colectivos de indemnización" <sup>40</sup>, ya que todavía un vasto sector de la realidad no sólo requiere que sobreviva la concepción clásica de la responsabilidad civil por culpa, sino que inclusive le impone vivificarse, aunque en otros ámbitos deba prevalecer la seguridad social o la aseguración <sup>41</sup>.

Sucede que, en definitiva, resulta impensable en términos absolutos un sistema de responsabilidad sin culpa. El derecho está destinado a regular la vida del hombre en su coexistencia en sociedad, y es obvio que se refiere única y exclusivamente al ser humano. Y siendo ello así, va de suyo que la conducta humana no puede ser juzgada desatendiendo o subestimando a lo más valioso del individuo en sí, que es su conciencia. De ahí la importancia fundamental de la culpa, que como factor de atribución de la responsabilidad tiene un indudable sentido moral; pues, como muy bien lo decía Llambías, "hablar de responsabilidad es suscitar una idea de reproche, de censura, que se formula sobre el comportamiento, lo que justifica la imposición de una sanción al responsable" <sup>42</sup>. En suma, la conducta humana ha de ser juzgada según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético; todo lo cual apunta a lograr la perfección del ser humano, y por ello mismo contribuye a organizar y a mantener un orden social impregnado de justicia. De lo contrario, como también lo señalaba Llambías, el derecho se convertiría precisamente en lo que no debe ser y, afortunadamente, no es: una mera física de las acciones humanas.

<sup>40</sup> TUNC, ob. cit., p. 108, nº 138.

<sup>41</sup> ANDRÉ TUNC, *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile delictuelle*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", París, 1967, p. 757.

<sup>42</sup> LLAMBIÁS, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. III, p. 523, nº 2.147

Pero desde otra perspectiva, a tenor también de lo ya expuesto, se advierte la imperiosidad de una revisión del sistema de la responsabilidad civil, tomando como punto de partida el daño y la necesidad de repararlo.

Se trata en definitiva de dos enfoques diferentes: el tradicional de indagación de la autoría del hecho dañoso para hallar al responsable, y el más moderno de la atribución de las consecuencias de aquél para imponer el deber de reparar; los que no obstante no se contraponen ni resultan incompatibles entre sí, como muy bien lo destacara hace ya más de 10 años el maestro, aquí presente, Dr. Bustamante Alsina, en su trabajo *Nuevas fronteras de la responsabilidad civil*, publicado en el tomo 1975-D de la Revista "La Ley". Trabajo éste al que he de permitirme ocurrir ahora, para concluir esta charla, limitándome simplemente a reproducir unas pocas, espléndidas, frases del mismo, insusceptibles por cierto de mejor formulación, para expresar el pensamiento al que hoy adhiere plenamente y sin reservas el que habla: "La revisión del sistema de la responsabilidad civil no significa un dar vuelta las cosas, un destruir los cimientos para edificar de nuevo. Significa aceptar los dos enfoques y armonizarlos. Significa ampliar las fronteras de la responsabilidad civil: más allá de la culpa, sin excluirla. Más allá de la responsabilidad individual, sin desecharla"<sup>43</sup>.

Nada más, y muchas gracias a todos por vuestra indulgente paciencia.

<sup>43</sup> JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Nuevas fronteras de la responsabilidad civil*, en "L.L.", 1975-D y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 236 y sig.





EL VALOR ECONÓMICO DE LA VIDA  
HUMANA Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO  
PATRIMONIAL CAUSADO  
POR HOMICIDIO

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge  
Bustamante Alsina, en la Academia Nacional  
de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
en la sesión pública del día 14 de mayo de 1987*



*Apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Marco Aurelio Risolía*

Con este acto, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales que tengo el honor de presidir abre la serie programada de sus reuniones públicas para el corriente año académico.

Tales reuniones trasuntan el propósito de divulgar la acción empeñosa de nuestras entidades; de difundir y arraigar fuera de ellas, en la sociedad que acoge o rechaza las conquistas o las claudicaciones del derecho, la perenne ambición de instituir un orden justo, por cuya instrumentación feliz se afanan los hombres y los pueblos.

El expositor de esta tarde, Dr. Jorge Bustamente Alsina, nuestro miembro de número, ciertamente no necesita —como ninguno de sus colegas— palabras de presentación. Ha enseñado y sigue enseñando derecho civil desde hace largos años; ha ejercido la profesión asiduamente; ha gobernado nuestra querida Casa de Estudios; ha integrado el Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires y el Tribunal de Ética Forense; ha sido conjuer en la magistratura federal; y me fue dado aplaudir su dinámica y fecunda actuación cuando, en uno de mis pocos aciertos, lo designé para dirigir el Departamento de Extensión Universitaria durante mi ya remoto Decanato.

Lo que me interesa destacar es que el tema que hoy ha elegido para su disertación forma parte de una de sus preocupaciones científicas preferentes: *Teoría general de la Responsabilidad Civil; Responsabilidad Civil y otros estudios;*

*Nuevas fronteras de la Responsabilidad Civil; Pluralidad de sujetos civilmente responsables; Responsabilidad por daños que causan productos elaborados; Responsabilidad médica, etc.,* son algunos de los títulos que acreditan su vocación por el estudio integral de tan delicado asunto, sin perjuicio, por cierto, de otros temas acuciantes, como los que se analizan en sus trabajos sobre la reforma de 1968, sobre la mora en el cumplimiento de las obligaciones, sobre las deudas de dinero y las deudas de valor, etc., etc.

Me complace señalar los términos de esta consagración digna y fecunda a nuestra más cernida temática.

Y no digo más porque juzgo que basta lo dicho y prefiero escuchar con la atención que el asunto y el expositor merecen.

Doctor Bustamente Alsina: Queda usted en uso de la palabra.

# EL VALOR ECONÓMICO DE LA VIDA HUMANA Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL CAUSADO POR HOMICIDIO

1. La vida humana como derecho de la personalidad y su valor económico. - 2. Personas legitimadas para demandar la reparación en caso de homicidio. - 3. Entidad, prueba y cuantía del resarcimiento.

## 1

### LA VIDA HUMANA COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y SU VALOR ECONÓMICO

La vida del hombre es un derecho de la personalidad que el orden jurídico ampara junto con la integridad física, la salud, la libertad, el honor, y el secreto de la vida privada. Desde el punto de vista del pensamiento lógico, la vida es una categoría esencial o existencial a la cual se subordinan las demás categorías que, como cualidades propias del hombre, lo ubican en el plano ontológico. Puede afirmarse así que la vida es, en el orden de los derechos de la personalidad, el primero, y por ello, el principal entre todos ellos pues si se suprime la vida dejan de existir los demás derechos personalísimos que, como atributos o calidades adjetivas del ser humano comienzan y terminan con su existencia.

Sin embargo, desde el punto de vista axiológico todos los derechos de la personalidad son valores de igual jerarquía, porque el interés jurídico que protegen es el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen

a la persona humana cuya unidad como ser ético físico no tolera el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos que son parte inescindible de su existencia misma. Aunque la existencia física no experimente daño alguno, el desmedro de los otros bienes significaría privación o lesión de su goce, frustrándose un interés legítimo que el orden jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad del hombre.

Los derechos de la personalidad son aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos<sup>1</sup>.

La vida es un bien jurídico porque a través de la existencia la persona obtiene la satisfacción de intereses legítimos, es decir amparados por la ley, o sea de todos aquellos intereses que proporcionan al hombre utilidad, goce o disfrute de necesidades o beneficios materiales o meramente espirituales. Dice Vélez Sarsfield en la nota al art. 2312 citando a Duranton, Touiller y Marcadé que "hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos puede dar lugar a una reparación, que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal, es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si pues los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien 'in jure'. Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza, mas jurídicamente ellas no hacen parte de sus bienes. En la jurisprudencia sólo se considera bien lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos o placeres, lo que puede

<sup>1</sup> SANTOS CIFUENTES, *Los derechos personalísimos*, 1974, p. 137.

en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo. El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. . .”.

Del análisis de esta nota resulta que para el Codificador los derechos de la personalidad, en los que no incluye la vida, sino aquellos que tienen su origen en ella, aunque son derechos, no son sin embargo bienes en sentido jurídico. Es que para Vélez Sarsfield el concepto de bien aun admitiendo que sirve para satisfacer necesidades humanas, es considerado en función de su valor pecuniario o sea en la posibilidad de aumentar o enriquecer el patrimonio. El art. 2311 tiene su fuente en Freitas, como se cita en la nota. El art. 319 y el art. 320 del *Esboço* establecen que los objetos que siendo susceptibles de una medida de valor no fueren objetos materiales no se reputan cosas sino bienes, denominación que también corresponde al conjunto de cosas y bienes que forman el patrimonio. Para Freitas y para Vélez el signo común de las cosas y de los bienes es su patrimonialidad y su diferencia su materialidad o inmaterialidad.

Sin embargo la doctrina moderna admite que los derechos de la personalidad son bienes jurídicos que gozan de la tutela legal<sup>2</sup>. Para un autor<sup>3</sup> “el bien jurídico protegido por los derechos de la personalidad, es, genéricamente, la autoexistencia de la persona”. Para otros, los derechos de la personalidad presentan la originalidad de no tener un objeto mismo<sup>4</sup> y constituyen por lo tanto derechos extrapatrimoniales cuya violación como lo admite el propio Codificador en la nota citada “puede dar lugar a una reparación que constituye un bien jurídicamente hablando”. Son terminantes en este sentido los arts. 1068 y 1075 del Código Civil. El primero en cuanto dispone que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio

<sup>2</sup> ALFREDO ORGAZ, *Personas Individuales*, 1946, p. 13, “aunque para este autor no son verdaderos derechos subjetivos sino presupuestos jurídicos de la persona individual”.

<sup>3</sup> KARL LARENZ, *Derecho Civil —Parte General—*, 1978, p. 274.

<sup>4</sup> JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, 1977, p. 164.

o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". El segundo prescribe : "Todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona".

Tal vez sea oportuno formular algunas aclaraciones conceptuales sobre lo que entendemos por bienes en sentido amplio y por bienes en sentido estricto.

En sentido amplio entendemos por bienes todo aquello que sirve a la satisfacción de las necesidades humanas, sean éstas materiales, espirituales, afectivas o estéticas, y que constituye lo que se llama intereses legítimos porque gozan de protección legal. El ataque a esos bienes atribuye al titular de ellos poderes de actuar en su defensa y constituyen por lo tanto verdaderos derechos subjetivos.

Dentro de este concepto lato, los derechos de la personalidad son bienes jurídicos y aunque no son susceptibles de valoración económica, o sea que son bienes extrapatrimoniales, su violación llega a tener significación pecuniaria porque pueden causar daño patrimonial indirecto.

En sentido estricto, bienes son todos los objetos materiales e inmateriales apreciables económicamente y por ello forman parte del patrimonio. Los objetos materiales son las cosas y los inmateriales son los derechos, también denominados bienes en un sentido aun más restringido.

De lo que llevamos dicho resulta que los derechos de la personalidad, no tienen en sí mismos un valor económico pues son derechos extrapatrimoniales, pero cuya violación puede dar lugar a una reparación del daño material o moral que se satisface en una suma de dinero, esto es en un valor pecuniario.

Es que los derechos de la personalidad aunque considerados en sí mismos no tienen valor económico. Son sin duda bienes de la mayor importancia porque el hombre los posee por su calidad de tal y le sirven para desenvolver su personalidad en el ámbito de la sociedad en que vive satisfaciendo sus necesidades materiales y los fines éticos que está destinado a cumplir.



Señala Orgaz <sup>5</sup> que desde el comienzo de este siglo, por lo menos, a veces con timidez, más tarde con progresiva firmeza, ha surgido en la jurisprudencia de nuestro país, la doctrina según la cual la vida humana tiene, por sí misma, valor económico o patrimonial, con prescindencia por tanto, de lo que ella produzca o pueda producir y aunque su productividad futura sea puramente eventual o hipotética.

Esta fue una inteligente creación jurisprudencial que se justificaba cuando el Código Civil sólo autorizaba la indemnización del daño moral en caso de delitos del derecho criminal (art. 1078, hoy derogado). Resultaba tan irritante <sup>6</sup> la solución legal, era tan injusto privar a las víctimas de un hecho ilícito (aunque no fuera delito de derecho criminal) de la indemnización del daño moral, que los Tribunales encontraron una vía para indemnizarlo sin decir que se indemnizaba: de ahí surgió la doctrina de que la vida humana tiene un valor económico por sí misma. Después de que la ley 17.711 reformó el art. 1078 admitiendo la reparación del daño moral sufrido como consecuencia de un hecho ilícito aquella jurisprudencia que había declarado que la vida humana es un valor económico de por sí resarcible no tiene ya sustento.

Esta jurisprudencia que data de los primeros años de este siglo según se advierte en nota anónima de "J.A.", t. 10, p. 791, citada por Orgaz, ha sido una construcción verdaderamente pretoriana para salvar la injusticia que significaba dejar sin resarcimiento a los padres por la muerte de los hijos menores. Así en un fallo de 1891 citado por el mismo autor, el juez señalaba que la muerte de un niño de seis años, si no es por el agravio moral, no puede decirse que haya ocasionado a su padre un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Lo contrario sería establecer que la vida de un niño tiene un valor equivalente en dinero para su padre,

<sup>5</sup> ALFREDO ORGAZ, *La vida humana como valor económico*, "E.D.", t. 56, p. 851.

<sup>6</sup> GUILLERMO A. BORDA, *¿La vida humana, tiene por sí sola un valor económico resarcible?*, "E.D.", t. 114, p. 849.

lo que no es posible aceptar porque entrañaría una gran inmoralidad.

Es que la vida no tiene un valor económico en sí misma porque no está en el comercio y no tiene por lo tanto valor de uso o de cambio. Vale sí cuando puesta en relación con otras personas o con las cosas produce bienes y éstos sí son apreciables económicamente, pero, en consideración a sí misma, sin referirla al bien que produce o puede producir no puede cotizarse en dinero.

Nadie puede discutir que la vida humana así como las aptitudes de la inteligencia y del espíritu, la habilidad técnica y la misma belleza del rostro o del cuerpo representan un valor económico en cuanto son instrumentos de adquisición de ventajas económicas.

La vida es potencialmente una fuente de ingresos económicos y de ventajas patrimoniales susceptibles de formar un capital productivo. En este sentido puede decirse que la vida tiene un valor económico para quien durante su existencia despliega una actividad lucrativa, pero esa vida no está en el comercio para ser vendida, permutada o alquilada, no vale por sí misma sino por los frutos que la actividad humana produce. Una vida al extinguirse no ocasiona perjuicio a quien fuera portador de ella durante su existencia, y ello es así simplemente porque la muerte determina el fin de la persona; de suerte que no habrá ya sujeto titular de un supuesto resarcimiento.

Esto no significa que la desaparición de alguien no perjudique a otros. La privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de una persona reportaba a otros seres que gozaban o podrían gozar de aquellos, constituye un daño cierto y si se lesiona o ataca así un interés legítimo de un tercero el responsable de esa muerte debe resarcir el perjuicio causado, que ha de medirse no por un supuesto valor económico de la vida de la víctima sino por la cuantía del daño efectivamente sufrido. En este orden de ideas lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de

los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante que esta fuente de ingresos se extingue<sup>7</sup>.

No está demás puntualizar, como dice Zannoni<sup>8</sup> que ni la ley ni los pronunciamientos judiciales han atribuido un valor a la vida humana independientemente de la consideración de los damnificados por su pérdida, quienes obviamente no son el muerto. Traducida la doctrina judicial puede afirmarse que la vida humana tiene un valor económico para alguien que no es la víctima quien no sufre un menoscabo patrimonial ni moral por su propia muerte

El o los damnificados son siempre indirectos porque el perjuicio lo experimentan en sus propios patrimonios como consecuencia de la muerte de otro, o sea de la víctima del homicidio. Pero eso sí, quien quiera que reclame un resarcimiento no lo hará aduciendo que la vida tiene de por sí un valor económico, sino que habrá de legitimar su acción invocando y probando su interés legítimo afectado por el hecho ilícito, así como el daño cierto que la muerte de la víctima le ocasiona en su patrimonio, como consecuencia previsible de ese hecho, daño éste que se mide por la cuantificación del deterioro patrimonial que sufre el reclamante con prescindencia de un supuesto valor autónomo de la vida ajena.

## 2

### PERSONAS LEGITIMADAS PARA RECLAMAR LA REPARACION EN CASO DE HOMICIDIO

El art. 1079 del Código Civil establece el principio general expresando: "La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquél a quien

<sup>7</sup> Cámara Apelaciones de Bahía Blanca, "J.A.", 1959, II-567. Voto del Dr. PLINER.

<sup>8</sup> EDUARDO A. ZANNONI, *El daño en la Responsabilidad Civil*, 1982, p. 110.

el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta". Este principio aparece reafirmado en el art. 29 del Código Penal que concede la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero.

El amplio alcance que atribuye la ley respecto al derecho que tiene todo damnificado a reclamar un resarcimiento, parecía no tener límite alguno, bastando en caso de homicidio que se invoque un perjuicio patrimonial producido como consecuencia del delito. Si bien algunos autores lo interpretan así, no es menos cierto que aplicando ese artículo sin restricciones "podría lanzarnos en una vía peligrosa capaz de llevarnos en sus consecuencias lógicas hasta autorizar a la sociedad para demandar los perjuicios que sufre con la desaparición de un ser útil" <sup>9</sup>.

Va de suyo que nos referimos al daño que pueda invocar el damnificado "jure proprio" en concepto de "lucro cesante" y dejamos fuera de la cuestión aquel daño emergente que resulta de los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral, que se mencionan en la primera parte del art. 1084 del Código Civil. La cuestión que concita nuestro interés es el perjuicio que ocasiona la muerte de la víctima en cuanto a la pérdida de la vida misma y su eventual repercusión en el patrimonio de otros.

El daño cuyo resarcimiento puede pretender quien se considere damnificado indirecto debe reunir los requisitos generales del daño resarcible.

Debe tratarse de daño cierto, concepto que se opone a daño eventual o hipotético, y significa que el perjuicio pueda determinarse o comprobarse como ya sucedido, o sea actual, o bien como futuro que necesariamente ha de suceder como consecuencia del hecho, en el marco de la relativa certeza que la previsión humana puede atribuir a un acontecimiento que está por venir. En otras palabras el requisito

<sup>9</sup> J. O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, 1898, t. III, p. 360.

de la certidumbre existe cuando se trata de consecuencias que aparecen como la prolongación inevitable o previsible del daño actual ya sucedido. También se considera daño cierto la pérdida de una "chance", pues si con motivo del hecho ilícito se frustra la posibilidad de obtener una ganancia, no puede discutirse que esa posibilidad perdida tiene la certeza de la frustración, en sí misma, de un hecho futuro que hubiera podido o no proporcionar un beneficio a la víctima. La pérdida de esa posibilidad tiene un valor económico que debe cuantificarse en función de las circunstancias que podían atribuir mayor grado de certeza al resultado favorable.

El art. 1079 del Código Civil que tiene su fuente en Aubry et Rau establece que la acción de resarcimiento compete no sólo a la persona titular del interés inmediatamente protegido por la ley, sino a toda persona que haya sufrido por el delito, aun indirectamente. Dice Orgaz<sup>10</sup> que esta amplitud no puede interpretarse de modo que autorice a exigir el resarcimiento a todos los terceros que puedan exhibir una repercusión perjudicial cualquiera del acto ilícito en su patrimonio. Agrega Orgaz que hay que distinguir entre quienes sufren un perjuicio meramente de hecho y quienes experimenten un perjuicio jurídico, sólo estos últimos tendrían acción, no los primeros. El perjuicio jurídico es el que resulta de la lesión de un derecho o de un bien personal protegido por la ley. En consecuencia, siguiendo la doctrina general, tanto nacional como extranjera, el daño debe afectar un interés legítimo o sea un interés protegido por la ley.

En la doctrina nacional Mosset Iturraspe<sup>11</sup> piensa que el daño resarcible es el daño cierto, no siendo admisible la exigencia de un nuevo requisito: que el daño sea consecuencia de una lesión a un derecho subjetivo o a un bien jurídicamente protegido y dice que la lesión a un interés personal y directo "que no surge de una situación violatoria de una nor-

<sup>10</sup> ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible*, 1961, p. 124.

<sup>11</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, 1971, t. 1, p. 146.

ma de orden público” cuando asuma la condición de daño cierto “implica el perjuicio a que se refiere un precepto de tanta latitud como lo constituye el art. 1068 del Código Civil”. A su vez Zannoni <sup>12</sup> afirma que “exigir que el interés sustancial lesionado gozase, además, del poder de actuar para exigir su satisfacción o goce, no tiene fundamento en norma legal alguna”. El art. 1068 del Código Civil solamente alude al daño que se causa por el perjuicio hecho a los derechos o facultades sin requerirse el amparo de un interés legítimo.

Nosotros hemos sostenido <sup>13</sup> que la lesión de un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible y que ese interés debe ser tutelado por la ley, no bastando un interés de hecho o simple interés, sino que debe ser un interés jurídico o interés legítimo.

Pensamos sin embargo, después de una mayor reflexión sobre el tema particularmente referido a la acción de la concubina que pretende un resarcimiento por el homicidio de su compañero, que la cuestión no puede resolverse con absoluto rigor y que no es contrario a la ley admitir excepcionalmente una indemnización cuando se afecta un interés que aunque no se halle jurídicamente protegido, no es ilícito ni inmoral, si las circunstancias de hecho que rodean y califican un cierto comportamiento social justifican una solución de equidad, que de no contemplarse en un caso concreto conduciría a un resultado inicuo o groseramente injusto. Nosotros nos hemos referido a la iniquidad del fallo como causal de arbitrariedad de la sentencia en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en recurso extraordinario ha descalificado sentencias como acto judicial válido, más allá del marco normativo en que se coloca el juzgador cuando interpreta la ley o aplica principios jurídicos generales sin una razonable apreciación del resultado <sup>14</sup>. El Alto Tribunal ha dicho así reiteradamen-

<sup>12</sup> EDUARDO ZANNONI, op. cit., p. 15.

<sup>13</sup> JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5ª edic., 1987, p. 149, Nº 339.

<sup>14</sup> J. BUSTAMANTE ALSINA, *La iniquidad del fallo como causal de arbitrariedad de la sentencia*, “E.D.”, t. 115, p. 181.

te que "no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, porque su consideración es uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación que se efectúa y su congruencia con el resto del sistema en que está engarzada la disposición que se trata de aplicar" (Fallos 300-654). Así se expresó también que "la función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho" (Fallos 248-37).

La doctrina y jurisprudencia francesas han seguido una evolución favorable a la acción de la concubina contra el autor del acto ilícito por indemnización del daño ocasionado por el homicidio de su compañero.

H. y L. Mazeaud<sup>15</sup> expusieron su opinión a favor del resarcimiento expresando que no puede admitirse que solamente los acreedores de alimentos puedan tener derecho a reparación. Los parientes lejanos, dicen los citados autores, incluso los terceros pueden sufrir un perjuicio cierto, si fuera posible que el ahora difunto atendiera sus necesidades en lo futuro. Por lo tanto cabe encontrar algunas concubinas que estén en condiciones de alegar un daño cierto si invocan un concubinato que haya durado muchos años y que hubieran sido socorridas por su concubinario como una mujer por su marido. Sin embargo los autores nombrados destacan en la quinta edición del *Tratado* la opinión de Andre Tunc según la cual el interés que la concubina invoca no es un interés legítimo y respetable por lo que puede oponerse a su acción el aforismo *Nemo auditur est quod propriam turpitudinem allegans*.

En cuanto a la jurisprudencia francesa antes de 1937 se admitía la acción de la concubina, llegándose en sus lógicas consecuencias a resultados sorprendentes: hubo sentencias que acogieron demandas de varias concubinas que probaron que eran mantenidas por el difunto y que por lo tanto sufrían perjuicio. Estos fallos son criticados por André Tou-

<sup>15</sup> H. MAZEAUD y L. TUNC, *Tratado teórico práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, 5ª edic, Buenos Aires (1961).

lemon<sup>16</sup> quién se pregunta si la aplicación estricta del art. 1382 del Código de Napoleón impondría también la necesidad de admitir la acción del concubino por la muerte de la mujer que lo mantenía. Sería la aplicación de la máxima latina *Summum jus, summa injuria*, traducida al verso de Voltaire citado por Josserand<sup>16 b)</sup>: “un derecho llevado demasiado lejos, degenera en injusticia”.

A partir del fallo de la Corte de Casación del 27 de julio de 1937<sup>17</sup> los Tribunales franceses han puesto límite a esta interpretación que en sus lógicas consecuencias conducía a resultados intolerables. En esta sentencia que varió fundamentalmente la jurisprudencia, se estableció a propósito del reclamo de una concubina que “el actor que reclama una indemnización delictual o cuasidelictual debe justificar no un daño cualquiera, sino la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido”. El rechazo de toda acción en reparación del perjuicio causado por la cesación del concubinato debido a la muerte del concubino fue mantenido por la Corte de Casación, en sus diversas composiciones, con la aprobación casi unánime de la doctrina civilista hasta 1958. En esa fecha la Cámara Criminal comenzó a diferenciarse de la Cámara Civil afirmando en la sentencia del 24 de febrero de 1959 que la concubina puede obtener reparación del daño que le causa la muerte de su concubino a condición de demostrar el carácter estable y no adulterino de la unión invocada. El desacuerdo así resultante entre la Cámara Civil y la Cámara Criminal y la aparición de una doctrina favorable a una más grande tolerancia de la unión libre provocó la formación de una Cámara Mixta<sup>18</sup> que adop-

<sup>16</sup> *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Sirey, 1968, p. 157.

<sup>16 b)</sup> *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Méjico, 1946.

<sup>17</sup> Fallo citado por YVES CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité Civile*, Dalloz, 1983, p. 10 y por PHILIPPE LE TOURNEAU, *La Responsabilité Civile*, 2ª ed., Dalloz, 1976, p. 159.

<sup>18</sup> La ley del 3 de julio de 1967 suprimió la formación de las Cámaras Reunidas, demasiado lenta en razón del aumento del número de Cámaras; aquellas han sido reemplazadas por la Asamblea Plenaria o Cámara Mixta, integrada por Presidentes y Decanos de las diversas Cámaras (JACQUES GHESTIN, *Traité de droit civil*, “L.G.D.J.”, 1977, p. 305).



tó en sentencia del 27 de diciembre de 1970 la solución ya consagrada por la Cámara Criminal.

Esta decisión aunque se inscribe perfectamente en la línea de la evolución legislativa contemporánea, no ha puesto sin embargo término a la evolución. Por sentencia del 19 de junio de 1975 la Cámara Criminal admitió el derecho a reparación de una concubina adúltera arguyendo que el autor de un homicidio no podría prevalerse del adulterio, cuya falta es relevante solamente en la vida privada de la víctima y no perjudica más que a su cónyuge. La supresión por la ley del 11 de julio de 1975 de la represión penal del adulterio ha aportado un argumento suplementario para considerar que el daño causado por la cesación de un concubinato, aun adúltero, de una cierta duración, puede en adelante considerarse como un perjuicio reparable.

Sin embargo, a propósito del concubinato en Francia, los problemas no han sido definitivamente solucionados, considerando sobre todo que la Cámara Civil no ha tenido ocasión de pronunciarse desde 1975 sobre el caso de adulterio y que la doctrina está lejos de aprobar en forma unánime la tendencia actual <sup>19</sup>.

Por su parte la jurisprudencia de los Tribunales argentinos ha seguido al principio el cauce de la jurisprudencia de los Tribunales de Francia, particularmente el fallo de la Corte de Casación del 27 de julio de 1937 que estableció en términos categóricos, al rechazar la pretensión de una concubina a obtener reparación, que debe justificarse no un daño cualquiera, sino la lesión a un interés legítimo jurídicamente protegido.

Esta tendencia de la jurisprudencia nacional en el mismo sentido de la francesa, tenía justificación como interpretación del art. 1079 del Código Civil que tiene su fuente en Aubry et Rau, t. 4, p. 445, donde se enuncia el mismo principio que nuestro mencionado artículo 1079, el cual tiene a su vez como antecedente a Faustin-Helie, *Instruction*

<sup>19</sup> GENEVIENE VINEY, *Les obligations. La responsabilité civile*, "L.G.D.J.", 1982, p. 335.

*Criminelle*, IX-279, que el Codificador cita en la respectiva nota.

Sin embargo los tribunales argentinos no han continuado la evolución de la jurisprudencia francesa en orden a la mayor consideración respecto a las uniones concubinarias estables, estimando que tal tipo de relación no es legítima y no puede por tanto generar por sí misma intereses dignos de protección legal.

En la doctrina nacional quien se ha mostrado favorable a la acción de la concubina ha sido Salvat<sup>20</sup> aduciendo que no se trata de equiparar las relaciones nacidas del concubinato, a las del matrimonio, pues los efectos específicos de éste no pueden nacer del concubinato, pero si la ley autoriza la investigación y prueba de esta clase de relaciones a los efectos de establecer la filiación natural y los derechos hereditarios que de ella derivan no se alcanzaría a comprender el motivo decisivo para excluir de los términos generales y absolutos del artículo, a la concubina.

Esta es una opinión casi aislada, pues la doctrina mayoritaria en nuestro país no reconoce acción a la concubina para reclamar reparación en caso de homicidio del concubino.

En cuanto a otros terceros como el acreedor por la muerte de su deudor, socio por la de un consocio o directivo, empleado o empleador por la muerte de uno u otro, la cuestión debe analizarse cautelosamente a la luz de los principios sobre daño cierto, protección de intereses legítimos y relación de causalidad adecuada entre la muerte y la consecuencia dañosa que aunque fuere mediata debe ser previsible.

Para ser legitimado el accionante como titular de una pretensión resarcitoria por la muerte de otra persona, además de que el daño sea cierto y afectar un interés legítimo del presunto damnificado, es necesario que ese perjuicio sea una consecuencia adecuada, inmediata o mediata pero previsible de la muerte de la víctima. Es evidente que si el responsable del homicidio no ha podido prever otras consecuencias objetivamente imprevisibles, no se le puede atri-

<sup>20</sup> RAYMUNDO M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino*, 1952, t. IV. p. 245.

buir el deber de reparar esos daños que escapan al curso natural y ordinario de las cosas, tanto más si resultan de la conexión del hecho de la muerte con un acontecimiento distinto como sería el carácter de deudor, de socio, de empleado o empleador del fallecido. Estas consecuencias casuales sólo serían imputables al autor del homicidio cuando obró con dolo o sea cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 905 del Código Civil).

En la doctrina y la jurisprudencia se ha planteado la cuestión de la coexistencia en cabeza del accionante de una acción "jure proprio" y otra acción "jure hereditatis" o sea de una acción resarcitoria que correspondería al titular por su propio derecho como damnificado indirecto y otra acción también resarcitoria que le correspondería como heredero de la víctima por el daño sufrido por esta última por el hecho de su muerte.

La jurisprudencia francesa siguiendo también a la doctrina ha distinguido según que la víctima hubiese muerto instantáneamente o no. En sentido favorable a una indemnización de la víctima se ha hecho valer el argumento de que por rápida y repentina que haya sido la muerte es imposible concebir que no haya transcurrido ningún intervalo entre la muerte y el accidente que la ha determinado y que este intervalo así fuere un milésimo de segundo es suficiente para permitir el nacimiento de la acción de daños y perjuicios, mientras vivía, en cabeza de la víctima. Esta tesis que ha recibido el apoyo de ciertos autores <sup>21</sup> ha sido rechazada por la Corte de Casación <sup>22</sup>.

Esta acción no se justificaría en realidad más que si se admitiera en provecho del difunto un "pretium mortis", es decir del perjuicio que la víctima ha sufrido del hecho, no de sus heridas antes de su muerte, sino de su deceso mismo. Los Mazeaud en su *Tratado* citado se muestran favorables a tal indemnización en razón de que a justo título se puede considerar la vida como el más preciado de los bienes de la

<sup>21</sup> H. L. et J. MAZEAUD, *Traité*, 6<sup>o</sup> ed., t. II, N<sup>o</sup> 1912; SAVATIER, *Traité*, t. II, N<sup>o</sup> 543; MAZEAUD et CHABAS, *Leçons*, t. II, N<sup>o</sup> 607.

<sup>22</sup> 2<sup>o</sup> Civ., 9-X-1957 (*Revue trim. droit civil*, 1966 -543-).

tierra, puesto que es el bien sin el cual los otros no son nada, y, como este elemento de vida existía necesariamente en el patrimonio de la víctima, puesto que él no ha desaparecido sino con ella misma, no hay duda de que los herederos pueden reclamar indemnización al responsable de la muerte. Pero este análisis que ha sido criticado, como lo señala Yves Chartier<sup>23</sup>, no es convincente. En efecto, o bien se sitúa para el razonamiento antes de la muerte de la víctima, y no es concebible que ella pueda demandar la reparación de un perjuicio futuro y eventual pues nadie conoce el día ni la hora de su muerte. O bien la muerte ha ocurrido ya entonces, que es la hipótesis considerada aquí, y ningún crédito puede nacer en el patrimonio del difunto.

Así en el caso de que la víctima ha muerto instantáneamente, ella no ha sufrido perjuicio moral ni material; son sus parientes y otras personas que pueden experimentar un perjuicio y demandar directamente la reparación.

En cambio si la víctima no muere instantáneamente y sobrevive un cierto período antes de morir, ella tiene tiempo de sufrir en razón del accidente un daño que indiscutiblemente nace en su persona. Si bien la jurisprudencia francesa admite hoy la transmisión por sucesión del perjuicio material, ella limita sin embargo el daño reparable. A pesar de las reservas de algunos autores y las críticas que se han hecho, la jurisprudencia admite desde hace tiempo el derecho de los herederos de demandar la reparación del perjuicio material sufrido por el difunto con motivo del acto ilícito, con tal que éste no hubiese renunciado a la acción y que no se reclame más que el perjuicio anterior al fallecimiento. Sin embargo la jurisprudencia se ha mostrado reticente en relación a la transmisión del daño moral. Se dice que si es discutible evaluar en dinero sus propias lágrimas, resulta aún más chocante que esta monetización beneficie a otros.

En lo concerniente al perjuicio material producido antes de la muerte, la jurisprudencia francesa que admite como

<sup>23</sup> IVES CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, p. 312.

transmisible la acción, hace una distinción: Si la víctima antes de su deceso había obtenido una sentencia condenatoria admitiendo la acción y fijando el monto del resarcimiento, el crédito que en el patrimonio de la víctima resulta de ello, se transmite a sus herederos quienes pueden ejecutar al responsable para obtener su cobro. La situación sería diferente si la víctima no ha promovido la acción y no ha renunciado a ella. En tal caso se admite la transmisión de la acción, pero su monto se reduce en función del tiempo transcurrido entre el día del hecho y el día de la muerte pues la decisión de la justicia se dicta con efecto a este último acontecimiento.

La Corte de Poitiers en fallo del 7 de junio de 1966 <sup>24</sup>, resolvió un caso en que la víctima de un accidente había sufrido una incapacidad parcial y permanente falleciendo después como consecuencia del mismo hecho. La Corte siguiendo la jurisprudencia de la Casación, redujo sustancialmente la indemnización fijada por el Tribunal de Gran Instancia considerando que la muerte se produjo once meses después de ocurrido el hecho y que, por lo tanto los herederos no podían pretender un resarcimiento superior al que hubiere correspondido a la víctima. La Corte de Casación en casos análogos ha establecido que la muerte de la víctima extingue la incapacidad permanente y por lo tanto los herederos no tienen derecho sino a reclamar la pérdida de salarios desde el accidente hasta la muerte, calculando así la renta de un capital equivalente a la indemnización durante el período de sobrevivencia.

La distinción que hacen los Tribunales franceses acerca de si la muerte fue instantánea o sucedió algún tiempo después de ocurrido el hecho no nos parece razonable pues en cualquier caso la acción por el daño que se pretende transmitir está referida al hecho de la muerte. Para ello habría sido necesario que la acción hubiese nacido en cabeza de la víctima y es obvio que ni esta acción ni ninguna otra puede nacer sino en cabeza de personas vivas.

<sup>24</sup> D. 1967-305 comentado por G. DURRY, en "Rev. Trim. de Droit Civil", 1967, 817.

Es admisible a nuestro juicio la transmisión de la acción por el daño ocasionado a la víctima en cuanto a la incapacidad total o parcial causada por el mismo hecho que luego determinó su muerte. Si la víctima hubiere obtenido una sentencia a su favor es indiscutible que el crédito a la reparación formando parte de su patrimonio se transmite a sus herederos.

Otro es el caso si la víctima no hubiere accionado. En este supuesto pensamos que hay que considerar de distinta forma si la incapacidad hubiese significado para el difunto una real pérdida de su salario, pues en tal caso la acción para obtener reparación del lucro cesante, teniendo significación patrimonial, se transmitiría a los sucesores.

Si en cambio, la incapacidad no hubiere significado una pérdida real de salario sino sólo una inhabilidad funcional para desarrollar una actividad cualquiera, creemos que al no tener traducción dineraria sino meramente virtual porque la víctima no trabajaba, no hay contenido patrimonial susceptible de ser transmitido y, por lo tanto los herederos carecerían de acción *jure hereditatis*. Sólo habría la acción *jure proprio* por el daño indirecto producido por la muerte que ha sido la consecuencia final del hecho, la cual habría absorbido todas las instancias que condujeron en un mismo proceso lesivo a la cesación de la vida.

### 3

## ENTIDAD, PRUEBA Y CUANTÍA DEL PERJUICIO

El presunto damnificado que pretenda el resarcimiento del daño que le habría ocasionado la muerte de una persona, debe comenzar por acreditar su legitimación activa, esto es la titularidad del derecho a obtener una reparación de quien resulte responsable.

La legitimación pasiva, esto es el deber de responder del demandado resultará a su vez de la prueba de la existencia del hecho de la muerte de una persona, así como de la autoría o sea la relación causal adecuada de ella con la acción del demandado, o la atribución del fallecimiento al hecho de la cosa con vicio o riesgo de la cual es dueño o guardián el presunto responsable.

Como lo que pretende el demandante es la reparación del daño que le ha causado la muerte de una persona; aquél tiene que probar el perjuicio o sea las consecuencias perjudiciales que el hecho de esa muerte ha producido en su patrimonio. Como hemos expresado antes la vida humana no tiene por sí sola un valor económico y por ello habrá de demostrarse cual es la repercusión desfavorable que el hecho ha producido o produce en los bienes del damnificado no bastando para ello la única prueba de la muerte.

Es claro que la muerte no causa un daño emergente en el patrimonio del tercero damnificado, esto es no produce empobrecimiento o disminución en sus bienes, exclusión hecha de los gastos de asistencia y funerarios que el art. 1085 del Código Civil impone como obligación del delincuente de pagar a quien quiera que hubiere hecho esos gastos.

Los otros daños que se pueden causar en el patrimonio de terceros sólo tendrán el carácter de lucro cesante por la pérdida de beneficios económicos que aquéllos recibían del muerto o el carácter de pérdida de "chance" por la frustración de la posibilidad de recibirlos en el futuro.

Cuando el reclamante recibía prestaciones asistenciales del muerto durante su vida, dejará de recibirlas en adelante y ése será el daño resarcible si se reúnen respecto al damnificado todos los requisitos que lo legitimarán como titular de la pretensión resarcitoria.

La cuantía de la reparación estará determinada en primer lugar por lo que fuese necesario para la subsistencia de quienes recibían el beneficio de la víctima, atendiendo a lo que dispone el art. 1084, quedando a la prudencia de los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla.

Como dice Mosset Iturraspe <sup>25</sup> también es conflictiva la determinación de la suma de dinero que fuere necesaria para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto. Esa suma tiende a reemplazar el apoyo económico que el muerto prestaba efectivamente durante su vida a sus familiares. En consecuencia, no son los recursos abundantes o escasos del responsable, ni las necesidades más o menos ciertas de las víctimas, las que en primera instancia y de manera fundamental deben tenerse en cuenta. No se trata de que el victimario indemnice de acuerdo con sus recursos, ni que las víctimas perciban de conformidad con sus necesidades sino que la indemnización sustitutiva de los aportes sea fiel y duradera.

Como lo ha resuelto la jurisprudencia <sup>26</sup> el Magistrado que analiza y pondera el alcance de la reparación civil de daños no debe adoptar el criterio de tasación del valor vida, sino que aquélla debe establecerse según las normas del derecho civil conforme a las posibilidades genéricas de la víctima; edad, actividades, sexo, estado civil y demás circunstancias concretas de la causa; también debe tomarse en cuenta el grado de parentesco que guardaba el reclamante con la víctima; la asistencia que ésta le prestaba y demás condiciones personales.

La muerte de una persona, su sola desaparición, hemos dicho antes de ahora <sup>27</sup>, comporta un quebrantamiento del orden económico del grupo familiar integrado por aquellos a quienes los une el vínculo que da nacimiento a su vocación sucesoria legitimaria. Ello es así porque la vida humana es real o potencialmente fuente de ingresos o ventajas económicas que repercuten favorablemente en el grupo familiar, sea por el actual aporte para la subsistencia de ésta, o bien para el apoyo que eventualmente le pueda dar en el futuro. El daño que se pretende resarcir no se mide por el

<sup>25</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, *Ei valor de la vida humana*, 1968, p. 194.

<sup>26</sup> C. N. Civil y Comercial Especial, 9-VIII-1982 (R.E.D. 18, p. 366).

<sup>27</sup> JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *El daño que causa la muerte de una persona*, "Responsabilidad civil y otros estudios", 1984, p. 275.



valor económico de cambio que la persona no tiene ni puede tener, sino por el menoscabo que representa en el patrimonio de los damnificados indirectos la privación de una asistencia actual o futura. Como el resarcimiento se hace en forma de capital no hay otra manera de fijar la cuantía del daño que en función de un valor estimativo de los rendimientos económicos de la vida del fallecido teniéndose en cuenta al efecto, la edad, posición social, aptitud para el trabajo, etc.

El daño resarcible en el caso de homicidio, no son los lucros del muerto que ya no podría obtener, porque la víctima ha dejado de ser persona. El Codificador precisamente se ha separado del criterio de Freitas en el art. 3643 del *Esboço*, cuando dio redacción definitiva al art. 1084 suprimiendo el siguiente párrafo "y todas la ganancias que el muerto podría haber hecho en el tiempo probable de su vida". Esta redacción fue reemplazada por la actual "lo que fuese necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto". El cambio de criterio no puede ser más evidente pues allí donde se contemplaban las ganancias del muerto, se computan ahora las necesidades de los vivos. Es que admitir como rubro del resarcimiento las ganancias o provechos de la víctima con criterio matemático equivale a considerar que el fallecido era una unidad económica de producción de utilidades para la familia de cuyo lucro ésta se ve privada en el futuro. El lucro era del muerto; la familia recibía una prestación de asistencia económica que es lo que se debe reparar. La actividad desplegada por la víctima y su proyección económica, es una circunstancia *in genere* que el juez debe valorar para fijar prudencialmente el monto del resarcimiento. El lucro al que aludimos y rechazamos son las ganancias que el muerto podría haber hecho en el tiempo probable de su vida, pero son admisibles las ganancias dejadas de percibir por el muerto desde el atentado hasta su fallecimiento. Ellas constituyen, como dice Llambías<sup>28</sup>, un lucro cesante con respecto al cual resultó damnificado quien fue

<sup>28</sup> J. J. LLAMBÍAS, *Obligaciones*, 1976, IV, A., p. 105.

víctima del homicidio y cuya reparación puede ser pretendida por los sucesores del difunto a título de herederos, es decir *jure hereditatis* y no *jure proprio*. Sólo cabe hablar de una acción *jure hereditatis* respecto a la que persigue el resarcimiento de los daños que la víctima sufrió en vida y que podría haber reclamado, como consecuencia del hecho ilícito, la cual pasa a los herederos *mortis causa* como parte del patrimonio que se transmite en la sucesión del causante.

El lucro cesante que, como daño futuro cierto, se configura para el damnificado desde el momento mismo de la muerte de la víctima, es la privación de los aportes económicos que ésta le hacía antes de su fallecimiento.

Otro aspecto referido también al daño cierto que puede ocasionar la muerte de una persona es el concerniente a la pérdida de posibilidades o "chance" de ganancia o beneficios. Este es un daño cierto y actual porque existe certeza de la frustración de la posibilidad desde el momento de ocasionada la muerte. Ello es así porque este hecho interrumpe un proceso en marcha que podía conducir en favor de otra persona a la obtención de una riqueza. Tal es lo que ocurre cuando se trata de la muerte de una persona por nacer (*Nasciturus*) o el fallecimiento de niños.

En lo que respecta al caso de aborto accidental o intencional provocado por acto ilícito de tercero o sea la muerte prematura del feto o *nasciturus*, la cuestión resulta controvertida en doctrina. Sin embargo adherimos a la opinión de que en tal supuesto se configura, sin duda, un daño moral, pero no podría hablarse de un perjuicio patrimonial dado que la "chance" perdida de obtener beneficios futuros de un ser aún no nacido es muy remota. Las posibilidades en favor y en contra se juzgan por las circunstancias que den alguna positiva esperanza de que el resultado que la alienta se produzca. En caso contrario la posibilidad carece de relevancia como para admitir que su pérdida constituye un perjuicio cierto.

En cuanto a la muerte de niños el argumento principal invocado por la jurisprudencia hasta hace algunos años, era que su muerte significa para los padres un perjuicio patri-

monial por razón de la frustración de los gastos que hicieron para la subsistencia y educación de los hijos y de la esperanza fundada que podían abrigar de que aquellos les prestarían en el futuro ayuda y sostén. En lo concerniente a los gastos, se olvida que éstos no se hacen por los padres en mira del lucro futuro que puedan proporcionar los hijos, sino como un deber moral y espiritual que tiene como fin al hijo mismo y no a los padres. Se trata de un gasto definitivamente hecho y que el accidente no lo agrava, por lo cual no existe ningún perjuicio pecuniario resultante de la muerte <sup>29</sup>.

La pérdida de la esperanza o pérdida de la "chance" ha sido motivo recientemente de un fallo terminante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <sup>30</sup> en el cual se dejó sin efecto la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal haciendo lugar al recurso de queja por arbitrariedad de sentencia.

Dice la Corte Suprema que al rechazar el Tribunal toda indemnización por daño material a los padres, la sentencia señala que ni aun a título de "chance" representada por la posible ayuda económica que pueda prestar en el futuro un hijo, corresponde fijar suma alguna. Lo decidido al respecto en segunda instancia, dice la Corte, se funda en que la holgada situación del matrimonio Santa Coloma no hace razonable prever que hubiere de recibir ayuda económica de sus hijos lo que impediría asegurar que de la muerte de éstos vaya a resultar perjuicio material para los actores. De lo expuesto resulta, dice la Corte, una contradicción en el razonar del Tribunal apelado que lo priva de validez lógica. En efecto, si aquello que se trata de resarcir es la "chance", que por su propia naturaleza, es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte de los menores vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una

<sup>29</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Paris, 1939, t. II, p. 132.

<sup>30</sup> C.S.J.N., 5-VIII-1986, "Santa Coloma c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", "E.D.", t. 120, N° 6615.

certidumbre extraña al concepto mismo de "chance" de cuya reparación se trata. Por otra parte la sentencia pasa por alto la circunstancia de que el apoyo económico que los hijos pueden brindar a sus padres no se reduce a lo asistencial —bien que esto es habitual en las familias de escasos recursos— y que en determinados medios, puede traducirse más frecuentemente en la colaboración en la gestión del capital familiar según su envergadura, cuando la edad de los progenitores así lo exija.

Hemos expuesto el amplio alcance que tiene el art. 1079 del Código Civil en punto a los damnificados indirectos legitimados para demandar reparaciones por el daño en caso de homicidio. Sin embargo algunos autores consideran que los art. 1084 y 1085 establecen una limitación al señalado principio general, excepto en el caso de que hubiere condena criminal porque de acuerdo con el art. 29 del Código Penal, tienen derecho a reclamar reparaciones de daños la víctima, su familia y los terceros.

Por el contrario una doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria piensa que la regla general del art. 1079 no resulta contradicha por los arts. 1084 y 1085. A partir del voto del Dr. Abelleira en el fallo de la Cámara Civil de la Capital Sala A del 9-VI-1964 (L.L. 117-603), se afirma hoy que el art. 1084 crea una presunción de daño en favor de las personas allí aludidas: la viuda y los hijos del muerto. Esta es una presunción "juris tantum" de modo que puede el demandado demostrar que los reclamantes no sufrieron perjuicio alguno por la muerte del cónyuge y padre respectivamente. Esta presunción ha sido ampliada en favor de todos los herederos forzosos del difunto, aplicando el art. 1085.

Compartimos esta última interpretación por las razones que da Borda<sup>31</sup> cuando expresa que no debe exigirse a los padres la prueba del daño que les ha ocasionado la muerte del hijo de corta edad; ese daño está en el orden natural de

<sup>31</sup> GUILLERMO A. BORDA, *Obligaciones*, 1966, t. II, p. 387.

la vida. "El padre y la madre, dice el autor citado, tienen el derecho de contar con que, llegados a la vejez tendrán el apoyo de sus hijos en las enfermedades, su ayuda material si llega el momento en que carezcan de recursos y no puedan trabajar. Todo ello constituye un daño. De igual modo la colaboración de la esposa en la vida del hogar tiene un significado espiritual y material que no requiere prueba, y por ello resulta lógico aplicar la presunción de daño también en favor del marido".

Respecto a los alcances de la presunción legal algunos distingos han hecho la doctrina y la jurisprudencia. Así con relación a los hijos mayores de edad se ha sostenido que la ley no hace distinción alguna y que, por lo tanto la presunción beneficia a todos los hijos por igual cualquiera sea su edad. Sin embargo si consideramos la razón que sirve de fundamento a la presunción, hemos de advertir que la obligación alimentaria emergente de la patria potestad cesa al llegar el hijo a la mayoría de edad momento en que aquella se extingue. El art. 265 del Código Civil dispone que los padres tienen obligación de alimentar a sus hijos menores de edad que están bajo su autoridad y el art. 306 inc. 3º establece que la patria potestad se acaba por llegar los hijos a la mayor edad.

Como entre ascendientes y descendientes se deben alimentos (art. 367) existe un interés legítimo del hijo aun mayor de edad para reclamarlos el que se vería frustrado en caso de muerte del padre, pero la presunción no funciona en esta circunstancia por lo cual el damnificado debe probar que recibía los alimentos o que su desvalimiento tornaba necesaria esa asistencia. El daño consistiría en tal caso en la pérdida de una chance.

Existen otros supuestos como el del hijo emancipado, el del menor de edad que ejerce profesión con título habilitante o ha celebrado contrato de trabajo, percibe remuneración y tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo (art. 128), casos éstos en que no juega la presunción legal por no existir el fundamento que permite el beneficio que excusa

la prueba. Pero en cualquiera de estos casos si la muerte del padre les ocasiona un perjuicio indirecto pueden los hijos reclamar la reparación al responsable mediante la prueba del daño que el acto ilícito les ha causado (art. 1079).

Por último la muerte de ancianos y de discapacitados también ha originado interpretaciones jurisprudenciales que nosotros no compartimos. Argumentando con el valor de la vida humana por sí misma y del desgarramiento espiritual que representa en el seno de una familia la extinción de un ser querido, cuya vida y consejos han contribuido a la formación moral y material del grupo familiar, los tribunales han acordado un resarcimiento a la viuda y también a los hijos del muerto.

La cuestión debe resolverse en función de la realidad de cada caso, pues es evidente que si el anciano o el discapacitado nada aportaban económicamente y más bien constituían una carga para los miembros de la familia, su desaparición ningún perjuicio patrimonial ocasiona, ni tampoco puede suponerse que se pierde una esperanza de una asistencia futura. Todo ello sin perjuicio de la reparación del daño moral que el homicidio causa a quienes están legitimados como herederos forzosos a reclamarlos (art. 1078).

Conforme a lo expuesto los arts. 1084 y 1085 resuelven una cuestión de prueba y crean en favor de los herederos forzosos una presunción de daños que puede ser destruida por la prueba en contrario y que los damnificados a su vez pueden aportar la prueba de que esa presunción no constituye resarcimiento suficiente por la existencia de mayores perjuicios.

La presunción legal tiene suficiente fundamento en la circunstancia de que tratándose de personas que tienen entre sí un vínculo de familia tan estrecho normalmente forman un núcleo ético y económicamente homogéneo y solidario donde los esfuerzos por la subsistencia son comunes, y donde la falta de uno determina un quebrantamiento de ese orden, experimentando los demás un daño actual o un daño futuro cierto. En relación a otros eventuales damnificados el art. 1079 les confiere el derecho de reclamar el resarcimiento

del daño que sufran pero a condición de que ese daño se pruebe concretamente.

Como síntesis de todo lo que llevamos dicho creemos poder afirmar:

1. — Que la vida no tiene valor económico por sí misma sino por los beneficios potenciales y reales de carácter pecuniario que comporta la actividad del hombre a sí mismo mientras existe.

2. — Que la muerte de una persona puede causar además de daño moral perjuicio material o daño en el patrimonio de otros por la repercusión que en sus bienes tiene la desaparición de un ser humano, y la acción resarcitoria se ejerce *jure proprio* y no *jure hereditatis*.

3. — Que el damnificado que pretende reparación debe invocar la existencia de un daño cierto a un interés legítimo y, excepcionalmente como solución de equidad, a un interés no amparado por la ley siempre que no sea ilícito ni inmoral.

4. — Que el daño sea consecuencia inmediata o mediata previsible por su relación causal adecuada con la muerte producida por el acto ilícito de un tercero.

5. — Que el daño puede consistir solamente en el lucro cesante o en la pérdida de una "chance" que sufra el damnificado al verse privado de beneficios que recibía del muerto o al frustrarse la posibilidad de obtenerlos en el futuro.

6. — Que el damnificado que pretende un resarcimiento debe probar el perjuicio que sufre en su patrimonio salvo excepcionalmente en los casos de presunción legal *juris tantum*.

7. — Que la reparación debe ser integral habida cuenta de las circunstancias que determinan las necesidades que

quedarán insatisfechas respecto a la subsistencia futura del damnificado debiendo el juez estimar y cuantificar prudentemente la reparación.

8. — Que el lucro cesante a indemnizar se mide por los beneficios que el tercero hubiera recibido de la víctima si viviera pero no se computa el lucro cesante que hubiera beneficiado a ésta en el futuro y que su muerte frustra.

9. — Que la pérdida de una “chance” es un daño cierto y actual que debe estimarse según el grado de posible certeza de realizarse la legítima esperanza de un tercero de recibir beneficios de la víctima de no haberse producido el fallecimiento.

10. — Finalmente debe sentarse la premisa de que la cesación de la vida por sí sola no es fuente de resarcimiento para nadie ni para quien se va de este mundo ni para los que quedan en él.



## NUEVAS IDEAS EN EL DERECHO CONCURSAL CONTEMPORÁNEO

*Disertación pronunciada por el académico correspondiente  
Dr. Héctor Cámara, en la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública  
del 27 de agosto de 1987*



1. Introducción. - 2. Razones del movimiento legislativo. - 3. Derecho Comparado. - 3.1. Estados Unidos de Norteamérica. - 3.2. Inglaterra. - 3.3. Alemania. - 3.4. Austria. - 3.5. Italia. - 3.6. Bélgica. - 3.7. Dinamarca. - 3.8. España. - 3.9. Francia. - 3.10. Portugal. - 4. Necesidad de cambiar el régimen nacional. - 5. Las nuevas pautas del derecho común legislativo. - 6. Saneamiento de la empresa en liquidación.

I. — El derecho concursal, lamentablemente, resulta siempre insatisfactorio, al disciplinar la situación de la empresa en crisis, fenómeno patológico que no es excepcional, por lo cual debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario.

Ese evento desgraciado que compromete plurales intereses de distintas clases, cuyas derivaciones públicas como privadas son graves y dañosas, preocupa al legislador contemporáneo, para que al sufrimiento congénito del estado de insolvencia, no se añada el perjuicio producido por la ineficacia del régimen legal, que necesita ajustarse a la situación socio-económica de hoy —muy distinta a la de principios de siglo— y teniendo como mira la seguridad del tráfico jurídico.

Este cuerpo legal se halla en ebullición, su destino natural es ser retocado y corregido permanentemente, porque sus previsiones, aun las mejores, son efímeras por distintas causales: movilización y susceptibilidad del crédito, incremento insospechado de las estructuras societarias y la concentración económica, que imponen un cambio profundo para su adecuación a la realidad vigente, extremadamente cambiante en la actualidad, tal vez como nunca hubo en la historia de la humanidad.

La renovación o cambio de los estatutos falenciales de la empresa, personaje central, está en el orden del día de todos los países, ya que ese instituto tiene un destino social y más que nada se halla al servicio de la comunidad.

En todos los países de avanzada, desde hace varios lustros, se suceden sin pausa las nuevas tentativas legales, porque, como señala la reciente ley portuguesa del año 1986 en la Exposición de motivos, “la eliminación de la empresa supone en la mayoría de las ocasiones, cuando es evitable, una verdadera agresión al equilibrio social del cual el Estado no puede desinteresarse”.

Las reglas y técnicas son modificadas, así como también los objetivos, para evitar que se hable de la falencia del derecho concursal: el carácter punitivo, como fuera en sus orígenes y mantenido en el *Code de commerce* hasta la ley francesa del año 1955, es hoy historia antigua. También, en buena medida, la satisfacción de los acreedores tras la liquidación del patrimonio del quebrado —ejecución colectiva—, tanto que Greco nos hablaba hace muy poco de *Il fallimento de esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa*.

La ley francesa del 13 de julio de 1967 introduce como novedad la separación del “hombre” de la “empresa”, postulando la supervivencia de ésta siempre que fuere viable, en tanto el derecho francés actual se dirige no sólo a defender la empresa, sino a detectar oportunamente la crisis para que la terapéutica sea efectiva, tutelando los puestos de trabajo, aun con mengua de los acreedores, como declara el art. 1º de la ley nº 85-98. Tal es la “nueva filosofía” del derecho de insolvencia a que se refiere el profesor Rojo.

Hay una nueva óptica en la materia, influida por las ideas sociales imperantes, donde asimismo se ha querido imponer la solidaridad como base de los efectos y consecuencias de aquel estado falencial.

Todo ello lleva a echar por la borda viejas construcciones, manifiesta un autor español: se puede decir que la concepción liberal del derecho concursal ha dejado ya paso a una concepción social del mismo, como consecuencia natural del hundimiento de la visión liberal que en su día

iluminó un sistema económico, un sistema político y un sistema jurídico. Desaparecidos los factores estructurales de un sistema, difícilmente podía subsistir sin cambios una parte de éste. La realidad, una vez más, ha ido por delante del ordenamiento, siendo este cambio de orientación una de las últimas consecuencias de un proceso más amplio. Y consiguientemente, aunque el derecho concursal vigente fuera pensado para otro sistema distinto, la interpretación del mismo no puede quedar ligada a una idea ya desechada, ha de unirse a la realidad y proporcionar al ordenamiento esa flexibilidad necesaria para su adaptación a las circunstancias sociales y económicas poniendo en parte remedio al desfase legal.

2. — Atendiendo a las consideraciones expuestas, nos ocupamos brevemente en la revista de las nuevas legislaciones y proyectos recientes sobre el derecho concursal, donde se advierte sin dificultad la evolución en el tiempo de los remedios jurídicos para el tratamiento de la insolvencia de las empresas: cómo del *fallimento* se llega al “saneamiento” de la empresa económicamente viable, restando la liquidación del patrimonio como última *ratio*.

Antes de avanzar nos interrogamos, ¿cuál ha sido el motivo del florecimiento de las nuevas legislaciones concursales?

Alguien contestó que se debe a la cantidad de quiebras producidas en los últimos tiempos, comprometiendo pasivos con montos insospechados, lo cual es exacto: los guarismos de crisis empresariales en todos los países son harto significativos.

Sin embargo, esa no es la causa del desarrollo legislativo, pues, a igual que cuando se produce una epidemia de vastísimas proporciones no es necesario cambiar la terapia si resulta eficaz; en este caso, esas crisis empresariales sirvieron para mostrar la inoperancia del instrumental jurídico.

La doctrina de los países europeos y americanos de mayor importancia, clamó en forma unánime por la remodelación de estos institutos, buscando afanosamente soluciones

más adecuadas a las exigencias socio-económicas de la actualidad.

En síntesis, la razón de este fuerte movimiento renovador del régimen concursal radicó en la ineficiencia del vigente.

3. — Comprobando esa afirmación efectuamos un rápido *excursus* por el derecho comparado.

3.1. — *Estados Unidos de Norteamérica* fue pionera en las nuevas ideas, al modificar la *National Bankruptcy Laws* —moldeada sobre el sistema inglés— e incorporar la “reorganización de las empresas”, instituto al principio con vigencia exclusivamente para las empresas ferroviarias —es mejor sanear las empresas potables económicamente que salir a vender hierros viejos, se expresó—, luego extendido por la *Chandler Act* del año 1938, pretendiendo reestructurarlas y no liquidarlas.

El sistema tiene como base el *plan of reorganization* y contar con el visto bueno de la *Securities and Exchange Commission Federal*, antes de aprobarlo la Corte, previa votación de dos tercios de acreedores y mitad de los accionistas: mira fundamentalmente las perspectivas de recuperación, atendiendo a los medios financieros de que dispone, incluyendo la emisión de nuevos títulos para la suscripción por los acreedores y antiguos accionistas.

El año 1970 se nombra una Comisión de expertos para revisar ese viejo ordenamiento legal. que el año 1973 publica el *Report of the Commission on the Bankruptcy* que tiene en cuenta las decisiones judiciales durante su larga existencia y las iniciativas de la doctrina, otorgando a los concursales la posibilidad de “nuevo comienzo”.

Esta tentativa llegó a convertirse en ley —*The Bankruptcy Act 1987*—, introduciendo muchas variantes al sistema precedente, vg. suprime los actos de quiebra como presupuesto objetivo de los concursos, sustituido por el estado de insolvencia —sec. 109 (c) (3)—; los *referees in bankruptcy*, magistrados auxiliares, fueron convertidos en titu-

lares de juzgados concursales unipersonales; el deudor es liberado de los efectos personales, tanto que algún autor dice que los únicos son “insomnio, valium y úlceras”, etc.

La “reorganización” es mantenida con reformas por haberse detectado algunas fallas: a) designar un “reorganizador neutral” para conducir la operación; b) controlar eficazmente por vía administrativa el trámite —S.E.C.—, por lo menos en las etapas más importantes; c) fijar la remuneración de los servicios, reduciendo costos; d) determinar los requisitos mínimos del plan, para una más justa distribución de los costes; e) la institución antes bifurcada —*corporate reorganization* y *arrangements*— es reducida a una para evitar desviaciones, etc.

3.2. — *Inglaterra* renueva su vieja legislación sobre la materia, a cuyo efecto nombró el 27 de enero de 1977 una Comisión para la revisión presidida por Mr. Kenneth Cork, a fin de cumplir un relevamiento y valoración en materia de insolvencia.

Como fruto de esa labor publicó un importante estudio de 448 páginas, verdadero tratado que considera los aspectos jurídicos y prácticos en Inglaterra y Gales, depositado en el Parlamento el mes de junio de 1982 bajo la denominación *Insolvency Law and Practica Report of the Review Committee*, conocido como “Informe Cork”, que propicia muchas modificaciones al régimen; vg. acabar con la distinción entre el comerciante individual y social, ya que la insolvencia del último se resuelve mediante la *winding up* reglada por la *Companies Act de 1948*.

El nuevo ordenamiento logró estado legal el 30 de octubre de 1985, como *Insolvency Act*, que sigue las enseñanzas del derecho norteamericano.

3.3. — *Alemania* cuenta con la *Konkursordnung* del siglo pasado —con varias reformas— conceptualizada como la mejor ley concursal, pero al cumplirse el centenario fue objeto de dura crítica por la doctrina germana, exigiendo más que cambio un nuevo estatuto —*Notwendigkeit einer insolvenzreform*—.

Se habló de saqueo de la masa, por los escasos dividendos que percibían los acreedores quirografarios luego de largo tiempo; la quiebra se considera la peor solución tanto que Jaeger la define como “un destructor de valores”, el procedimiento más costoso para cancelar deudas, etc.

Kliger el año 1975 se refirió a “la falencia de la falencia”, por el daño e inutilidad de la vieja legislación, tanto que se brega por la abolición de los privilegios, en especial, los del fisco y de los trabajadores: el de los últimos conspira contra los intereses que pretende amparar, al obligar a clausurar fuentes de trabajo.

El Ministerio de Justicia se alarma por el aumento de declaraciones de quiebra, designando el 21 de febrero una Comisión para sustituir el viejo régimen —*Kommission für insolvenzrecht*— que se ajuste a la economía y problemas sociales, ya que la insolvencia no debe considerarse como “cosa de acreedores y deudor”, pero sin descuidar la salud futura de la empresa, la cual reorganizada no puede caer nuevamente en la ruina. El decreto señala que es necesario auscultar el derecho comparado, en especial, las legislaciones de Estados Unidos de América y Francia.

Las conclusiones de la Comisión, entre otras son: 1) Eliminar el dualismo institucional entre quiebra y concordato; 2) Evitar el actual aniquilamiento de las empresas, que implica la anulación total de los valores de la hacienda; 3) Prever la continuación de la empresa siempre que sea conforme con la visión de conjunto de la economía; 4) Si el saneamiento no es posible debe pasarse inmediatamente a la quiebra, sin perder tiempo en reenvío, tentativas, etc. En suma, salvación cierta o extinción; 5) Excluir toda tentativa inútil de saneamiento que provoque pérdidas ulteriores a los acreedores; 6) Otorgar suma importancia al estudio preliminar profundizado, en el sentido de que desde el primer momento comience el análisis de las soluciones posibles; etc.

3.4. — En *Austria*, donde regía la ley germana se produce un fenómeno similar contra la misma, pero se dijo que no había tiempo para estructurar una nueva ante la urgencia, y



por tanto fue reformada parcialmente rigiendo desde el 1º de enero de 1983.

Entre las innovaciones están: 1) desaparecen los privilegios, pues todos los acreedores deben hallarse en pie de igualdad; 2) la empresa no clausurada antes de la declaración de quiebra debe proseguir, salvo resolución judicial, atento las pérdidas que ese hecho acarrea a los acreedores; 3) Al concordato se añade el “procedimiento preliminar” —arts. 76 a 81— para sanear la empresa en breve plazo, evitando la quiebra y el concordato preventivo.

3.5. — *Italia*, país de gravitación en la materia, mantiene la ley del año 1942 —nº 267— sancionada en las postrimerías de un sistema político, contra la cual arremetieron las impugnaciones de la doctrina, desde que Bianchi d’Espinosa levantara su voz en *Bilancio de la legge fallimentare*, donde la jurisprudencia cumplió una importante misión en su “interpretación evolutiva”, ante la inercia del legislador.

La grave crisis que atravesó la economía italiana en los últimos tiempos —posiblemente mayor que la de los años 30— distorsionó el uso del concordato preventivo y la administración controlada, llevando a la sanción apresurada de medidas especiales, no siempre afortunadas, que remata con la “administración extraordinaria de las grandes empresas”, motivo de discrepancias.

Bonsignori afirmó que el legislador italiano no ha demostrado una visión estratégica sobre la crisis de la empresa: el juez ordinario cuenta en sus manos con instrumentos normativos vacíos de contenidos y prácticamente inaplicables, sin sustituirlos por otros nuevos y susceptibles de uso. Toda la política del “salvataggio” revela clamorosamente en las leyes que pretendieron enderezarla o disciplinarla o en la aplicación práctica, la ausencia de línea directiva y perseguida coherentemente.

Luego del fallido proyecto *dei dottori commercialisti*, comisión integrada por Provinciali y Ferrara (j), actuando como Presidente Bianchi d’Espinosa, el Ministro de Gracia

y Justicia, nombró una Comisión que preside Piero Pajardi, que elaboró “una bozza di legge delega per la riforma della legge fallimentare e dell'intero sistema concorsuale esecutivo”, que tuvo como antecedente los trabajos del CIS Lissone.

Esta iniciativa constituye la síntesis de una mediación entre tradición e innovación, entre principios consolidados en la doctrina y jurisprudencia y nuevas soluciones impuestas por las necesidades y problemas actuales, que exhibe un tema difícil de lograr unanimidad, por importar armonizar dos cosas que aparecen inconciliables, manifiesta Pajardi: todas las veces que se habla de proceso retorna siempre este conflicto, esa dialéctica llevada a la polémica más fuerte entre *garantismo ed efficientismo*: cuando concede algo al *garantismo* se reduce la eficiencia del proceso, como toda vez que hay indulgencia sobre la eficiencia del procedimiento se limita al *garantismo*.

El trabajo muy prolijo, dividido en 17 secciones, condensa en el art. 2º los principios generales: “La ley de falencias, además de conformarse a las normas de la Carta Constitucional y adecuarse a las Convenciones internacionales ratificadas por la República, debe contemplar las siguientes directivas y criterios:

2.1. — celeridad y rapidez del procedimiento concursal.  
2.2. — garantía del contradictorio y de las posiciones de derecho subjetivo; 2.3. — conservación de la empresa compatible con la tutela de los acreedores; 2.4. — posición especial de los trabajadores frente a los otros acreedores; 2.5. — previsión de la revaluación automática de los créditos . . . ; 2.6. — sanciones en orden a la configuración de las nuevas conductas fraudulentas y potencialmente de la normativa penal específica.

3.6. — *Bélgica* postula modificar desde hace tiempo su antigua ley sobre quiebras, para ajustarla a las exigencias actuales. Se depositó el 28 de octubre de 1983 un proyecto de “prevención y asistencia de empresas en crisis”, para evitar

la crisis y sanear la empresa, protegiendo los intereses del empresario y sus empleados.

3.7. — *Dinamarca* sustituyó el *Konkurs* por un nuevo estatuto del 1º de marzo de 1978, siguiendo las mismas directivas; por otra parte, extirpa los privilegios excepto los laborales.

3.8. — *España* desde hace mucho pretende renovar su vetusto régimen concursal, que al decir de Chuliá no sólo es *anacrónico y disperso* sino *esencialmente oscuro* en la solución de los problemas más importantes.

Después de varias tentativas frustradas, el Ministerio de Justicia dio a conocer el "Anteproyecto de ley concursal", redactado por una Comisión constituida por los concursalistas de primer nivel presidida por el profesor Olivencia Ruiz.

El Anteproyecto, acompañado de una lúcida Exposición de Motivos, dio lugar a valiosas aportaciones y diversos certámenes para su examen.

Se enrola en la tesis predominante de defensa de la empresa, a cuyo efecto abandona el estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo del concurso, reemplazado por "la situación de crisis patrimonial" —aquel estado que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de los créditos—, por la imperiosa necesidad de anticipar en el tiempo la apertura del procedimiento —*predecoctio*—.

Muchas otras novedades trae este importante trabajo: se detiene en la sindicatura, motor del concurso, tratando de rodearlo de las mayores garantías de eficiencia, moralidad, etc.; disminuye la importancia de la junta de acreedores, al incrementar la potestad del tribunal; facilita el convenio como solución normal de la crisis, pero aun ante su fracaso puede evitarse la liquidación, cuando la desaparición de la empresa pueda producir efectos negativos y sea viable un plan de reorganización; impone una drástica poda a los privilegios, tutelando la igualdad de los acreedores, pues un

examen pormenorizado de ellos sirve para poner de relieve tanto los criterios heterogéneos —y en ocasiones contradictorios entre sí— que se han seguido para su concesión, como la correlativa falta de fundamento económico y social que en la actualidad caracteriza a la mayor parte de esos créditos. Sólo la inercia de la tradición —agrega el Informe— o el egoísmo de quienes disfrutaban de ese trato desigual, ha permitido la pervivencia de tan lamentable situación; etc.

3.9. — La *legislación francesa* es muy elocuente sobre la evolución en el tema —*Code de commerce*, ley de 1838, ley de 1955—, la última de las cuales motivó un prolijo estudio del Ministerio de Finanzas, a base de estadísticas en todas las circunscripciones judiciales de ese país, sobre acuerdos fracasados, quiebras clausuradas por falta de activo, porcentajes percibidos por los acreedores quirografarios y en qué tiempo, etc.

Como corolario, sancionó la ley n<sup>o</sup> 67-565 del 13 de julio de 1967, que extiende a todos los sujetos y personas jurídicas los procedimientos concursales, la cual fue complementada por la ley 67.820 del 23 de setiembre de 1967, para facilitar la recuperación económica y financiera de algunas empresas de relevancia social.

La primera, como novedad, separó netamente el “hombre” de la “empresa”, para que las organizaciones potables económicamente puedan subsistir, sin perjuicio de alejar y sancionar a quienes las dirigieron abusivamente y con fraude.

Ese fecundo esfuerzo, que modificó radicalmente la anterior ley del año 1955, lamentablemente careció de éxito en la práctica, como denunciara la doctrina, acusando entre las causas, el escaso grado de integración y coordinación de todo el sistema para la conservación de la empresa, la demora entre la crisis y la apertura del concurso, la ausencia de una fase de observación que precediera a la adopción del tratamiento adecuado y que permitiera realizar con rigor el diagnóstico de la situación, etc.

Este lamentable fracaso despertó importantes estudios para solucionar el arduo problema, entre los cuales cabe

destacar el "Informe del Comité para la reforma de la empresa", a efectos de prevenir las dificultades y ayudarlas a hacerles frente, conocido como Informe Sudreau, en razón de quien presidiera esa Comisión.

Como fruto de esa laboriosa tarea, y después de varias tentativas parlamentarias que no hicieron camino, se sancionó la ley 84-148 del 1º de marzo de 1984, de "prevención y reglamento amigable de las empresas en dificultades", que comprende dos aspectos.

El primero es "el control de cuentas y procedimientos de alerta" en todas las sociedades, grupos de interés económico, cooperativas e incluso la sociedad unipersonal, ampliando la intervención y naturaleza de los *commissaires aux comptes*, para la mayor eficacia del ejercicio profesional, como su independencia, en garantía de todos los intereses. Obran preventivamente, llamando la atención de los dirigentes *sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*, donde cabe discriminar —según se dijo—, entre el riesgo que pesa sobre la continuación de la explotación en el futuro (criterio de la alerta), y la certeza de la no continuidad de la explotación (la liquidación amigable o la liquidación de bienes), *l'alerte est l'éveil de l'attention en vu du combat, non la reddition ou la capitulation; elle est l'aube propres aux redressements, non la nuit des ruines. L'alerte est porteuse de l'espérance.*

El segundo, crea el "reglamento amigable" cuando las dificultades no pueden ser resueltas por los propios recursos de la empresa. Ésta todavía está sana y no en estado de cesación de pagos, pero la recuperación escapa a sus posibilidades, por lo cual se pretende obtener en tiempo *les concours* necesarios para la recuperación. No se trata de un procedimiento judicial preventivo nuevo. Tiene otro objetivo que provocará un cambio de mentalidades, porque el "juez" no anuncia necesariamente sanciones o medidas autoritarias compulsivas. Su intervención no es sinónimo de *faillite*.

Al año siguiente, el 25 de enero de 1985, se promulgaron dos nuevas leyes: la nº 85-98 de "saneamiento y liqui-

dación judicial de empresas”, y la n<sup>o</sup> 85-99 relativa a “los administradores judiciales, mandatarios liquidadores y expertos en diagnósticos de empresas”, complementando la ley de 1984.

La ley 85-98 establece un procedimiento único, aunque no uniforme, sustituyendo las soluciones de las reglamentaciones precedentes —ya revistadas—, buscando uno más eficaz y válido para asegurar el saneamiento de las empresas o unidades de producción viables; *n'est plus l'antichambre de la liquidation; c'est plutot une hospitalization en vue d'un redressement*, se dijo en el Parlamento.

El art. 1<sup>o</sup> destaca que el nuevo mecanismo se destina a “salvaguardar la empresa, el mantenimiento de la actividad y los puestos de trabajo, y la comprobación —*apurement*— de los acreedores”, mostrando una óptica distinta, que tutela el interés público —según manifestó Santini— no sólo porque se presenta como diverso del interés del deudor y de los acreedores teniendo el mismo objeto, sino sobre todo, porque se refiere a categorías o grupos sociales más amplios que pueden tendencialmente coincidir con toda la colectividad, o que, en todo caso, la colectividad privilegia.

El *redressement* es asegurado por un plan de recuperación, luego de un período de observación, durante el cual se logra el diagnóstico de la situación económico-social de la empresa, que determina la posibilidad de subsistencia. El trámite cuenta dos etapas: la primera, de “observación”, y la segunda, para elaborar el plan de saneamiento. Ello es aprobado por la justicia, en cuyo procedimiento el juez-comisario constituye *le pivot de la procedure*, encargado de velar por el desarrollo rápido y la protección de los intereses en presencia.

Por último, integrando el cuadro legislativo la ley 85-99 deroga las normas sobre listas de síndicos y administradores judiciales —decr. n<sup>o</sup> 55-603—, buscando contar con personal técnico especializado necesario para resolver los múltiples problemas involucrados: crea los administradores judiciales, mandatarios liquidadores y expertos en diagnósticos de empresas, prestando especial preocupación por la ido-

neidad y moralidad de los componentes de esos órganos de decisiva significación en estos procesos.

3.10. *Portugal.* — Finalizando esta revista dictó el 2 de junio de 1986 el decr. N<sup>o</sup> 177-86, denominado “proceso especial de recuperación de empresas y de protección de los acreedores”, en la misma dirección, pretendiendo coordinar ambos intereses.

La Exposición de Motivos admite que en los últimos doce años se han producido cambios sustanciales en el tejido económico portugués que pusieron en evidencia las falencias de una economía tradicionalmente débil. Es menester una respuesta al desafío europeo, y por ello, crea nuevos mecanismos normativos que permiten a las empresas en situación precaria por razones coyunturales, que recuperen su escasa viabilidad: las soluciones que buscaban el apoyo estatal para la recuperación de empresas son artificiales.

Incorpora modificaciones al Código Procesal Civil, como a otros cuerpos legales, entre ellas el nuevo art. 1140, imponiendo a todo comerciante denunciar al tribunal su situación *antes* de cesar efectivamente los pagos o hasta 30 días siguientes; introduce la “gestión controlada”, siguiendo el Anteproyecto español, la vertiente más destacada para salvar las empresas, que se abre con una etapa de “observación” —a semejanza del derecho francés— y en base a un plan de recuperación.

En la empresa —reza el Informe— por las justas reivindicaciones sociales del movimiento sindical no sólo interesan los detentadores de capital, sino también, motivadamente, los dadores de trabajo. *Una possessiva “teología” de capitalismo ficou-se nos caminhos do tempo.*

4. — Después de esta revista de las nuevas legislaciones y proyectos en los países de avanzada, se advierte sin dificultad que los institutos vigentes en la ley nacional 19.551 —acuerdo preventivo y quiebra— resultan inoperantes ante el profundo cambio operado en la llamada tercera revolución industrial, donde se pretende la tutela de la empresa

viable, y por ende, atacar cualquier dolencia en su oportunidad y no intempestivamente.

Lo dicho nos lleva a propugnar no la reforma del régimen vigente, como ha hecho la ley 22.917 o el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, que se limitan a meros retoques o enmiendas, sino a formular una nueva ley de insolvencia, a imagen de la que se estructura en Alemania desde casi hace una década, abandonando el instrumental caduco que arrastramos desde mucho tiempo —principios de siglo—, de acuerdo con el régimen liberal del siglo pasado, cuyos mecanismos dependían en definitiva de la voluntad de las partes —deudor y acreedores—, como únicos interesados en la solución de la crisis empresarial.

Así piensa Olivencia Ruiz, que cuando el Derecho no sirve como instrumento de justicia, su reforma se impone. En esa permanente adecuación de las normas jurídicas a una realidad social siempre cambiante, hay momentos en que sistema e instituciones periclitán y tienen que ser sustituidos por otros nuevos, acordes con la exigencia de la comunidad.

Como comprobamos inmediatamente los puntos comunes que detienen la atención del legislador contemporáneo están ausentes del derecho patrio.

5. — Limpens estimó que hay ciertas “constantes” en la unificación del derecho privado, y siguiendo su pensamiento, consideramos que en las nuevas leyes y proyectos sobre régimen falencial, hay varios parámetros comunes.

Ellos son, a saber:

a) Unidad del sistema inicial, sin perjuicio de las muchas soluciones que puedan adoptarse según las circunstancias de cada caso;

b) Adelantar y facilitar la apertura del procedimiento, para la mayor eficacia de la terapia;

c) Continuación de la actividad de la empresa en crisis, siempre que sea potable económicamente;



- d) Acentuación del carácter "publicístico" del proceso;
- e) Mayor celeridad y flexibilidad en el trámite del procedimiento;
- f) Mejorar o reestructurar la sindicatura concursal o su reemplazo por órganos más idóneos;
- g) Limitar los privilegios concursales en lo posible, ya que vacían de contenido el concurso.
- h) Contemplar la situación especial que tienen los dependientes frente a la crisis de la empresa;
- i) Atenuación de los efectos de la quiebra sobre la persona del deudor y su patrimonio;
- j) El concurso en el campo internacional, ya que se han borrado las fronteras entre los países;
- k) Nuevo régimen punitivo y más adecuada configuración de las conductas fraudulentas en la falencia.

Estos problemas dominan, en general, al legislador actual que, sin embargo, no preocuparon a nuestro derecho.

6. Ahora debía ocuparme de este elenco de temas, pero por razones de tiempo me ciño al primero, posiblemente el de mayor novedad, inspirado en el derecho norteamericano, que abandona el diálogo concordato preventivo y quiebra, para reemplazarlo por el de saneamiento de la empresa y ante su imposibilidad, la liquidación.

Hemos visto que este procedimiento ha dejado de ser "una ejecución colectiva", como se entendió en sus orígenes, para satisfacer a los acreedores proporcionalmente, pues se entiende existen otros intereses en juego de mayor jerarquía.

En el derecho patrio, el concurso preventivo está a disposición del deudor, en tanto la quiebra, resta a manos del mismo o de los acreedores, como ocurría a principios del siglo. Lo mismo sucede en otros países, donde todavía hay otros procedimientos, como Italia, que cuenta con la admi-

nistración controlada —art. 187 y ss. L. Fall.—, la liquidación coactiva administrativa —arts. 194 y ss.—, y últimamente la “administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis” —ley 95 del 2 de abril de 1979.

Esta abundancia de procesos tiende a dejarse de lado, para unificarlos en su comienzo —ley norteamericana, francesa, austríaca, etc.—, sin perjuicio de que luego se adopten algunos de los caminos previstos según la viabilidad de la empresa. Hasta puede ordenarse la clausura del procedimiento por falta de bienes, como sostiene el Proyecto Pajardi: no tiene sentido proseguir más el trámite, como en el país, cuando de antemano se conoce que importa innecesariamente un dispendio de energías, gastos y tiempo.

Rossi, examinando el derecho angloamericano, se pronunció en ese cauce hace casi treinta años: la insolvencia es un *status* que debe analizar y justipreciar el tribunal; pero ese *status* es de comprobación difícil, en cuanto sólo se exterioriza por algunos hechos; por ello, es menester que previo a la ejecución concursal, haya un procedimiento de carácter instrumental que permita la verificación de la insolvencia, y sin calificarla momentáneamente, permita otras vías de solución que la liquidación. De tal modo, que si ínterin la insolvencia puede desembocar en el convenio o el deudor encuentra los recursos para satisfacer las obligaciones, ese trámite conserva el carácter instrumental de escasa trascendencia para el deudor, con todas las derivaciones.

Quien insta la apertura del procedimiento se limita a la declaración de insolvencia, cuyos extremos de comprobarse por el tribunal abren una etapa preliminar de observación; esto es, para indagar por expertos las condiciones económicas de la empresa, cuya viabilidad no depende de la voluntad del deudor y de los acreedores —como en el concordato preventivo, entre nosotros— sino de su situación financiera real.

Durante ese estadio, que tiene una duración determinada, excepcionalmente prorrogable, la empresa prosigue la actividad normal en manos de los dirigentes sociales, contro-

lada o asistida por un administrador judicial, cuyas facultades compete fijar al magistrado, pues, como dice Jiménez Sánchez, si el procedimiento concursal hubiera de producir la apertura de un obligado paréntesis en el normal desarrollo de las actividades propias de la empresa, determinando su paralización hasta que concluyera el procedimiento de reordenación o revitalización, en muy contadas ocasiones podría llevarse éste a término, porque las empresas, como todas las organizaciones dinámicas, resisten la parálisis. Su hibernación no las conserva para mejores tiempos, las mata.

Los créditos nacidos en este lapso gozan de prioridad sobre los existentes con anterioridad a la apertura del proceso.

Los técnicos, mientras tanto, comienzan por levantar un balance económico-social de la empresa, precisando el origen de la crisis, la naturaleza y dificultades de la misma —art. 18 “a”, ley francesa—, para lo cual compulsan también la opinión de los organismos interesados —comité de empresa, delegados del personal, representante de los acreedores, etcétera—.

El objetivo de ese análisis es lograr un plan de solución, en su caso, aconsejando las medidas que corresponde adoptar: vg., modificación de la situación financiera de la empresa por reducción seguida de aumento de capital, lo cual puede importar variar la nómina de accionistas o socios; supresión de secciones o sucursales deficitarias; despido de personal excesivo, implementación de nueva tecnología, etc.

Ese “plan” presentado por el experto en diagnóstico de empresas, en el régimen francés —a diferencia del norteamericano— no es aprobado por los acreedores ni los socios, sino directamente por el tribunal quien determina la espera y/o quita que deben soportar los acreedores. El mismo es ejecutado bajo control de un comisario.

La ley francesa, como otra alternativa, admite la cesión de la empresa —total o parcial— a terceros, que incluye los contratos pendientes. Ello pone fin al juicio, ya que el pasivo es satisfecho con el precio de la cesión.

Ante la imposibilidad de esas soluciones corresponde la liquidación judicial, que arrastra a la disolución de la empresa.

Este punto de vista es propiciado por la *Kommission* de la ley de insolvencia germana: unificación de todos los procedimientos concursales en uno: no habrá más “diversas” soluciones de la insolvencia que pasa del saneamiento —si es del caso— con porcentaje para los acreedores, a la inmediata declaración de quiebra, si resulta imposible la recuperación.

LOS DOSCIENTOS AÑOS DE LA  
CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS  
DE AMÉRICA

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge A. Aja  
Espil, en la sesión pública conjunta de las Academias Nacio-  
nales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires, en homenaje al bicentenario de  
la Constitución de los Estados Unidos de América, realizada  
el día 17 de setiembre de 1987*



*Apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Marco Aurelio Risolia*

Un acontecimiento de marcada trascendencia da pie a esta reunión conjunta de dos Academias Nacionales.

Se trata del bicentenario de la Constitución Americana del Norte, en cuyos términos Alberdi y los constituyentes de 1853 bebieron muchas sugerencias útiles al proyectar y al redactar la Constitución Argentina.

Para referirse a ese asunto llevará la palabra en esta sesión pública el señor académico Dr. Jorge A. Aja Espil, que integra ambas corporaciones y tiene conocida actuación en la docencia, en la diplomacia y en la conducción de organismos rectores del Continente Americano.

No invadiré la temática de su discurso. Descuento que él abundará en la ponderación de la efemérides, con el saber y la elocuencia que adornan su personalidad. Permítaseme tan sólo reiterar lo que tengo dicho en otras oportunidades, con la sencillez y generalidad que conviene al marco de este culto auditorio.

Pocos hombres y mujeres de nuestro pueblo han leído y meditado con celo las disposiciones de la Constitución Nacional. Sin embargo, no cabe duda de que la libertad y la temperancia se pierden en la medida en que la Constitución se ignora.

Pocos saben a fondo que la Constitución instituye un gobierno nacional con poderes limitados, pero suficientes para defender y perpetuar la unión de los argentinos, leales

a la Nación antes que a su provincia o a la facción o partido de su preferencia.

Necesario es, por tanto, recomendar la lectura y el estudio de la Constitución y, como lo dijimos alguna vez, reimprimir algún sabio *Manual* como el de Joaquín V. González o las transparentes *Lecciones* de Estrada para ilustración de ciudadanos y gobernantes.

Tal vez se advierta así que la mente de la Constitución es sellar un pacto de unión perpetua, cuya virtud se acredita en cada crisis, en cada traspié de la incipiente democracia.

Tal vez se comprenda que más que empecinarse en reformarla es preciso empeñarse en cumplirla con honradez, con devoción, con sacrificio, conscientes de que se lucha por la libertad, por la justicia, por nuestra felicidad y la felicidad de nuestros hijos.

Son éstas verdades muy simples, pero cuidadosamente seleccionadas, que expreso con unción al abrir este acto con el que se rinde homenaje académico conjunto a la bicentennial Constitución de los Estados Unidos de América del Norte, engrandecidos por su fidelidad a un texto cuyo espíritu está presente en muchas disposiciones de la Constitución que nos rige.

Son verdades unidas al ser mismo de la Patria, a la realización de su destino trascendente, a la consecución de su futuro promisorio.

Quiera Dios, fuente de toda razón y justicia, que así lo entiendan los argentinos de hoy, para merecer la aprobación de los próceres que fueron y para orgullo de los que vendrán y examinen y juzguen la historia del presente.

He dicho, y cedo ya la tribuna al Dr. Jorge A. Aja Espil, académico de número de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales.



## LOS DOSCIENTOS AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En un día como el de hoy, un 17 de septiembre para ser más preciso, pero retrocediendo dos siglos en el tiempo, encontramos que treinta y nueve delegados de doce de los trece estados confederados, ponen fin a sus deliberaciones y proceden a firmar el texto de la nueva Constitución de los Estados Unidos. Simultáneamente el presidente de la Convención, George Washington, cerraba su diario personal con estas escuetas palabras: "La labor ha concluido. Hoy los miembros se dirigieron a la taberna de la ciudad, cenaron juntos y se despidieron cordialmente unos a otros. Por mi parte retorné a mi hospedaje, recibí los papeles del Secretario de la convención y me retiré a meditar sobre el trabajo realizado en jornadas de no menos de cinco y seis horas, algunas veces hasta siete, con excepción de los domingos y de los diez días de receso, a lo largo de más de cuatro meses".

Dos años más tarde, el 4 de marzo de 1789, ratificada por todos los Estados Miembros y celebrada como el advenimiento de una gran Nación, entraba en vigor ese modelo de sabiduría política que los convencionales de Filadelfia habían pergeñado. Se necesitarían, sin embargo, dos años más para que la Constitución Norteamericana incorporase su "Bill of rights" —diez artículos en forma de Declaración de derechos— y completar, desde diciembre de 1791, la integridad de su texto.

Si los grandes centenarios han de servir de algo, si no han de limitarse a la conmemoración protocolar del perso-

naje o de la obra en cuestión, deben ser incentivos para explorar aspectos inéditos o bien recordar su historia para conectarlos con los problemas de nuestro tiempo. Así lo han entendido las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Morales y Políticas al dedicarle esta sesión pública conjunta al bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos.

Tres fuentes de saber político emanan de esta Constitución: el que resulta de la inspiración de sus redactores; el que surge de una creativa interpretación a lo largo de las dos centurias; y, por fin, la veneración que de ella tiene el pueblo norteamericano que, muchas veces sin haberla leído, sabe esgrimirla en toda ocasión para defender la plenitud de sus derechos.

## LOS PADRES FUNDADORES DE LA NACIONALIDAD

“Nosotros el Pueblo” rezan las palabras iniciales del Preámbulo que presentó la Constitución de los Estados Unidos de 1787. ¿Quiénes eran estos “Founding Fathers”, estos Padres Fundadores que, al reivindicar para sí el nombre del Pueblo, estaban llamados a crear una nueva nación y un ruevo gobierno?

“Nunca hubo una asamblea de hombres cargados con mayor y ferviente esperanza, que fuesen más puros en sus motivaciones y que se dedicaran exclusiva y ansiosamente a cumplir con el cometido que se les había encomendado”, escribía James Madison en 1836, poco antes de su muerte y para entonces único sobreviviente de la Convención de Filadelfia. Empero, los 55 delegados que comparecieron en esta ciudad tenían distinta formación y distinta madurez: 21 de ellos no alcanzaban los cuarenta años y 14 excedían los cincuenta; 34 habían estudiado leyes, 3 eran médicos, 14 dedicados a los negocios inmobiliarios y 2 habían ejercido el ministerio religioso; 21 lucían méritos de las guerras contra Gran Bretaña, 8 eran firmantes de la Declaración de la In-

dependencia y 6 signatarios de los Artículos de la Confederación; 10 delegados habían participado en las asambleas constituyentes de los Estados y 7 llegaron a desempeñarse como gobernadores.

Provenían de confines distintos, unos de las Repúblicas igualitarias del Norte, otros de los estados esclavistas del Sur, con intereses opuestos que iban desde la sociedad agraria a las ciudades mercantiles, pero a todos los alcanzaba un espacio histórico común: la práctica religiosa y la práctica política. Más allá de las desigualdades sociales, de las diferencias de riquezas y de los desniveles intelectuales, el sentimiento republicano —como expresión de gobierno propio e igualdad ciudadana— se había adentrado en el corazón y en la conciencia de los ex-colonos.

Pero si ese vigoroso pensamiento político pertenecía al pueblo, la voz que lo proclama es la de aquellos delegados presentes en Filadelfia, la de George Washington, héroe de la Independencia; la de Benjamin Franklin, científico y humanista, ejemplo de virtud cívica; la de un George Mason, de cuya pluma brotó la Declaración de Derechos de Virginia; la de James Madison, inspirador y artífice de la Constitución; la de Alexander Hamilton, el iconoclasta de las grandes soluciones.

Sin duda que de todos los delegados que tomaron parte en los trabajos de Filadelfia, Madison ocupa el primer lugar. Toda su erudición de paciente estudioso y su dilatada experiencia como diputado del Congreso de la Confederación se volcó a demarcar la urdimbre apretada de un texto constitucional. A comienzos de 1787, cuando sólo contaba 36 años, encara la creación de un nuevo sistema político que debía preservar la unión de los trece Estados y vencer la arraigada creencia de que tan solo en pequeños gobiernos locales germinaba la libertad. En otras palabras, acordar un gobierno común sin menoscabo de la pluralidad de las soberanías estatales.

Es de su inspiración el novedoso proyecto constitucional que con el nombre de Plan Virginia tiene entrada en el seno de la Convención y que abre el cauce a la solución fe-

deral. Durante poco más de cien días de debates, Madison revela su honda compenetración con la división y control de poderes, con el régimen federal, sin dejar que ningún argumento, ninguna controversia, ninguna corrección fuese ajena a su cuidado.

## LAS FUENTES INTELECTUALES DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

La Inglaterra del siglo XVIII se caracteriza por la misión iluminista de los grandes progresos especulativos y técnicos de las ciencias. Vive una verdadera revolución científica. La explicación mecánica del universo inspirada por Descartes alcanza nuevo vigor con la redefinición del célebre físico inglés, Isaac Newton, quién franquea un segundo umbral en el acceso a los misterios de la naturaleza. El mecanicismo newtoniano desplaza al mecanicismo cartesiano, destruyendo errores y creando leyes inmutables, para imponerse a la mentalidad del siglo y pasar a ser el modelo de la ciencia moderna.

En el apogeo de su vida, Newton influyó grandemente en su amigo y admirador John Locke. Entablaron una relación intelectual que iluminó a distintos campos del saber. Este pensador político le rinde homenaje al “incomparable Newton” —son sus palabras— en su obra filosófica *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690), en donde, siguiendo las enseñanzas de aquél, indaga en la relación existente entre las leyes universales de la física y las destinadas a gobernar al hombre en la sociedad. Educado en la religión puritana, pensaba que Dios había empleado los mismos principios inmutables para crear al hombre que para crear el cosmos. Sin duda que Locke tuvo más éxito entre los colonos americanos como filósofo que como constitucionalista, pues su elaborado proyecto de Constitución para las Carolinas fue un tremendo fracaso. Esta geometría del universo gobernado por leyes invariables se expandió rápidamente y

tuvo seguidores en todas partes del mundo. En 1771, la Enciclopedia Británica —producto del iluminismo escocés— desarrolla en más de 23 páginas la definición de la teoría mecanicista que impregnaba a la cultura ilustrada y al pensamiento dominante en esa centuria.

Las nuevas ideas filosóficas de la vieja Gran Bretaña florecen en las Universidades de Edimburgo y Glasgow, donde el pensador Francis Hutcheson (1725) —autor de un tratado sobre la belleza, la armonía y el orden— rinde culto a las fórmulas algebraicas e intenta aplicarlas para cuantificar la moral y la ética. Elabora toda una ecuación para definir a la benevolencia como la aptitud para promover la felicidad pública, noción ésta que toma Jefferson para volcarla en la Declaración de la Independencia. Como se ve, estas concepciones cruzan rápidamente el océano y se desarrollan con igual vigor en el suelo propicio de América. Las Universidades de Filadelfia y Princeton —en ésta había estudiado Madison— adoptan las enseñanzas de Hutcheson, cuyas obras enriquecen las bibliotecas de Jefferson, Madison, Franklin y de muchos otros notables. Testigo viviente de aquella ideología británica había sido Benjamín Franklin, quién supo vivir largas temporadas de su juventud en Londres y pudo recoger muy de cerca las enseñanzas del entonces octogenario Newton, presidente de la Royal Society. Consagrado a las ciencias aplicó a la política iguales principios que los aprendidos en el campo de la física, para amparar la virtud ciudadana.

No puede sorprender, pues, que los viejos revolucionarios de las Colonias y los Convencionales de Filadelfia que comenzaban a ver cómo las máquinas creadas por el hombre transformaban a la sociedad, concibieran a la Constitución como una invención perfecta, una suerte de maquinaria de inspiración newtoniana. Así era el farragoso léxico de la época.

Jefferson, en 1774, en su *Summary View* menciona a “la gran máquina de gobierno”; en 1775, John Adams criticaba a la constitución británica como “una gran máquina que no podía perdurar a menos que se le agregara una nueva rueda”; en la Convención de Filadelfia, una de las fra-

ses más redobladas era el elogio al “admirable mecanismo de la constitución inglesa”. Al cumplirse el jubileo dorado de la Constitución Norteamericana, en 1837, también el presidente John Quincy Adams echaba mano de igual imagen: “cincuenta años han pasado —decía— desde el primer impulso dado a las ruedas de esta máquina política”.

Paralelamente gravitan sobre los Convencionales de Filadelfia las enseñanzas de dos juristas británicos notables, Sir Edward Coke y William Blackstone. Era este último una especie de Montesquieu inglés y también un consumado maestro, como han sabido serlo los grandes juristas. Sus *Comentarios* reproducen las lecciones que sobre la Constitución y las leyes inglesas dictara en 1753 en la Universidad de Oxford. Este libro ha sido citado en los Estados Unidos tanto como la *Biblia*, y probablemente más, porque en las instituciones inglesas no se le puede sacar a un ciudadano ojo por ojo y ni siquiera diente por diente, ya que se interpone el debido proceso legal, como Blackstone lo difunde en su obra.

En la primera edición americana de sus renombrados *Comentarios*, aparecida en 1772, el editor Robert Belle de Filadelfia, transcribe la lista de sus suscriptores. Los nombres de ocho futuros miembros de la Convención Federal de 1786 y de las personalidades más prominentes de la época, aparecen en ella. La influencia de los *Comentarios* de Blackstone fue tan grande en América del Norte que ya en 1775 se levantaba el desencanto de Edmundo Burke en el Parlamento inglés, quejándose del daño que aquel libro había sembrado en tierra americana. “Los colonos —decía— han tomado la obra para su propia defensa y se han vendido en América tantos ejemplares de los *Comentarios* como en la propia Inglaterra”.

Lo cierto es que con relación a las atribuciones del poder Legislativo y del Ejecutivo, los Constituyentes de Filadelfia siguieron no sólo la sistemática sino también la preceptiva de los *Comentarios*. Ésta, casi a la letra, fue transcrita en la Constitución Norteamericana.

Otro escocés, profesor de lógica y filosofía moral en la universidad de Glasgow y contemporáneo de los padres fundadores, influyó con sus ideas sobre el rol del gobierno en el campo económico. Adam Smith, que de él se trata, publica su clásico libro *La riqueza de las naciones*, en 1776, en donde sostiene que los controles económicos y las prácticas mercantiles aplicados a los colonos eran "manifiesta violación del más sagrado derecho del hombre". Tanto Benjamín Franklin, que lo trató con frecuencia en Londres, como Alexander Hamilton, quien escribió un extenso comentario sobre su famoso libro, endosaron los puntos de vista de Adam Smith sobre la división y mecanización del trabajo. El propio James Madison lo alabó en una de sus primeras intervenciones en el Congreso al tratar la libertad de comercio.

## SUS PRIMEROS CIEN AÑOS

Corresponde ahora explorar las vicisitudes de la Constitución durante su primera centuria. En oportunidad de dicha celebración era opinión generalizada que aun cuando el instrumento constitucional no había logrado la perfección anhelada por sus autores, el transcurso del tiempo lo había dotado de la eficacia suficiente para superar los graves problemas que debió enfrentar durante ese período.

Un constitucionalista entonces en boga, James Russell Lowell resumía así la opinión de la época: "Después que nuestra Constitución logró funcionar ordenadamente, pareció como si se hubiese inventado una máquina que marchaba por sí sola y ello hizo renacer la fe en nuestra suerte".

Y en efecto, la Constitución había tomado vuelo propio para impulsar la creación de nuevas instituciones y poderosos instrumentos de soberanía.

Dos conclusiones eran generalmente aceptadas por los estudiosos del centenario: que los mayores problemas de la Nación habían sido superados y que la Constitución alcanzaba un prestigio que debía hacer cautelosos a los que insinuaban su modificación. Es cierto que no todo había sido

fácil. En el año 1856 tiene lugar la odiosa sentencia en el caso "Dred-Scott versus Sanford", donde se reconoce a la esclavitud como una institución que tenía cabida en la ley fundamental norteamericana. Ante esa página negra de la historia jurídica de aquel país, se levanta la autoridad del Presidente Lincoln solicitando la reforma de la Constitución para apartarla de aquella interpretación anticristiana. Así se desembocó en la Guerra de Secesión, que es un ejemplo clásico de crisis constitucional frente al dilema de la supervivencia de la Nación misma.

Los Constituyentes de 1787 previeron el conflicto, como lo prueban las proféticas palabras de George Mason en la sesión del 22 de agosto de aquel año: "La esclavitud —decía— no es simplemente un problema local, ella aflige a toda la Unión. Las insurrecciones de esclavos han tenido lugar en la antigua Roma y en Sicilia. ¿Entonces, por qué no aquí?"

Los avatares de una de las más crueles guerras civiles, llevaron al Presidente Lincoln a suspender por sí mismo el recurso de habeas corpus, imponer la ley marcial y declarar la guerra a los estados confederados. Al sostener que la Constitución investía al Comandante en Jefe con el derecho de guerra en tiempo de guerra, el Presidente Lincoln adoptaba una interpretación capaz de permitirle desarrollar acciones en el campo militar, lo que el Congreso no podía constitucionalmente autorizar. No menos dura fue la decisión presidencial de dictar la Proclama de la Emancipación, el 1º de enero de 1861, un verdadero bando militar que si bien violentaba la regla democrática de la mayoría, consagraba la libertad y la igualdad republicana de los hombres de color. Durante este período se produjo una permanente expansión del gobierno central y sus tribunales en detrimento de los Estados. La Constitución pasó a ser símbolo de la unión nacional y de la integridad territorial.

En el campo de las ideas políticas, la celebración del primer centenario produjo una interesante polémica doctrinaria. Desde Londres voces autorizadas se sumaban al elogio de la Constitución de los Estados Unidos. Entre ellas, William E. Gladstone, miembro del parlamento y jefe de la opo-



sición liberal, quién escribe en 1878 un ensayo *Kin Beyond Sea* (Los parientes del otro lado del mar), en el cual desarrolla un parangón entre las instituciones inglesas y la americana. “Las dos constituciones de los dos países —decía Gladstone— expresan más bien las diferencias que las semejanzas que entre ellas existen. Así, mientras una es algo en crecimiento, la otra es algo ya hecho. . . Pero mientras la Constitución Británica es el más sutil organismo nacido del vientre y de la gestación de la Historia, la Constitución Americana es, de lejos, la obra más maravillosa que se haya producido jamás, de una sola vez, por la inteligencia y la voluntad del hombre”. El impacto de la frase final conque el gran líder liberal elogiaba la Constitución escrita de los Estados Unidos, influyó sobremanera para darle dimensión histórica al constitucionalismo americano. No faltó, sin embargo, quién se levantara contra aquella afirmación. Un profesor de Jurisprudencia de Princeton, Alexander Johnston, contesta con un ensayo donde refuta a Gladstone y que logra el no poco mérito de convertirse en uno de los capítulos más celebrados de la Enciclopedia Británica. Tras recordar la experiencia de gobierno de los viejos colonos, Johnston acude a la ironía británica y dice: “si el brillante suceso que produjo la constitución Americana prueba algo, ello no es que la viabilidad de una Constitución resulte de la inteligencia y voluntad del hombre. . . Por el contrario, el primer siglo de nuestra Constitución parece mostrar que es su natural crecimiento el que le da la potencialidad de su permanencia”. Un contemporáneo de Gladstone, educado en Escocia y también miembro del Parlamento, James Bryce, publica en 1889 su famoso *American Commonwealth*, donde coincide con la argumentación de Johnston.

Esta tesis fue desarrollada nuevamente en el año 1900, por un historiador inglés, Amos Kidder Fiske, al sostener que “la Constitución Americana al igual que la Británica era un continuo desarrollo, una permanente adaptación a las necesidades y a la expansión de la Nación. . . Así como la Constitución británica es la creación del Parlamento —con-

cluía— la Constitución americana es la creación de la Corte Suprema operando sobre el texto de 1787 y las leyes que el Congreso dictó desde entonces”.

## SUS SEGUNDOS CIEN AÑOS

A fines del siglo pasado y a comienzos del presente se insinúa una transición cultural en el campo de la filosofía política. Un fresco impulso contra la especulación mecanicista en el mundo de habla inglesa, como sanción a la tendencia ahistórica, sostenía que la naturaleza humana y las leyes que reglan el quehacer del hombre no pueden ser explicadas o tratadas con los principios de la física o de las matemáticas. Simultáneamente se ponen en boga las ideas biológicas de Charles Darwin y Herbert Spencer y bien pronto los amantes de la libertad se instalan en el evolucionismo.

En efecto, la teoría darwiniana sugería que la actividad humana y las leyes que la gobiernan eran el producto de una evolución social que no alcanzaba a ser comprendida sin el estudio de la historia. La ley del desarrollo histórico —afirmaba— es tan inmutable como las leyes de la física.

Estas ideas sobre un nuevo organicismo cruzan rápidamente el Atlántico. Un pensador de la talla de Oliver Wendell Holmes Jr. publicaba en 1881 su conocido libro *The Common Law*, donde ensaya definir esas concepciones, que caracterizarían sus futuros razonamientos desde la Corte Suprema. En 1914, escribe: “Las previsiones de la Constitución no son fórmulas matemáticas sino instituciones orgánicas, vivas, transplantadas del suelo británico”. En el año 1912, Woodrow Wilson, celebrado constitucionalista y por entonces candidato a la presidencia de los Estados Unidos, explicaba durante su campaña, que “los autores de la Constitución Federal construyeron un gobierno como pudieron haber construido un planetario. . . Los políticos, en su pensar, eran una variedad de ingenieros. . . La Constitución fue establecida sobre la base de la ley de la gravedad. . . Los

gobiernos existían y actuaban en virtud de la eficacia del sistema de pesos y contrapesos (*Checks and balances*)". Lo que tanto Holmes como Wilson criticaban era la noción newtoniana de un constitucionalismo estático. Este último, en su libro *The new freedom* (1921) desarrolla su tesis en los siguientes términos: "La sociedad es un organismo vivo que debe obedecer las leyes de la vida y no las leyes mecanicistas: debe desarrollarse. Todo lo que el progreso requiere y desea —en una era en que desarrollo es la palabra científica— es autorización para interpretar la Constitución acorde con los principios de Darwin. Lo que se requiere —concluía Wilson— es el reconocimiento de que una Nación es algo vivo y no una mera máquina". Era, pues, la afirmación de que la vida humana no es un mecanismo sino una actividad libre y pensante que se proyecta al futuro.

La crisis socio-económica del año 1930 fue otra prueba de fuego que debió soportar la Constitución. El presidente Roosevelt en su discurso inaugural le imprimió su propio recitado: "Nuestra Constitución —decía— es tan simple y práctica que es posible siempre encontrar soluciones a necesidades extraordinarias por meros cambios de énfasis y arreglos, sin afectar lo esencial". Sin embargo, sentimientos más radicales sostenían que para acelerar el proceso de cambio socio-económico que encerraba el New Deal, era menester modificar la Constitución en un giro de simetría inversa, para fundarla más en las garantías sociales que en los derechos individuales. Esta tendencia reformista que irrumpe con los movimientos progresistas del primer tercio del siglo, afirmaba que la Constitución como símbolo estaba perimida y que la Constitución como instrumento de gobierno desnudaba sus falencias. Autores como Charles Beard, J. Allen Smith y otros de análogo prestigio se sumaban a esta posición.

La confrontación del Presidente Roosevelt con la Corte Suprema alcanzó las características de un debate nacional durante los años 1936 y 1937. Es interesante anotar que su proyecto de reforma (*Court-Packing*), impactó a la opinión pública que identificó a la Corte Suprema con la Constitución. Atentar contra aquella era tanto como atentar contra

ésta. Coincidente con el desarrollo de los medios de comunicación, la prensa y la radio, la defensa de la Constitución alcanzó proyecciones no conocidas antes.

## LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL Y LAS LIBERTADES INDIVIDUALES

Otra durísima prueba de fuego a que se vio sometida la Constitución Americana fue el trauma de guerra total que explotó después del ataque de Pearl Harbor, y donde se volvieron a poner en juego los valores culturales de la Nación. Por un lado, las libertades individuales constituían la razón de ser de la implacable lucha que se libraba por la dignidad del hombre. Pero, por otro, la atmósfera cívica llegó a enrarecerse de tal manera, que la intolerancia se enseñoreó entre los propios ciudadanos americanos.

Cada uno era amigo o enemigo según la posición que adoptara frente al escenario trágico que vivía la humanidad. La segregación de setenta mil ciudadanos de origen japonés, trasladados desde las costas de California a centros de concentración —o recolocación, como eufemísticamente se los llamaba— en zonas desérticas del interior, conturbó a la opinión pública americana poniendo al desnudo graves diferencias entre la teoría y la práctica constitucional.

Por extraña paradoja, tales excesos despejaron el camino para una futura reacción integradora que había de tener lugar en las décadas del '50 y del '60.

## ¿CUÁN DEMOCRÁTICA ES LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS?

Es ésta una reiterada pregunta que se formulan los círculos académicos del país del Norte.

Puede afirmarse que los Constituyentes de Filadelfia reflexionaron sobre un modelo de república formada por hombres libres, pero opuesta a una democracia directa pro-

clive a las pasiones opresoras. Sus declarados propósitos demuestran que buscaban proteger a cabalidad el accionar de las individualidades ciudadanas y escudarlas de las intrusiones del poder político. La sociedad tradicional de aquel tiempo era cerrada y esclavista, en la que no votaban ni las mujeres ni quienes carecían de recursos mínimos, ni, por supuesto, los esclavos.

El gran acierto de los padres fundadores, y que pone de manifiesto su espíritu democrático, fue el de imponer la regla de la mayoría, dejando abiertas, así, las puertas a una nueva sociedad. El período que va desde 1787 hasta 1829, año en que alcanza la presidencia Andrew Jackson, se caracteriza por la puesta en marcha de la Constitución, es decir, por el impulso a la organización institucional y a la consolidación territorial.

Pero con el advenimiento de Jackson se inaugura un programa democrático asentado en la difusión del sufragio popular y en fervorizar el entusiasmo cívico del pueblo. En aquella simiente democrática la regla de la mayoría inserta en la Constitución germina y da como fruto la mayoría popular. Con el triunfo del populismo jacksoniano, república y democracia comienzan a entenderse. Es para entonces que arriba a América del Norte ese joven andariego llamado a imponerle un rótulo a la realidad política y social que visitaba. Tocqueville —que de él se trata— se deslumbra con el despertar de los instintos democráticos de la sociedad norteamericana, lo que explica sus reflexiones, no siempre optimistas, sobre la “omnipotencia de la mayoría de los Estados Unidos”.

La política electoralista del Presidente Jackson no fue óbice para que en su discurso de despedida, justamente en el año del cincuentenario de la Constitución (1837), elogiara sus virtudes: “Nuestra Constitución —decía— no es más un experimento incierto; al final de medio siglo de vida, encontramos que ha preservado de manera incomparable las libertades del pueblo, asegurado los derechos de propiedad y que nuestro país ha progresado más allá que cualquier

ejemplo en la historia de las Naciones". El énfasis de Jackson sobre las libertades del pueblo abría camino a los nuevos tiempos del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo según lo definiría, años más tarde, el presidente Lincoln.

Ahora bien, la incipiente democracia que visualizó Tocqueville en 1830, se yergue rápidamente, merced a la vitalidad y dinamismo de la sociedad norteamericana. La Constitución acompaña en este camino a la modernidad, y logra armonizar los impulsos de la prosperidad económica, de la libertad religiosa, y de la opinión pública, tríptico sobre el que se asienta la democracia del norte. Ésta, en nuestros días, alcanza todos los desarrollos que la imaginación pueda concebir y se transforma en el pilar de la sociedad occidental contemporánea.

Hemos venido a parar, por fin, al interrogante capital de esta cronología de la república americana: ¿han llegado los Estados Unidos a ser una gran democracia gracias a su Constitución o, por el contrario, ésta ha sobrevivido gracias a una sociedad intrínsecamente democrática? Si se razona en términos históricos no resulta antojadizo inclinarse por la segunda posición, aunque admitiendo la sabiduría de ese instrumento legal capaz de acompasar y a veces impulsar las mutaciones sociales.

Los Estados Unidos de hoy parecen conservar muy poco de la república original ya que ésta se ha ido transformando, gradualmente, en la democracia que los Padres Fundadores parecían temer. Y este es el mayor de los méritos de la Constitución al permitir que cada generación modele su propio destino. El pueblo norteamericano ha sido paciente en la espera porque sabe lo que tarda en crecer el árbol.

## LA INTENCIÓN ORIGINARIA

El principio fundador, construido sobre la invención política más generosa de la historia, el liberalismo, consistió en que el Estado tuviera límites para que la sustancia social

no perdiera vitalidad. Ese propósito original permanece latente en la Constitución Americana y de tiempo en tiempo salta al ruedo de la polémica. Es como un retorno a las fuentes para rescatar la ética política. A lo largo de los años, prominentes estudiosos de diferente inspiración, han acusado a la Corte Suprema de los Estados Unidos de abusar de la revisión judicial para emplearla con fines políticos. Últimamente, aquellas críticas han arreciado frente a fallos recientes del Alto Tribunal defendiendo derechos individuales que la Constitución no establece explícitamente o bien por imponer preferencias políticas o filosóficas de los magistrados por encima de leyes sancionadas por legislaturas democráticamente elegidas. Se la acusa de actuar como una privilegiada élite gobernante, bien alejada de la "intención original" de los constituyentes de Filadelfia. Esta tendencia ha sido bautizada como activismo judicial o, más técnicamente, como "interacción legislativa" y aun con la expresión *policy making*, es decir algo así como la de nuestros llamados operadores políticos.

De este modo nace la llamada doctrina de la "intención original", que requiere que el texto, la estructura y la historia de la Constitución provean al juez, no con la solución sobre el caso específico sino con una premisa a partir de la cual se pueda comenzar a razonar sobre el caso. De lo que se trata es de que los jueces no apliquen sus propias preferencias morales, sociales y filosóficas en lugar de las que resultan de la Constitución. Los que no aceptan esta posición doctrinaria recuerdan que la Constitución está llamada a evolucionar y que el curso de este desarrollo debe estar determinado por la filosofía moral y política actual, la que difiere en mucho de aquella que reinaba en los albores de la Nación.

Es correcta la observación de que la moralidad de una sociedad es cambiante —aceptan los partidarios del originalismo— pero esa moralidad que se transforma será reconocida por los funcionarios democráticamente elegidos y no por magistrados judiciales. En síntesis, la doctrina originalista sostiene que los jueces no pueden extravasarse de sus fron-

teras propias, precisamente para ser eficaces, y no deben invadir aquellos espacios que la Constitución ha reservado a los procesos democráticos.

Se me ocurre que es difícil conjeturar lo que los viejos padres fundadores hubieran dicho sobre problemas actuales enfocados con el prisma de hace doscientos años, pero sin duda hubieran celebrado que esas páginas admirables que salieron de Filadelfia, sigan haciendo pensar y debatir en el umbral del tercer siglo de vida.

Señores Académicos, Señoras y Señores:

Rematemos esta incursión a lo largo de doscientos años, formulándonos un último interrogante: El porqué de esta celebración.

Los americanos del Norte festejan el bicentenario de su Constitución no sólo por lo que ella significa en su historia política como epopeya de la libertad sino por lo que hoy representa como baluarte de la democracia.

Pocas cosas en la vida perduran durante siglos salvo la naturaleza, la historia y la religión. Justamente porque la Constitución de los Estados Unidos se inspiró en la naturaleza humana, absorbió las lecciones de la historia y fue acatada con religiosidad, es que logró superar los avatares del tiempo y mantener la fuerza y lozanía de las clásicas obras de arte.

La vieja república norteamericana, aferrada al juego de sus instituciones, tal cual la pensó Madison, se ha ido transformando en una vigorosa democracia donde el peso de la opinión pública traduce la voluntad del cuerpo político. Una sociedad que aloja dentro de sí semejante fuerza estructural y a la par siente un respeto sagrado por su Constitución, está destinada a perdurar en el tiempo. En el Preámbulo, sólo superado en belleza por el argentino, mezcla de himno y de plegaria, se estamparon los grandes principios éticos y materiales que expresan los objetivos permanentes de aquella comunidad de hombres libres.



El paso de otro siglo le dio más luz en su marcha hacia el futuro, en su aptitud para innovar ante nuevas inteligencias y nuevas voluntades. Celebrémoslo con este homenaje al más breve de los *corpus juris* o, como lo quería Rodolfo Rivarola, "el libro más pequeño en formato pero el más grande en su acción y en sus consecuencias".



## CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

*Disertación pronunciada por el académico correspondiente  
Dr. Jesús Luis Abad Hernando, en la Academia  
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Buenos Aires, en la sesión pública  
del día 24 de setiembre de 1987*



*Apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Marco Aurelio Risolia*

La Academia que tengo el honor de presidir se complace en acreditar en este acto, como uno de sus miembros correspondientes, al señor académico de número de la entidad paralela de Córdoba Dr. Jesús Luis Abad Hernando, quien suma a su título de Doctor en Derecho los de notario, traductor público, profesor en lengua italiana y especializado en pedagogía y exhibe en su curriculum, para abonar su labor de docente, de magistrado y de publicista altas y merecidas distinciones que resumiré para no fatigar al auditorio:

Profesor titular de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional y en la Católica de Córdoba; director de cursos de especialización en la Universidad Nacional de La Plata; miembro titular de nuestro Instituto de Derecho Administrativo y de las Asociaciones Argentinas de una y otra rama del Derecho Público; ex-Fiscal de Estado y ex-Vocal y presidente del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba; miembro de varias asociaciones internacionales en las disciplinas mencionadas y Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Avalan, además, su vocación y sus méritos los cursos que dictara fuera del país como profesor invitado, sus casi cuarenta años de docencia secundaria y superior, y una extensa y recomendable obra escrita que se acumula en tratados, digestos, estudios de variada temática y en más de ochenta ar-

tículos que han visto la luz en revistas especializadas del país y del extranjero.

Quienes tenemos el placer de frecuentar su trato podemos añadir aun que distinguen al Dr. Abad Hernando calidades humanas de significativo mérito: su laboriosidad, su trato afable, su llaneza, y ese acento inconfundible que, como diría Vélez, es un poco de la tierra nacional de adopción que ha quedado prendido a su garganta.

Me complazco, pues, en entregarle el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro correspondiente de nuestra Corporación y en ofrecerle la tribuna para disertar sobre un tema en el que ha querido anudar dos vías paralelas en su vocación de jurista, de docente, de magistrado.

## CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

1. A partir de la calidad de Ley Suprema que inviste la Constitución Nacional con todo su sentido y alcance como fundamento no sólo del ordenamiento jurídico-político del Estado, máxime por su carácter de federal, sino como el verdadero y real sistema de garantías que surgen ínsitamente del reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre y le aseguran la libertad que le es propia como estilo de vida inapreciable, quiero formular una cuestión básica.

Esta cuestión no supone poner en mera relación conceptual a la Constitución con respecto a la administración, porque la tarea sería imposible desde que se desenvuelven en planos distintos y de plena subordinación, tanto jurídico-formal como sustantivo, el que corresponde a la segunda frente al que se refiere a la primera.

Empleamos aquí el sustantivo "administración", para recoger mejor aun el criterio material de función jurídica del estado, que representa la llamada función administrativa; según este criterio, tan excelentemente expuesto entre nosotros por Miguel S. Marienhoff<sup>1</sup>. La que, además, es siempre sub-legal y sub-jurisdiccional. O sea que el planteo

<sup>1</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 33 y ss. El insigne maestro argentino desarrolla aquí de manera magnífica, a la par que incuestionable, a nuestro criterio, la teoría indicada.

Acerca de lo administrativo como sub-legal y sub-jurisdiccional, nuestra posición es clara y de tal manera afirmada en *Autonomía Conceptual de las Instituciones del Derecho Administrativo*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1967, p. 17 y ss.; Estudio I en "Estudios de Derecho Administrativo", Ciudad Argentina, Mendoza, 1985, p. 29 y ss.

lleva al análisis, primero, y al juicio de valor, después, acerca de qué principios, exigencias, pautas, garantías, que pudiera haber desarrollado el Derecho en general y el Derecho Administrativo en particular, tienen la jerarquía necesaria y suficiente para integrar aquel alto plano normativo de la Constitución.

Tal el interrogante. Tal la preocupación de los que creemos que el Derecho Administrativo es fruto entrañable del Estado de Derecho.

2. Sin perjuicio de que la labor propuesta ha de culminar en la misma Constitución Nacional, parece oportuno que el íter señalado se inicie en el ámbito del derecho constitucional comparado internacional y prosiga en el del derecho público provincial, buceando incluso en las últimas reformas realizadas en el país.

a) La Constitución de la República Italiana de 1947 es una muestra señalable, en primer lugar, porque responde al período de la segunda posguerra mundial, con el decantamiento del llamado Estado social de Derecho, y porque ha influido decisivamente en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y de otras constituciones europeas, incluso reformadas, habiendo también llegado hasta la española de 1978 y la de la República de Portugal.

Tras un preciso desarrollo del reconocimiento y garantía de los derechos inviolables del hombre tanto en su dimensión de persona individual como en la de integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad, deber que asume Italia en su carácter de República, exige, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones ineludibles de solidaridad política, económica y social, y la afirmación de idéntica dignidad social y de igualdad ante la ley, óntica y fácticamente, desde que es asimismo deber de la República remover lo que impida aquel pleno desarrollo y participación; ya en el artículo 5 —e integrando el capítulo liminar de los “Principios Fundamentales”, a manera de Preámbulo



normativo— la misma República, única e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales y aplica en los servicios que dependen del Estado la más amplia descentralización administrativa.

Culmina tal aserto principista, a modo de corolario, con la expresión: “adapta los principios y métodos de su legislación a las exigencias de la autonomía y de la descentralización”.

Luego, en el mismo tópico principista, el constituyente italiano ha previsto, en el artículo 9, que la República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Y, a continuación, “tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación”. Aúna esta función tuitiva no sólo con referencia a los recursos naturales sino con especial correspondencia a los que son obra del hombre, complementando la Creación. Se llega por tal camino al concepto de “ambiente humano”, más rico y enriquecedor aun.

Tal punto de partida, permite vislumbrar que más adelante la Constitución ha de avanzar en otros principios y pautas, en rigor, programáticas.

El art. 23, paradigmático en el Estado de Derecho, señala la garantía de que “ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta sino conforme a la ley”.

El art. 24, tiene un claro encabezamiento de tutela amplia, cual es la que “todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos”. La importancia de este dispositivo en concordancia con otros, ha de ser motivo de consideración más adelante.

El art. 28 que culmina el título de las “Relaciones civiles”, dentro de la Primera Parte dedicada a los “Derechos y Deberes de los Ciudadanos”, prevé la Responsabilidad del Estado y de las entidades públicas en los supuestos de responsabilidad civil, si bien por extensión, ya que antes ha señalado la responsabilidad directa según las leyes penales, civiles y administrativas de los funcionarios y dependientes de aquél y de aquéllas. Si bien la fórmula no es afortunada, la doctrina jurisprudencial no ha tenido dificultad en aceptar la teoría hoy ya consolidada entre nosotros sobre el tema.

Dentro de la Segunda Parte, denominada "Ordenamiento de la República", los arts. 97 y 98 se refieren a la "Administración pública" en especial. Allí se afirma que las oficinas públicas se organizan conforme a la ley, de modo que queden asegurados el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración<sup>2</sup>.

Y luego: "en el ordenamiento (de ellas) se determinarán las esferas de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios", "A los empleos en la Administración pública se ingresa mediante concurso, salvo las excepciones establecidas por la ley". Este primer artículo de los dos mencionados contiene esta exigencia de "imparcialidad" de suma importancia, no sólo considerada en general, sino en particular, en los supuestos en que la Administración decide en relación a dos o más administrados, en la hipótesis llamada de acto administrativo con contenido o sustancia jurisdiccional. Además, la imposición por la norma constitucional de que toda ley ordenadora de la Administración tenga necesariamente que delimitar competencias, atribuciones y responsabilidades, constituye una real garantía en sí misma. El último de los artículos mencionados establece que los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación, lo que es de trascendencia en un Estado unitario. También que los miembros del Parlamento, si son empleados públicos, no pueden ser ascendidos sino por antigüedad. También impone la posibilidad de limitaciones para inscribirse en los partidos políticos para los magistrados, militares en actividad, lo mismo que el personal policial y del servicio exterior.

En el art. 100 se prevé al Consejo de Estado como órgano de consulta jurídico-administrativa y de tutela de la justicia en la Administración, por un lado. Por otro, al Tribunal de Cuentas, en el doble papel de control preventivo de

<sup>2</sup> Nos hemos referido a ello en la nota de nuestra traducción de la obra de GUGLIELMO ROEHRSEN, *La Justicia Administrativa en Italia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 1 (notas 2 y 3).

legitimidad de los actos y a posteriori en la fiscalización de la gestión del presupuesto del Estado. También con idéntico control sobre los entes que el Estado subvenciona ordinariamente; asimismo informa directamente a las Cámaras acerca de la verificación efectuada. Ambas instituciones tienen asegurada su independencia como la de sus integrantes frente al Gobierno<sup>3</sup>.

Pero, quizás, la coronación del sistema de garantías con respecto al administrado se halla en el art. 113. Este dispositivo, que integra lo que se llama "Normas sobre la jurisdicción", establece que "contra los actos de la Administración pública se admitirá siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de jurisdicción ordinaria y administrativa. Tal tutela jurisdiccional no podrá ser excluida ni limitada a medios particulares de impugnación o para determinada categoría de actos. La ley determinará los órganos de jurisdicción que pueden anular los actos de la Administración pública en los casos y con los efectos previstos por la ley misma".

Es de advertir la concordancia de este señalable precepto con el recordado art. 24, primera parte<sup>4</sup>.

Roehrsen, haciendo un análisis de la tarea pretoriana que ha realizado la Corte Constitucional italiana, por su misión de control de legitimidad en relación con la Ley Suprema, destaca algunos conceptos cargados de significación.

Pone en evidencia que la Constitución italiana no se ha limitado a indicar los cometidos de la Administración, sino

<sup>3</sup> Es el Consejo de Estado Italiano un órgano parecido y diferente, a su vez, del del sistema francés. Sobre su concepto y evolución, ROEHRSEN, *op. cit.*, p. 27 y ss. y nuestras notas 33 a 37.

Esta "Corte dei Conti" como sistema ha influido en nuestro país. Córdoba adopta el sistema en la reforma de 1923 de su Constitución.

La actual Constitución, según reforma de 1987, lo mantiene.

<sup>4</sup> ROEHRSEN, en *op. cit.*, destaca la trascendencia de esta jurisdicción de legitimidad que la Constitución ha venido a reconocer e institucionalizar de modo definitivo. Nos remitimos a sus conceptos y nuestras notas en cada caso.

Las opiniones del autor italiano que hemos citado reiteradamente son destacables por su calidad de más de 40 años en la magistratura tanto en el Consejo de Estado como, después, en la Corte Constitucional, siendo actualmente Presidente Honorario del primero y Presidente Emérito de la segunda.

que ha señalado el máximo interés por su "modo de ser" y con una serie notable de disposiciones ha hecho referencia sobre todo a una organización descentralizada, es decir próxima a los administrados y, por tanto, en mejor grado de percibir y de satisfacer los intereses de las poblaciones y comunidades de todo tipo.

Se ha preocupado por efectuar una configuración notablemente distinta del aparato público, que resentía todavía del sistema napoleónico y que permitió ser reencarnado precisamente por la dictadura anterior a la propia Constitución. Y prosigue. En el mismo cuadro de apreciación debe mencionarse el dispositivo del art. 28 que, hablando de las responsabilidades, trata de considerar e incluso despuntar la figura del "funcionario" de manera de ponerlo casi en relación directa con el administrado.

Por eso, otra norma constitucional (el art. 97) quiere que la ley precise las competencias y las responsabilidades de los funcionarios mismos. Existe otra posibilidad de ver estas exigencias, como la de caracterizar el criterio republicano de transitoriedad funcional que ha sido iluminado en el sistema anglosajón y que no puede ser desdeñado. Se destaca asimismo el obrar con "imparcialidad" de la Administración. Es, en realidad, un aspecto específico de los principios de legalidad y de igualdad, pero que asume un relieve singular porque la Administración, cuando obra, es parte (y como tal debe permanecer), sin embargo debe obrar objetivamente, valorando con equidad y justamente todos los intereses en juego (que a menudo son tantos y tan distintos entre ellos).

El "buen funcionamiento" que exige también la norma, consiste en la eficiencia de la acción administrativa.

Puede decirse que imparcialidad y eficiencia son principios ya afirmados por la doctrina y por la jurisprudencia administrativas y no son sustancialmente nuevos, por tanto; mas asumen un destacado mayor valor por haber sido receptados en normas constitucionales de rango superior.

Por otra parte, por lo que se refiere a la posición o situación jurídicosubjetiva de los administrados ante el poder

de la Administración, la Constitución italiana ha aceptado a distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, que se halla en la base de todo el derecho administrativo taliano. Incluso por exigencia de naturaleza procesal para optar por la tutela jurisdiccional correspondiente, como sabemos <sup>5</sup>.

El criterio dominante en la tarea de la Corte Constitucional italiana sigue siendo la ponderación de aquella dicotomía y que ella depende del grado de reconocimiento y estimación que el legislador realice en la atribución de los intereses sustanciales de los administrados en relación con los de la comunidad; es decir de la manera como la ley regula la situación de los sujetos frente a la Administración. De ahí puede surgir la función de búsqueda de la ecuación de la legalidad, como preferimos llamarla, en la tutela que aquella relación jurídica administración-administrado requiere.

Para la doctrina jurisprudencial estas normas tienen mucho relieve porque el reconocimiento de los intereses legítimos comporta un cierto reconocimiento incluso de potestades discrecionales de la Administración que no es sólo expresión de supremacía (admisible únicamente como consecuencia del tipo de actividad conforme a la ley), sino ante la necesidad de que normas abstractas y generales puedan ser convenientemente aplicadas o adaptadas a todas las cambiantes situaciones de hecho y a todos las distintas hipótesis en que se articula el interés público.

Por eso la discrecionalidad no puede ser eliminada; pero puede y debe ser reducida y circunscripta (quizás más desde el exterior que del interior de la propia Administración) y a objeto de evitar los abusos y los desvíos.

Repensando aquellos primeros preceptos que contienen

<sup>5</sup> Algunos autores han sostenido que tal distinción es artificiosa. Pero en el sistema italiano la distinción se mantiene y ha motivado una serie de construcciones. Sabemos también que hoy se quiere adicionar la situación de los llamados "intereses difusos" y asimismo generalizando un concepto amplio de derechos subjetivos. Ello con ser señalable no es ahora motivo de exposición.

los "Principios Fundamentales" de la Constitución italiana, debemos dejar sentado, a esta altura, que ninguna norma constitucional, cuando se refiere a la persona humana y lo garantiza, puede dejar de influir e iluminar las disposiciones del Derecho Administrativo, el cual así permanentemente se amplía y se redimensiona, constitucionalizándose incluso. Sobre ello volveremos.

Ha sido precisamente la Corte Constitucional italiana la que más ha procurado circunscribir la acción administrativa. Ha exigido una motivación precisa, ordenada y metódica de los actos administrativos, con especial referencia a los que limitan derechos de los administrados, y, lo que es fundamental, ha considerado que el verdadero concepto de imparcialidad comprende necesariamente el de moralidad de la acción administrativa <sup>6</sup>.

Entre nosotros, Miguel S. Marienhoff enseñó desde la cátedra la trascendencia conceptual de la "moral" como elemento esencial, autónomo y específico del acto administrativo. Es, en rigor, un fundamental principio ético-jurídico y, por tanto, constituye el substrato obvio de todo acto jurídico, sea éste de derecho privado o público. Tal lo que sostiene desde su *Tratado* <sup>7</sup>.

Estas afirmaciones de la Corte Constitucional italiana, en definitiva, son las que enaltecieron la labor pretoriana del Consejo de Estado en Italia, tributario también en ello del francés, tan significativo en la génesis del Derecho Administrativo.

Así la Administración como instrumento de la realización del interés público queda bajo un verdadero control de exigencia conceptual, por más que se trate, en última ratio, del reencuentro de la finalidad de tutela del sujeto pasivo de la relación jurídico-administrativa, o sea del administrado y, por consiguiente, del sustentamiento en máxi-

<sup>6</sup> Sentencias Nos. 12/1965 y 89/1971, respectivamente. C. C. Rep. Ital.

<sup>7</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 274 y ss. Conc. ed. 1981, *op. loc. cit.* Adviértase la fecha de 1971 del fallo mencionado de la Corte Constitucional italiana.

ma garantía del principio de equilibrio y de justa composición de posiciones contrapuestas.

En aquella sentencia de 1971, por la que quedó asentado que el concepto de "imparcialidad" comprende también el de "moralidad" de la acción administrativa, la Corte Constitucional italiana destacó asimismo que cualquiera puede darse cuenta de que ello supone también en concreto lo difícil que resulta el control sobre dicho fundamental elemento, aunque siempre debe ser examinado el acto con respecto a él. No se nos escapa que la tarea del juez es ampliamente posible, en el sistema italiano, en los casos en los cuales está permitido el control sobre el "mérito" de la actividad administrativa. Y el mismo Tribunal que hemos mencionado así lo confirma en esa sentencia recordada.

Finalmente —y anticipando algún aspecto de nuestro razonamiento último— queremos señalar que no es necesario que el constituyente trate de explicitar innecesariamente meros conceptos, sino que adopte formulaciones precisas no exentas de generalidad e impersonalidad como le corresponde a la norma, máxime si ella se ubica en el alto plano jurídico para regir a todo el bloque de la legalidad. Esto permite luego al órgano que tiene en el régimen republicano la máxima tarea de restablecer el equilibrio de esa misma legalidad, es decir al Juez, la dignísima misión de tutela y control del comportamiento administrativo. Tampoco asumir por el constituyente formulaciones normativas, propias ya de la derivación de primero o segundo grado, características del tiempo y de las exigencias que tiene a su cargo el legislador por acto constituido y eventualmente, cuando corresponde, por el administrador titular nato de la administración activa, o sea el Presidente en nuestro caso, y por reglamento.

La Constitución de la República Italiana dedica a las "regiones, provincias y municipios", es decir a las llamadas colectividades territoriales, un título muy significativo donde se hace efectiva la propuesta principista inicial de descentralización que es también metodológica, a partir del criterio de autonomía funcional.

También cabe destacar en esta rápida revista que hemos hecho —siempre en la búsqueda de la respuesta a nuestro interrogante y con ese límite— la función de suprema garantía constitucional que es la institucionalización de la Corte Constitucional en el sistema italiano, que ha sido paradigmático en cuanto al solo control de la legitimidad de la norma, entendida como “status” general, impersonal, objetivo y abstracto. Allí el control alcanza, por supuesto, tanto a las leyes formales como a los actos que tengan fuerza de ley, o sea a partir de un concepto en que se verifica la conformidad de las leyes materiales con respecto a su subordinación al plexo teleológico, contextual y axiológico del conjunto normativo de la Constitución italiana. Y no hace, entonces, distinción si son producidas por autoridades del Estado o de las Regiones.

Sin perjuicio de anticipar desde ahora que cada Constitución también responde a las propias realidades y requerimientos, incluso históricos y de comportamiento social, por tanto no sería válida una simple transposición mimética, no cabe duda de que el constituyente italiano, aparte de algunas excesivas regulaciones, ha preferido la garantía incluida a la mera declaración ilusoria.

b) Nuestra búsqueda de respuesta no se agota en la consideración de principios que se muestran como enmarcados en un mero criterio de administración, ya que el mismo régimen republicano adecuadamente desarrollado es en sí sistema de garantías de y para un correcto ejercicio de la función administrativa, al señalar límites y zonas propias para el ejercicio de las otras funciones.

La llamada Ley Fundamental de Alemania Federal —así denominada por el constituyente del oeste alemán en 1949 en espera de la Constitución que sí aunara a todo el pueblo alemán— con el ajuste al efecto en 1956 del artículo 1º, apartado 3, señala que “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”.



Luego, en el artículo 2º, apartado 2 *in fine* —al modo de la primera parte de nuestro art. 14 de la Constitución Nacional— establece que “estos derechos sólo podrán ser reglamentados (es decir restringidos) en virtud de una ley”.

Adviértase ahora cómo juega la garantía que signa el art. 19, en sus cuatro apartados: 1. “Cuando, de acuerdo con la presente ley fundamental, un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual, debiendo, además, citar el derecho fundamental, indicando el artículo correspondiente”. 2. “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser violado en su esencia”. 3. “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto que por su naturaleza sean aplicables a las mismas”. 4. “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”.

Se trata de una explicitación que, entre nosotros, la doctrina jurisprudencial y autoral ha extraído de las sabias disposiciones de la Constitución Nacional, como es advertible con el límite del art. 14, primera parte, doblemente limitado a su vez por los arts. 19 y 28; así como por el sistema de los arts. 16, 17, 18, 27, 31, 33 y cc. que asumen el principio de igualdad, garantía del hombre y sus derechos incluso de contenido patrimonial y el debido proceso legal, tan significativos en la relación administración-administrado.

Parece importante considerar, siempre de la Ley Fundamental de Alemania Federal, algunos dispositivos que se refieren a “La Ejecución de las Leyes Federales y la Administración Federal”. El supuesto contempla también cuándo se delega en los Estados, llamados *Landers* o provincias, la ejecución de ciertas leyes. Es de destacar la preocupación del constituyente alemán que reitera el criterio normativo de generalidad al respecto. Así en el art. 84, párrafo 2º, exige que “el Gobierno Federal con aprobación del Consejo Federal, podrá dictar normas administrativas de carácter gene-

ral". La posibilidad de delegación de la organización administrativa bajo la competencia de los Landers, según el art. 85, ap. 1; en el ap. 2, tras repetir el dispositivo antes recordado sobre "normas administrativas de carácter general", establece la facultad del Gobierno Federal mantenida para reglamentar la preparación uniforme de los funcionarios y empleados. A su vez, a "los directores de las reparticiones intermedias", los Landers pueden nombrarlos "de conformidad con el Gobierno Federal". El Gobierno Federal descentraliza así sus organismos confiados en gran medida a los Landers interesados, pero mantiene ciertos controles. El mismo art. 85, en el ap. 4, sostiene: "La vigilancia federal comprende la legalidad y conveniencia de la ejecución. A este fin, el Gobierno Federal podrá exigir informes y la presentación de expedientes y enviar comisionados a todas las autoridades". El art. 86 afirma: "Cuando la Federación ejecutare las leyes por administración federal propia o por entidades o instituciones de derecho público dependientes directamente de la Federación, el Gobierno Federal dictará las normas de carácter general, siempre que la ley no establezca disposiciones especiales. La Federación establecerá la organización de las autoridades, siempre que la ley no establezca otra cosa" <sup>8</sup>.

El art. 105 y siguientes sobre "Régimen Financiero" entraña una clara distinción de planos: el federal y el de los landers, señalando los recursos tributarios propios y, en su caso, concurrentes. Se potencia de tal modo a los últimos con real autonomía financiera a la par que política <sup>9</sup>. Este capítulo es muy valioso y se extiende como un pacto de concertación funcional, conteniendo aspectos normativos y admi-

<sup>8</sup> Justamente el art. 87 de la Ley Fundamental de Alemania Federal exige que ciertos servicios deben organizarse por administración federal propia y estructuras también propias, tales como el servicio exterior, la hacienda, los ferrocarriles federales, el correo y la navegación en general y de las vías navegables federales. Y por ley policía de frontera, servicios de información en defensa de la Constitución y para policía criminal.

<sup>9</sup> Cfr. nuestro trabajo en colaboración "Poder Financiero en la República Argentina", en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1969.

nistrativos que el constituyente alemán entendió que debía explicitar sin duda alguna.

Como colofón quiero destacar los principios que surgen del art. 20, ap. 3, de la Ley Fundamental de Alemania Federal. Tras señalar, en el apartado anterior, que “todo poder público emana del pueblo” y que “ese poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos particulares de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”, señala: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho”. Dispositivo de transparente genuinidad republicana y de garantía pública al mismo tiempo.

Conclusivamente, con respecto al orden constitucional reseñado, queda para destacar la importancia que asume la normatividad administrativa, o sea la denominada potestad reglamentaria puesta, en exigencia de seguridad jurídica, frente a los derechos fundamentales, junto a la ley formal que como el reglamento deben serlo materialmente. De ahí la insistencia en el carácter general que impone.

c) La Constitución de la República Francesa de 1946, reformada en 1958, trae un artículo digno de ser destacado, a propósito de la potestad reglamentaria. Su art. 37 establece: “Las materias que no son del dominio de la ley tienen un carácter reglamentario. Los textos de forma legislativa dictados sobre estas materias pueden ser modificados por decretos adoptados previo dictamen del Consejo de Estado. Aquellos textos que aparezcan después de la entrada en vigor de la presente Constitución sólo podrán ser modificados por decreto si el Consejo Constitucional ha declarado que tienen un carácter reglamentario en virtud del párrafo anterior”. Recordemos que el Consejo Constitucional en Francia tiene carácter consultivo previo, necesario y vinculante, en supuestos especiales que se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales una vez interpretada una norma como anticonstitucional, siempre de manera previa, según el art. 62 y cc. de la Constitución francesa.

d) La Constitución Española de 1978 recoge una serie sugerente de pautas que operan sobre lo iusadministrativo. Merecen especial atención: el art. 9, párr. 3, que establece: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”;

—el art. 23, que dispone en el párr. 2, el derecho de “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”;

—el art. 24, sobre la garantía de que no pueda existir en ningún caso un supuesto de indefensión. Aquí también la Constitución española, siguiendo a la italiana, proclama el derecho a la tutela de los “derechos e intereses legítimos”;

—el art. 51 exige que “los poderes públicos garantizarán la defensa de consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” (párr. 1);

—el art. 54 institucionaliza al órgano llamado “Defensor del Pueblo”, cuya finalidad es “supervisar la actividad de la Administración”, “dando cuenta a las Cortes Generales” y en relación a los derechos fundamentales del hombre ciudadano o administrado común. Esta institución de origen nórdico es un intento de mediación en el control y puede ser significativo en el área funcional y de servicio;

—el art. 103 es uno de esos dispositivos que han subyugado a los constituyentes provinciales en las recientes reformas provinciales argentinas. Es un compendio desiderativo, con algunos ingredientes de garantía a ser ejercida. Dice el mismo: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la

función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”;

—el art. 105 sostiene, por su parte, “la ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

Se trata, en rigor, de un estatuto de debido proceso legal.

—el art. 106 sostiene: “1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. 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”;

—el art. 107 se refiere a: “El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia”<sup>10</sup>.

—por el art. 131 se prevé la potestad, “mediante ley”, de planificar la actividad económica general dando pautas específicas para ello e, incluso, la constitución de un Consejo a ese fin, muy similar al criterio de la Constitución italiana y también de la francesa;

—el art. 132 aborda un tema pocas veces llevado al plano constitucional de manera explícita. En efecto, dice: “La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio

<sup>10</sup> Recuérdese que aquí gobierno significa el Consejo de Ministros, típico del régimen parlamentario del Reino de España.

público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. "Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación".

Debemos salvar, ante todo, la diferencia jurídico-política de un Estado unitario de régimen como es España, no obstante la admisión de las denominadas Comunidades Autónomas, y la forma de Estado Federal de la República Argentina. Una norma de este tipo sólo podría ubicarse en la Constitución Nacional como "definitio" de bien público, que es lo que propone el Código Civil, como legislación de fondo, en el art. 2340 y con este sentido y alcance de sustracción de la figura a su propia regulación. En cambio la caracterización del uso público en sí, entendemos con Miguel S. Marienhoff, no es facultad delegada en el Gobierno federal y, por tanto, no puede tener cabida en la Constitución Nacional sino en las locales provinciales.

Por eso, es impropio sostener la vigencia del art. 2341 en el Código Civil y también su reiteración en reciente proyecto legislativo que ya ha tenido sanción por parte de la H. Cámara de Diputados <sup>11</sup>.

—el art. 136 prevé el órgano Tribunal de Cuentas, de manera similar al sistema italiano, aunque pautado más genéricamente.

<sup>11</sup> Cfr. la magnífica omniextensión y comprensión, al mismo tiempo, de la temática en la obra *Tratado del Dominio Público*, por M. S. MARIENHOFF, Buenos Aires, 1960.

Tal el motivo del proyecto que presentamos en *Aportes para la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, noviembre de 1984, y la publicación respectiva en tres tomos; 1986. En "Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial. Juan Bautista Alberdi".

—los arts. 137 y siguientes se ocupan de la organización territorial del Estado, que se divide en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas, estableciendo garantías de autonomía funcional. Sobre las últimas se mantiene el control de su actividad: por el Tribunal Constitucional; por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado; por la jurisdicción contencioso-administrativa y por el Tribunal de Cuentas, tal lo que dispone el art. 154.

—el Tribunal Constitucional sigue los lineamientos de este organismo, que nace en Austria, y hoy tiene ya cabida en casi toda Europa continental del oeste, de manera similar, aunque con proximidad al modelo alemán, porque admite también el recurso de amparo incluso personal, además del de inconstitucionalidad con relación a las normas (arts. 159 y siguientes). Parece de interés, a nuestro estudio, mencionar el art. 162, sobre quienes “están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. 2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados”. Cabe señalar que el Ministerio Fiscal, según el art. 124 de la Constitución española, tiene “sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos”, “por misión, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Precisamente presentamos ante el *Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial*, un proyecto al respecto para especializar, dentro del Ministerio Público, lo necesario para la tutela de los llamados “intereses difusos” y del uso público de los bienes del dominio público; cfr. op. cit. en nota 11.

Es muy grato haber coincidido con la postura y proyecto del señor Académico Dr. Augusto M. Morello, actualmente en el Congreso.

e) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 trae una larga y muy explicitada enumeración que avanza incluso más allá de los bienes públicos y de los recursos naturales con especial preocupación por el agua, según el art. 27.

También es señalable el art. 108 que determina el punto de inicio del Título Cuarto que dedica a las "Responsabilidades de los Funcionarios Públicos". Esta Constitución es la primera en América que se adscribe al llamado constitucionalismo social, como es de resaltar.

f) La Constitución de la República Federativa del Brasil trae una normativa sumamente valiosa en la Sección VIII del Cap. VII-Poder Ejecutivo, a partir del art. 97 sobre los "Funcionarios Públicos", temática trascendente en el régimen republicano de gobierno. Comprende incluso el sistema de inhabilidades e incompatibilidades y demás disposiciones que integran normalmente el contrato administrativo de la relación de empleo público. Esta Ley Suprema de 1967 que ha recibido numerosas enmiendas a posteriori, está actualmente en proceso de reforma. Sigue, por lo demás, el esquema de garantías y del poder característico de los países de iberoamérica.

g) Una rápida visión sobre reformas operadas recientemente en el derecho público provincial, con especial referencia a la Constitución de Córdoba de 1987.

Nos detendremos en algunos dispositivos nuevos.

—En el art. 16, que denomina "Cláusula Federal", se encomienda al Gobierno Provincial, en el ap. 5: "Procurar y gestionar la desconcentración y descentralización de la Administración Federal". Ello es una consecuencia del avance del Gobierno Federal por intermedio de servicios unitarizados y que permitían incluso desconcentración técnica.

—En el art. 18, cuando enumera los derechos personales que se reconocen, se indica en el punto 9, "a peticionar ante las autoridades y obtener respuesta y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos". Es una explicitación



de igual derecho reconocido por el art. 14 de la Constitución Nacional y lo mismo el acceso a la jurisdicción (arts. 18 y 33 de la Const. Nac.); pero lo señalado sobre el derecho a "obtener respuesta", es importante porque da el fundamento al amparo por mora de la Administración.

—En la misma línea tuitiva, es de destacar el art. 29; se refiere a: "los consumidores y usuarios" que "tienen derecho a agruparse en defensa de sus intereses. El Estado promueve su organización y funcionamiento".

—El art. 37 prevé que la Provincia puede conferir —se entiende que por delegación— el gobierno de las profesiones y el control de su ejercicio a las entidades que se organizan a ese efecto<sup>13</sup>. Queda de tal manera constitucionalizado —pero a nivel provincial— un tema controvertido. Queda siempre vigente el *in dubio* frente al art. 14 de la Constitución Nacional. He aquí una cuestión que pudiera tener oportuna solución en este último alto plano normativo.

—El art. 52, que pretende ser operativo por su modo de desarrollo dispositivo —y así también lo entendemos— prevé el ya preanunciado amparo por mora de la Administración, receptado por el art. 28 de ley nacional 19.549 y para ese orden jurídico. La fórmula establecida es más completa.

—El art. 53 —esta vez de modo programático— prevé la protección de los llamados intereses difusos, al igual que lo han hecho otras provincias hermanas en las reformas de 1986 y 1987. La fórmula no resulta feliz, desde que legitima lisa y llanamente a toda persona a ese fin. El tema merece un tratamiento en profundidad que la índole de la consideración que vengo haciendo no permite.

—En el art. 66, en largo dispositivo, se hace una adecuada previsión sobre ambiente y calidad de vida, de carácter programático y dirigido a dar pautas para la normatividad a dictarse a partir del reconocimiento de un derecho de la persona natural. En el mismo sendero preceptivo se halla el art. 68, referido a la obligación del Estado provincial en

<sup>13</sup> Nos remitimos a nuestro trabajo en colaboración sobre *Los Colegios Profesionales*, Ed. Com. y Justicia, Córdoba, 1977, Colecc. Doctrina.

la defensa de los recursos naturales renovables y no renovables; avanza también sobre las aguas que se hallen en el dominio público; finalmente reconoce la potestad del Gobierno Federal en el dictado de la política minera.

—En el art. 69 da un criterio de planeamiento provincial de tipo orientador para la actividad privada y prevé acuerdos con otras provincias o con el Gobierno federal en sistemas federales o regionales de planeamiento.

—El art. 70 prevé la posibilidad de que el presupuesto pueda proyectarse por más de un ejercicio pero nunca excediendo el término del mandato del Poder Ejecutivo. En el art. 74, en materia de contrataciones, el constituyente cordobés ha preferido el procedimiento de la selección, en lugar del de la licitación pública, que establecía la Constitución, según la reforma de 1923, bajo pena de nulidad, salvo supuestos de excepción que señalaba. En el art. 75, sobre servicios públicos, se prevé su prestación directa o indirecta, sin restricciones. Señala el control de su prestación por participación de los usuarios, tanto a nivel provincial como municipal, según las leyes u ordenanzas respectivas.

—El art. 107 prevé la obligación de los ministros de concurrir para informar a las Cámaras de la Legislatura, pudiendo el Gobernador concurrir por sí en reemplazo del o de los ministros convocados.

—El art. 110, al señalar las atribuciones del Poder Legislativo, en el inc. 23 exige que junto a la creación o supresión de empleos, se legisle sobre todas las reparticiones, oficinas y establecimientos públicos, con determinación de las atribuciones y responsabilidades de cada funcionario. Este dispositivo se adscribe al criterio de que, junto al acto de creación, no se descuide normativamente competencia atribuida y responsabilidad imputada. Prosigue, en el inc. 24, con el necesario complemento del régimen jurídico del personal, por el método de estatuto. Y, en el inc. 25, propone asimismo la descentralización de servicios de la Administración provincial.

En el derecho patrio, Córdoba fue la primera provincia argentina que institucionalizó por la reforma constitucional

de 1923, el Tribunal de Cuentas con doble control preventivo y *a posteriori*, siguiendo al modelo italiano. Aquel memorable artículo nuevo después del 175, es reemplazado ahora por los arts. 126 y 127, el primero referido a la "integración" y el segundo a las "atribuciones" del Tribunal de Cuentas. Sigue aquel mismo moldeamiento. Lamentablemente un equívoco de técnica prevé que la insistencia de los actos administrativos erogatorios de gastos, ante las observaciones formuladas, sólo lo sea por el Poder Ejecutivo en acuerdo de ministros. Olvida los supuestos de la cabeza del Poder Judicial, o sea del Tribunal Superior de Justicia, o del Presidente de Cámara Legislativa, como lo establece la actual Ley Orgánica en vigor y que aún rige <sup>14</sup>.

Rigurosamente, aquí, la omisión del constituyente —no puede ser otra cosa— puede ser suplida por el contexto y la teleología de la propia Constitución interpretada como sistema jurídicopolítico. De tal manera lo he sostenido, ante una consulta. Ello así pues es sabido que no sólo el Poder Ejecutivo realiza la función administrativa, sino los demás poderes. Sin perjuicio de que parezca acorde, que todo lo referido a la administración activa incluso descentralizada, quede a cargo del Poder Ejecutivo y, en acuerdo de ministros, efectuar, en su caso, aquella insistencia antes referida, pero no más.

El Tribunal de Cuentas es ahora de origen popular, al igual que ya lo eran los de los 240 municipios reconocidos en Córdoba. Su primera integración ha sido hecha por la reciente consulta electoral.

Es de número impar, a partir de tres, con representación de las minorías.

El art. 124 prevé asimismo al "Defensor del Pueblo" y el art. 125 al "Consejo Económico-social". Todas estas instituciones se hallan en el ámbito de la Sección Primera-Poder Legislativo. Comparto el criterio. No aparece dentro de

<sup>14</sup> La actual Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas es de nuestra autoría, así como el régimen integral interno y de procedimientos ante el organismo. Cfr.: Tribunal de Cuentas de Córdoba, 1971. Y ya preveía la distinción en los supuestos de insistencia.

nuestra tradición colocarlos ex-órbita de los poderes. La colocación dentro de la esfera del Poder Legislativo los ubica como paraparlamentarios. Piénsese si no el riesgo de la dependencia del llamado Consejo Económicosocial en la órbita del Poder Ejecutivo: ello supondría una forma incipiente de corporativismo. La norma también señala el carácter consultivo de este consejo, a mayor garantía.

—El art. 144 enuncia el conjunto de “atribuciones y deberes” del Gobernador. En primer lugar, queremos señalar la complacencia por el mantenimiento de este lenguaje preciso y claro. Se habla conjuntivamente de atribuciones y deberes, desalojando expresiones últimas de “prerrogativas” y además, que no tienen el sentido y alcance de las felizmente mantenidas por el constituyente reformador de Córdoba.

Aparece de interés, la explicitación, en el inc. 1, de la función primigenia —que, en rigor, está presente también en el inc. 1 del artículo 86 de la Constitución Nacional acerca del Presidente— y que aquí se le atribuye al Gobernador: “Es el jefe del Estado Provincial, al que representa, tiene a su cargo su administración, formula y dirige políticas y ejecuta las leyes”.

Otra ampliación aparece en el inc. 16 que le asigna al Gobernador ser la máxima autoridad de las fuerzas de seguridad y, de inmediato, le señala el deber de prestar el auxilio de la fuerza pública al poder judicial, al ministerio público, a las Cámaras legislativas, a las autoridades municipales.

Dos incisos nuevos, el 18, establece que “organiza la Administración Pública, sobre la base de los principios consagrados en el art. 174 y puede delegar, en forma expresa y delimitada, con arreglo a la ley, determinadas funciones administrativas, las que puede reasumir en cualquier momento”. Este art. 174, ya lo veremos, es de calidad desiderativa. Como se ve, la potestad delegada puede ser avocada sin más; queda supuesta la regulación legal que se cita. El otro, el 19, señala que el Gobernador “dirige la reforma administrativa, con el propósito de hacer más eficiente y menos onerosa la Administración”.

Dentro del capítulo quinto: “Órganos de control”, den-

tro de la Sección Segunda, del Poder Ejecutivo, el art. 150 prevé al Fiscal de Estado <sup>15</sup> como control de la legalidad y defensa del patrimonio provincial. Esta institución deriva ya de la reforma de 1824 de la primera Constitución provincial de 1821, en el período confederacional.

En la reforma de 1923, quedó prefigurado como órgano ejecutor de hipótesis de responsabilidad civil en rendiciones de cuentas incumplidas. También, en el art. 151, tiene cabida ahora la Contaduría General de la Provincia, como órgano auditor interno.

—El art. 153 trae precisamente lo que nos parece una admirable garantía que exige desde su óptica el Derecho Administrativo. Se refiere a que “el ejercicio de la función judicial corresponde exclusivamente al Poder Judicial de la Provincia”. Esta conceptualización de “unidad de jurisdicción” cumple la finalidad del art. 95 de la Constitución Nacional. Antes Córdoba en su Constitución exhibía el art. 125 de similar desarrollo al actual 95 de la Constitución Nacional. Sin perjuicio de volver sobre ello, nuestra búsqueda está encaminada más a las garantías que a las declaraciones meras o desiderativas.

Cabe señalar, en el art. 165, sobre la competencia del Tribunal Superior de Justicia, la que conoce y resuelve originaria y exclusivamente, en pleno (punto 1, d) de las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados y funcionarios del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones, sin necesidad de remoción previa.

En cambio, ya nada dice la Constitución sobre atribución de competencia necesaria en el más alto tribunal sobre la materia contenciosoadministrativa. En el art. 166, se le otorgan al Tribunal Superior de Justicia amplias facultades normativas *in se* y de función administrativa propia. Lo que es altamente significativo, como avance de autonomía funcional, para la independencia real y para su importante objeto.

<sup>15</sup> Sobre la génesis del Fiscal de Estado en Córdoba, ver nuestro trabajo en “Revista del Colegio de Abogados”, Córdoba, 1981.

Siempre, en esta segunda parte sobre “las Autoridades de la Provincia”, y antes de entrar de lleno a ordenar lo referido a “Régimen Municipal” al que no nos referiremos en razón de concreción, dentro de la Sección Cuarta, bajo el título “Administración Pública Provincial y Municipal”, se han incorporado preceptos de interés, aunque no todos en su total desarrollo adquieren el rigor de señalables para el plano supremo, que siempre debe tener una Constitución.

Así, el art. 174-Principios, establece: “La Administración Pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad con eficacia, eficiencia, economicidad y oportunidad, para lo cual busca armonizar los principios de centralización normativa, descentralización territorial, desconcentración operativa, jerarquía, coordinación, imparcialidad, sujeción al orden jurídico y publicidad de normas y actos”. “El ingreso a la Administración Pública se hace por idoneidad, con criterio objetivo en base a concurso público de los aspirantes, que asegure la igualdad de oportunidades. La ley establece las condiciones de dicho concurso, y los cargos en los que por la naturaleza de las funciones, debe prescindirse de aquél”. Cabe destacar que iguales principios, en lo pertinente, también habían quedado fijados para el Poder Judicial en el citado art. 166 y, a su vez, el Poder Legislativo debe dictar una ley que sea estatutaria para el personal de los Poderes y demás órganos (art. 110, inc. 24).

El art. 175 se refiere a la posibilidad de regionalización de la Provincia por ley especial. El art. 176 trae una síntesis del debido proceso para el procedimiento administrativo: “La Administración Provincial y Municipal sujeta su actuación a la determinación oficiosa de la verdad, con celeridad, economía, sencillez en su trámite, determinación de plazos para expedirse y participación de quienes puedan verse afectados en sus intereses, mediante procedimiento público e informal para los administrados”. Esta norma es valiosa.

El art. 177 trae las pautas de compatibilidad en los casos de acumulación de empleos por el método de señalar lo no permitido. Sigue el criterio de la norma sustituida. El art. 178 acepta la demandabilidad contra el Estado. Su segunda

parte es positiva, señala: “La actuación del Estado, los Municipios y demás personas jurídicas públicas en el ejercicio de función administrativa quedan sometidos al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa”. El precepto es importante, porque la ley de la materia, no es otra que el código procesal contenciosoadministrativo. Adviértase que no se distingue la persona jurídica pública estatal o no.

El art. 179 que trata sobre las “sentencias contra el Estado” nos parece que pudo ser explícito, a manera de garantía. En definitiva deja a la ley la determinación de cumplir sentencias condenatorias en contra del Estado Provincial y de los Municipios.

Debemos tener presente que como la Constitución de Córdoba les reconoce la potestad de dictar sus propias Cartas Orgánicas, cuando sean ciudades formalmente, a las Municipalidades respectivas —ello opera actualmente con 10.000 habitantes— el constituyente cordobés ha preferido dejar precisado en los arts. 174 y siguientes que hemos estimado, las pautas de funcionamiento genéricas.

h) La reformada Constitución de la Provincia de Jujuy de 1986 redundante en numerosas disposiciones de derecho-deber contrapuestos y nos parece de interés destacar, en primer lugar, la asunción plena de la teoría de la Responsabilidad del Estado directa, sin perjuicio de la acción regresiva contra el causante funcionario o empleado, según el art. 10. También que el art. 11, punto 2, admite la ejecución de las sentencias condenatorias al Estado por el pago de una deuda, previendo la posibilidad de ser ejecutada incluso con embargo de las rentas, “luego de transcurridos tres meses desde que (la sentencia) quedare firme y ejecutoriada”. A su vez no admite disposición alguna de medida cautelar sobre sus bienes o rentas (confr. art. 11). Es destacable asimismo el art. 12 sobre “Publicidad de los actos de gobierno” por su precisión y amplitud, lo que más que garantía de

buena administración —que lo es— supone garantía de régimen republicano.

i) En general, se ha advertido un cierto efecto imitativo en la elaboración de las normas propuestas en el campo del derecho público provincial. Razones de tiempo, nos impiden continuar con el repaso que se merecen. Por eso, pasamos sin más a la Constitución Nacional de 1853-60.

j) Nuestra Ley Suprema moldeada en la estadounidense de 1787, hoy en su bicentenario, pero con preceptos propios y, en definitiva, con un contenido sabio que trascendió al constituyente mismo, es una clara muestra de que tanto como sistema de garantías cuanto como ordenamiento orgánico estatal, no son las copiosas normas sino su selección prudente y avizora lo que le da al texto de una Constitución su alto y señero valor.

Queremos comenzar con un precepto que ha sido no sólo garantía en sí, sino criterio direccional, muy bien aprovechado por la doctrina patria. Nos referimos al art. 95; colocado dentro de la segunda parte, autoridades de la Nación, sección tercera, del "Poder Judicial" y referido a la prohibición al Presidente de la Nación para ejercer función judicial. Pudo ser extendido este concepto prohibitivo a señalar positivamente la subjudicialidad del acto administrativo, la no sustitución por la administración al ejercicio de control último del poder judicial. Pues bien. Este precepto de prosapia argentina nace en el Reglamento que se da la Primera Junta el 25 de Mayo de 1810, casi con el mismo tenor, de lo que no estaría ausente la mano de Moreno, por condenar nuestro primer gobierno patrio que no debía asumir en ningún caso la potestad que a ese efecto tenía el Virrey. Se asumen todos sus poderes menos los que requieren la garantía de máxima judiciabilidad que vuelven y quedan definitivamente en la Audiencia. Reiterado en el Reglamento provisorio de 1817, es rescatado por Alberdi en su proyecto, como art. 93, manteniendo casi intacta la redacción primigenia. Cabe señalar que este respeto por la independencia del Po-



der Judicial y su verdadera autonomía funcional, permite afirmar que nacimos sustantiva pero también formalmente República. En efecto, la Asamblea del año 1813 elimina la voz real de la Audiencia— siendo la primera vez que la máscara de Fernando VII cae ostensiblemente—, y también crea el Ministerio Público autónomo y sin dependencia del Poder Ejecutivo, investido, en el ámbito, aunque sin integrarlo, del Poder Judicial. Nuestro país se adelanta así a su época e incluso a países europeos que adoptan el criterio en la última parte del siglo XIX. De la misma manera la mayoría de las provincias argentinas siguieron el preclaro antecedente patrio, como lo han destacado numerosos juristas y exaltado como conquista de derecho, tales de la talla de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler y el gran fiscal cordobés Jerónimo Cortés. En cambio, en el orden nacional, a partir de la década del 60 del siglo pasado continúa una dependencia del órgano del Poder Ejecutivo, que se aparta del propio precedente patrio, primario en el continente; aunque felizmente sí seguido en el derecho público provincial.

Qué no decir de la importancia del art. 16 y la exigencia de idoneidad para ser admitido a los empleos. De su parte *in fine* en que la doctrina pudo fundar una teoría de equilibrio de la ecuación financiera de los contratos administrativos. La importancia del art. 17 para sustentar la intangibilidad de los derechos subjetivos de carácter administrativo. Toda su primera parte ha sido seguida atentamente por los administrativistas argentinos y les ha permitido formular opiniones que han conseguido el aval de la interpretación pretoriana y la más alta de la Corte Suprema de Justicia, como custodio de la vigencia plena y eficazmente actuada de la Constitución Nacional.

Qué no decir de la magnífica teoría del poder de policía, “poder de legislación” y su ejercicio, que ofrece sistemáticamente el art. 14, primera parte, con los límites del art. 19 y del art. 28, subjetivo uno, objetivo el otro, en busca del principio de razonabilidad. Y más allá, el art. 27, con la conformidad de toda la legalidad, precisamente de los tratados, al marco de los principios de derecho público interno que

signa la Constitución. Y luego el art. 31, con la supremacía, y el 33, con los derechos y garantías no enumerados.

Qué no decir, más acá, del art. 18 y el principio de debido proceso legal totalmente aplicable en lo adjetivo al procedimiento y al proceso administrativos. Es la administración jurídica, a partir de un Derecho Administrativo con raigambre y sujeción a la Constitución.

Qué no decir de la fecunda actuación que merecen los dispositivos de los incs. 1 y 2 del art. 86.

Ha sido justamente el Dr. Miguel S. Marienhoff quien ha puesto en evidencia la trascendencia de la zona de reserva que tiene el Poder Ejecutivo en los llamados poderes inherentes<sup>16</sup>, que no deben ser confundidos con los denominados implícitos.

Una Constitución debe plantearse el todo institucional con coherencia. Eso es lo que tiene nuestra Constitución, precisamente por aquel moldeamiento, que no le impidió incorporar preceptos propios con raigambre idiosincrática en la génesis de un Pueblo constituido en Nación. Tal el 95 que hemos recordado. Tal la primera parte del 19. Posada creía, y creemos lo mismo, que ese sólo dispositivo servía para categorizar a la Constitución patria como la mejor construcción del siglo XIX. Ojalá que más allá de las discusiones de Gorostiaga y Zapata en 1853, se hubiese perfilado un poder financiero distinguido y concurrente, en su caso, paralelo al sistema del "poder de policía" que hemos ponderado. Con esa exigencia, tendríamos provincias con autonomía política y económica a la vez, con aquel paralelismo que propone Otto Mayer en su clásico *Derecho Administrativo Alemán*.

Precisamente Aja Espil sintetiza así la interpretación que hizo el Poder Ejecutivo de aquella potestad inherente en la zona de reserva. Se refiere al mensaje del 2 de setiembre de 1869, firmado por el Presidente Sarmiento y su Ministro del Interior, Dalmacio Vélez Sarsfield al vetar la ley 318; dice: "Cuando el Poder Ejecutivo ejerce facultades

<sup>16</sup> Cfr.: JORGE A. AJA ESPIL, *Constitución y Poder*, TEA, Buenos Aires, 1987.

que le son propias, inherentes, ellas no pueden someterse a la reglamentación de otro poder". "El Poder Ejecutivo tiene poderes propios emanados de la Constitución, que es la misma fuente de que emanan los del Congreso, y no puede dejarse establecido que el texto de una ley tiene otro origen" <sup>17</sup>. El mismo autor ha podido desarrollar una teoría coherente y significativa con nuestro texto constitucional, porque él mismo tiene ese carácter. Debe advertirse desde ya la importancia de la afirmación hecha.

Valórese la importancia que ha tenido para una elaboración doctrinaria como la hecha entre nosotros por los administrativistas en general y por Miguel S. Marienhoff, en particular, a quien dedicamos esta exposición, como humilde tributo de admiración y respeto. Este autor pudo desarrollar una valiosa construcción teórica que ha servido, no sólo para dar fundamento a una operatividad administrativa que puede ser eficiente, sino que implica asimismo la garantía de contar con una norma de carácter general e impersonal aun en el caso de falta de actividad legislativa, con el empleo adecuado y limitado de la potestad reglamentaria; en la creación de entes públicos necesarios, salvo los supuestos de previsión constitucional a cargo del Congreso, según el art. 67 que afirma sus atribuciones <sup>18</sup>.

También la importancia de la distinción entre acto institucional y acto de gobierno, ya receptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <sup>19</sup> y que supone justiciabilidad necesaria del último.

Y como coronamiento enunciativo, ya que no es posible enumerar todo el bagaje conceptual que este autor ha traído al Derecho Administrativo patrio, desde una óptica de constitucionalización plena, debe estimarse el principio del debido proceso legal <sup>20</sup>.

<sup>17</sup> AJA ESPIL, *op. cit.*, p. 107. (*Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes*).

<sup>18</sup> M. S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 399 y ss. También p. 246 y ss., respectivamente.

<sup>19</sup> *Idem*, *op. cit.*, t. II, Buenos Aires, 1981, p. 755 y ss.

<sup>20</sup> *Idem*, *op. cit.*, t. I, Buenos Aires, 1977, p. 741 y ss.

Nuestra Constitución permite y ha de permitir extraer de ella una serie de resortes vinculados a comportamientos adecuados para responder a requerimientos siempre nuevos. Potenciarla en esta dirección, también, fundamentalmente, es labor propia del Juez que, en nuestro sistema, opera en definitiva el régimen de garantías.

Y así ha sido posible, gracias a la jurisprudencia cierta y alerta del juzgador y especialmente por interpretación rectora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Hace precisamente 100 años, nuestro más alto tribunal se expidió, en sentencia ejemplar, en el caso ya célebre de los Saladeristas de Barracas, como se lo recuerda. Allí, en brillante página de cabal Derecho Administrativo, se sostuvo que no se puede invocar ningún derecho irrevocable, ni permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria.

La CSJN hizo uso de la actuación de aquel marco constitucional del llamado "poder de policía" y le bastó para ello, el dispositivo del art. 2611 del Código Civil, con el método de congruencia y derivación razonada del Derecho. Actualizó el principio romanista del *alterum non laedere*, ampliando conceptualmente el *alterum* que deviene *comunidad*.

Bien dice Segundo V. Linares Quintana, sin perjuicio de señalar más adelante que el "poder de policía es esencialmente local", que: "En el sistema constitucional argentino, la esfera del poder de policía es bastante amplia, y ha permitido al Congreso dictar una progresista legislación inspirada en avanzados propósitos sociales que ha sido convalidada por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Claro está que ello no ha sido óbice para que la libertad del individuo quedara adecuadamente resguardada por las limitaciones constitucionales, que han sido mantenidas en sus

exactas fronteras por la acción del poder guardián de la Constitución o judicial”<sup>21</sup>.

Vemos, por tanto, que desde el art. 1º que adopta el régimen republicano representativo de Gobierno en un Estado que queda institucionalizado como federal, la Constitución muestra una ponderable previsión normativa, no sólo en los arts. citados, entre los que se resaltó la importancia del 95, en el mismo ítem de garantía del 23 y 29; la normativa coherente del art. 67, con su último inciso que ubica los llamados poderes implícitos, que no deben confundirse con los inherentes de cada departamento del ejercicio del Poder Público; la propia metodología que exhibe el art. 86 y el señalable art. 110, que supone un medio de descentralización de la potestad *agendi*, poco potenciada, entre nosotros, como una manera de hacer fecundo, convergente y concertado, en la operatividad, al federalismo proclamado como creencia política.

A esta altura surge la evidencia de que la adecuada inserción de cada función jurídica del Estado, es garantía asimismo del óptimo empleo y la tutela y garantía consiguiente de la función que nos preocupa, o sea la administrativa, la cual por su omnipresencia espaciotemporal, continuidad dinámica y eficacia práctica exigible, frente al imperativo de Bien Común, es la más vulnerable, la más pasible de desvíos.

De ahí la importancia de la función legislativa o normativa como ordenamiento siempre previo y de la insoslayable e insustituible función de control último de la judicial.

Tan importante como organizar y ponderar resortes de eficacia, es prever y compatibilizar las demás funciones jurídicas del Estado. Es lo que hemos denominado el equilibrio siempre vigente de una Ecuación de la Legalidad.

Por eso es exigible aquella coherencia invocada que se torna sistemática y operativa como garantía, en tanto se afirme lo normativo y lo judicial, pero también lo adminis-

<sup>21</sup> *La Constitución Interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1960, p. 183.

Cfr. también nuestro trabajo *Policía y Poder de Policía Comunal*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1961.

trativo, no considerado como meramente residual, sino en armonía y distinción de planos. Esa es la mejor tarea que cabe pedir al constituyente.

Llegado el momento de la valoración conclusiva, no parece inconducente el estudio en panorama comparado que hemos realizado. Por el contrario, surge a nuestro criterio, una primera evidencia: es más trascendente al fin propuesto prever distinción funcional y equilibrio de controles, dejando en situación de máxima categorización a un sistema de garantías, con su custodio judicial con plena independencia, que receptor estructuraciones orgánicas o proclamar finalidades desiderativas que pueden, sin lo anterior, convertirse en simples catálogos de ilusiones, como muy bien se ha dicho.

Queremos aquí rememorar —para encauzar nuestro propósito— palabras que ya hemos escrito, pero que se revelan ahora como señeras en el objeto que procuramos. En el frontispicio del Derecho Administrativo, debe inscribirse la máxima: *Salus populi, suprema lex esto*; pero a renglón seguido, ubicamos esta otra expresión: “Realizar el mayor interés público con el menor sacrificio posible del interés privado”<sup>22</sup>.

A esta significativa finalidad tienen mayor peso las garantías que sean operativas. Por ese motivo, aparecen como señalables todos los dispositivos que aseguren al administrado el pleno acceso a la Justicia, antes que los que se preocupan de incorporar órganos paralelos o previos de control.

En ese sentido preferimos una Constitución hecha código de garantías antes que ordenadora de estructuras, porque bien elaborada de aquel modo ha de revertir sobre el legislador cuando, por acto constituido, organice estructuras. Es que aquel arranque supone a la libertad como estilo de vida. Al ser primigeniamente la Constitución un régimen de garantías, definimos que es un régimen de controles, de limitaciones, un modo de resguardar derechos y libertades, pero también de distribuir competencias supremas mediante normas; es conducta preceptiva que dinamiza el poder

<sup>22</sup> J. L. ABAD HERNANDO, *Autonomía Conceptual*, op. cit., p. 101, nota 152.

político, que queda así juridizado, o mejor aún, institucionalizado. Y “la autoridad misma no es, sin embargo, una fuerza exenta de control, más bien es la facultad de mandar según la razón; la fuerza obligatoria procede consiguientemente del orden moral” ha dejado enseñado el Papa Juan XXIII en su Encíclica *Pacem in Terris*.

Hoy se exige al Estado de Derecho que sea asimismo un Estado de Justicia: y para lograrlo el itinerario insoslayable es desde la Constitución hacia la Administración en recorrido inmediato y directo y porque, además, la Administración como sujeto de la relación jurídicopública sólo puede legitimar el uso de la potestad en persecución directa e inmediata del interés público. De otro modo puede y debe moverse con el derecho común. Vélez Sarsfield tuvo en claro el elemento conceptual distintivo en la norma del art. 2611 y su nota del Código Civil Argentino<sup>23</sup>.

Tampoco hay que suponer, cual falso mito, la propuesta de Stein: Una buena Administración hace olvidar una mala Constitución y su inversa; una excelente Constitución no impide una mediocre Administración.

Aquí, se parte de una valoración puramente de mera eficiencia operativa y quizás con estimativa de coyuntura. Pero lo que nos interesa es una buena Administración o simplemente una Administración quizá con posibilidad de desvíos y flaquezas humanas, pero juridizada, controlada y también dinamizada con la posibilidad de participación del administrado siempre potencialmente legitimado. Tal es la visión y postura del hombre de Derecho que valora ante todo el sentido del Derecho, su única dirección posible para el mismo hombre. Y también desvíos sancionados.

Por tal motivo, una premisa de buen funcionamiento posible de la Administración parte de una actividad normativa previa que haga previsible todo lo previsible por ella, que reduzca al mínimo, que razonablemente justifique, la flexibilidad de eficiencia práctica, toda potestad discrecio-

<sup>23</sup> Cfr. CÉSAR ENRIQUE ROMERO en *Temas Constitucionales y Políticos*, Córdoba, 1971, p. 175 y ss. “¿Hacia un Nuevo Derecho Constitucional?”

nal, con las opciones imprescindibles en el marco de la legalidad. Y luego, por supuesto, que facilite el control judicial necesario y suficiente, facilitando el acceso a la jurisdicción.

Dicho todo, de otra manera, para esta preocupación que nos domina con relación a la Administración, es más importante que la Constitución Nacional contemple —como lo hace— un reconocimiento cabal de los derechos del hombre y sus correspondientes garantías. A este objeto y sin mengua de otros dispositivos, trasciende el art. 33 que realiza un cierre técnico a tal reconocimiento y seguridad de ejercicio.

Al vincular la forma republicana de gobierno junto al principio de la soberanía del pueblo, como génesis de los otros derechos y garantías no enumerados, surge la dignidad del hombre integrado a su comunidad de vida social como la auténtica fuente. Entonces, el Derecho Administrativo adquiere, de tal modo, por así decirlo, un rostro nuevo o se muestra en un aspecto fecundo: una administración eficaz pero que asume su función teniendo la debida consideración y respeto de la personalidad humana en su esencia, en su valor, en su profundo significado y un administrado que comprende, conoce y respeta las normas que fundamentan aquel accionar, participativo y de colaboración en especial en el logro de una buena administración, de cuya cooperación también se necesita, valorado, a su vez, en esa función, para que nada de ella le sea como ajeno sino como común y de interés compartido.

Individualizadas y precisadas así las posiciones de los dos momentos esenciales del denominado fenómeno administrativo (Administración y administrado), la Constitución debe dedicar singular atención al tiempo de la Justicia, sin exigir mayores requisitos para su acceso siempre a disposición. La función judicial asume de tal modo el sistema de garantías dentro del ámbito de la ley y en la composición de intereses con la actuación de la norma.

Ello sin mengua de la posibilidad de autocorrección de la Administración, incluso facilitada por el administrado.

Por eso nos preocupa menos que la Administración, siempre a cargo de su autoridad superior, que debe tener



origen popular, como lo es, en nuestro sistema el Presidente (incluso postulando que lo sea de orgien popular directo), tenga competencia amplia de derivación normativa de carácter reglamentario de la ley, que no exista un verdadero sistema de justicia sobre la Administración. Siempre será una garantía más prever el dictado de actos regla generales e impersonales previos a los actos individuales y concretos, cuando no haya con anterioridad regulación por el legislador. ¿No será este el sentido y alcance de la expresión "Administración general" del art. 86, inc. 1º de la C.N.?

Es el espíritu de servicio que está ínsito en el origen de la expresión "administrar". Espíritu que debe penetrar la conciencia de todos y en especial del funcionario o servidor público que debe estar convencido de que su operatividad no es a costa sino en función del respeto de los derechos de todos y también de cada uno. Y cada uno asimismo debe estar dispuesto a asumir su cuota en favor del bien común. Un siglo atrás el jurista italiano Silvio Spaventa pudo afirmar que la libertad puede encontrarse más fácilmente en las leyes y en la acción administrativa que en las leyes políticas <sup>24</sup>.

Skouris, profesor helénico, que nos recuerda a ese otro gran administrativista helénico, Stassinopoulos, ha subrayado que para la escuela alemana <sup>25</sup>, actualmente, el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado. Y se agrega que en la medida en la cual una Constitución pone límites al poder público, lo hace precisando los límites de la función pública y, en particular, de la acción administrativa, por lo que casi todas las normas de las Constituciones contemporáneas tocan directamente, o al menos indirectamente, a la actividad administrativa.

Si bien no somos partidarios de aquellos sobrenombres para el derecho administrativo, desde que todo el derecho vigente está en relación de subordinación a la Constitución, compartimos la afirmación restante.

<sup>24</sup> *La Giustizia nella Amministrazione*, Bérghamo, 1880.

<sup>25</sup> *Les incidences de la constitution hellénique de 1975 sur le droit administratif*, 1982.

Se contribuye más a circunscribir la acción administrativa cuando se exige la motivación plena de los actos administrativos, máxime cuando son restrictivos de derechos y cuando —como lo ha hecho la Corte Constitucional italiana— se integre el concepto de imparcialidad de la Administración con el elemento esencial de moralidad.

También cuando se parte del debido proceso legal para exigir el desarrollo del justo procedimiento en que se asegure, por parte de los órganos competentes, la prueba y la exposición oportuna de las razones del administrado, tanto en tutela de su propio interés como en salvaguarda del interés público, a título de colaboración.

Creemos que las normas constitucionales deben contener un mínimo de exigencias que no puedan ser violadas. Por eso no es admisible, sobre todo en un modelo de Constitución rígida, que sólo se prevean disposiciones sin contenido de garantía, que sean vagas o genéricas, que permitan cualquier tipo de accionar, incluso como pauta para el legislador; que faciliten así discrecionalidades próximas sino arbitrarias, en rigor.

Ese mínimo de significación debe ser inviolable y bien precisado.

Vamos a sentar una premisa final, o mejor última.

Nuestra Constitución Nacional por obra de su intérprete genuino, o sea la CSJN, ha permitido que los objetivos de afianzar la justicia y de consolidar la paz interior se hallen en equilibrio y que el propósito de promover el bienestar general se encuentre en ponderada armonía y en garantía de asegurar los beneficios de la libertad, como lo proclama el Preámbulo.

La doctrina de una pléyade de administrativistas imbuidos del criterio constitucionalista ha dado frutos admirables en tarea esclarecedora, a partir de aquella coherencia del sistema jurídico-político que, actuado, revela, de inmediato, fecundas y todavía no profundizadas posibilidades. Para ellos la Constitución fue siempre el "*a priori*" indiscutible. Maestros de alta talla que hemos recordado han hecho ingresar al Derecho Administrativo en el universo jurídico

por el camino llano y bien trazado de la Constitución y de la ley.

El recorrido que hemos hecho sin ánimo imitativo alguno y al sólo efecto de ampliar nuestra estimativa, nos permite anticipar —en la hipótesis de una reforma posible y a la vez oportuna— que preferimos las normas constitucionales que tengan directa incidencia sobre la Administración. Debido proceso legal para el accionar de la Administración antes que declaraciones grandielocuentes. Potenciar la potestad reglamentaria de la Administración, sin perjuicio de su control asegurado, a manera de primer reaseguro. Es posible la conveniencia de institucionalizar algunos órganos de control de manera cierta y simple y facilitar la posibilidad de descentralizar efectivamente los servicios, apoyándose en la Provincia y en el Municipio, de no ser posible su prestación indirecta, en los supuestos que se establezcan por ley.

Pero lo más señalable es que todo comportamiento administrativo sea conforme a la ley y sometible a la Justicia. Favorecer la participación del administrado, usuario o no, del control de legalidad.

También algunas conquistas de la doctrina patria pueden tener inserción constitucional, pero en cuanto contribuyan al sistema de garantías y no merezcan el reproche de simple expresión de deseos.

Ojos nuevos sin perder de enfoque lo que sirve funcionalmente al régimen republicano, en que se inserta ineludiblemente la Administración ¡Tutela del hombre como persona y en solidaridad social!

No descartamos otras inserciones pero siempre será exigible un encuadre de coherencia que exige el marco de una Constitución. Lo fundamental es y debe ser aquella garantía de ineludible justiciabilidad de la actividad de la Administración.

Termino citando las palabras de Radbruch, tomadas de su *Introducción a la Ciencia del Derecho*<sup>26</sup> y que el

<sup>26</sup> Trad. esp., Madrid, 1930, p. 197.

eminente jurista que fue Benjamín Villegas Basavilbaso colocara como dintel del Prefacio de su obra *Derecho Administrativo* <sup>27</sup>.

“La idea de un derecho administrativo, situado tanto por encima de la autoridad como por encima del ciudadano, sólo puede transformarse en realidad viva cuando la resolución de los litigios administrativos corresponda a un juez colocado especialmente sobre ambas partes.

¡No hay derecho allí donde no hay juez!”

Que sigan resonando aquí y sean escuchadas por nuestros compatriotas.

Nada más.

<sup>27</sup> Ed. TEA, Buenos Aires, 1949, t. I, p. XI.

## II

# COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



A CASI DOS DÉCADAS DE LA REFORMA  
DEL CÓDIGO CIVIL

*Comunicación del académico Dr. Roberto Martínez Ruiz,  
en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de  
Buenos Aires, en la sesión privada del 18 de junio de 1987*





Falta muy poco para que se cumplan dos décadas de la reforma efectuada al Código Civil en 1968. Un tiempo ya suficientemente prolongado como para justificar alguna valoración sobre los resultados de aquélla, que es el tema que me propongo desarrollar, aun cuando en forma somera, y refiriéndome a sólo algunos de los muchos tópicos alcanzados por la reforma.

En primer lugar vale la pena recordar que al encararse la reforma se planteó como cuestión previa, si debía hacerse en forma total o simplemente parcial, optándose, a pesar de algunas opiniones discrepantes, por este último criterio, para lo cual gravitó el progreso que en la vida jurídica del país había significado la evolución de la jurisprudencia civil, beneficioso resultado de la encomiable labor de una prestigiosa magistratura, como se hizo notar en la nota de elevación del proyecto de la comisión que lo preparó, pues dicha jurisprudencia aceptó en la labor interpretativa un criterio funcional en mira de las buenas soluciones que superaron la concepción exegetica que prevaleció en las primeras décadas de vigencia del Código. Cabe aquí repetir, como expresaba la mentada nota, que la posibilidad de subsistencia del Código, fue el mejor homenaje que podía tributársele, y por ende también al ilustre Vélez, que en época de reducidos elementos logró redactar un código que rigió los destinos de la República, bajo el imperio de circunstancias tan diversas, por haber tenido el acierto de prever instituciones respetuosas de los derechos fundamentales y reglarlas con prudencia y sabiduría.

Se dijo en la oportunidad de someter el Proyecto a la aprobación del Poder Ejecutivo, que la orientación general que lo inspiró, fue acentuar el predominio de la regla moral como fundamental norma de conducta, la protección de la familia especialmente en orden a la protección del patrimonio conyugal, con especial beneficio, de hecho, para la mujer y la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente a vicios no manifiestos que pudieren afectar los antecedentes del título del transmitente.

Ya es tiempo de hacer un balance pues, de lo bueno o de lo negativo de la reforma.

En primer lugar quiero referirme a la incorporación explícita en el ordenamiento legal de tres institutos hoy casi universalmente aceptados: la reprobación del abuso del derecho, la lesión subjetiva como causa de nulidad de los actos jurídicos y la teoría de la imprevisión en materia de contratos. Y digo incorporación explícita de ellos en el Código, pues los tres se habían ido aceptando, aunque restrictivamente, en la jurisprudencia civil, con riesgo de que si se generalizara su aplicación podría comprometerse la seguridad jurídica ya que no existían preceptos expresos que configuraran los elementos de hecho necesarios para justificar su invocación. Luego de sancionada la ley 17.711, se encuentran claramente determinados los extremos que deben acreditarse para poder llegar a la declaración de ilicitud (caso del abuso del derecho) o la anulación del acto (caso de la lesión subjetiva) o la rescisión o reajuste del contrato (supuesto de la teoría de la imprevisión).

Tales modificaciones del Código, significaron admitir criterios que contaban con el aval casi total del auspicio doctrinario y la consagración legislativa de los códigos civiles modernos de países cuya cultura es una garantía de razonabilidad. Sin embargo se oyeron en aquel entonces, opiniones discrepantes, aunque minoritarias. Baste recordar para justificar la reforma que, por ejemplo, la reprobación del abuso del derecho fue brillantemente sostenida por Louis Josserand, el ilustre decano de Lyon, en la obra de mayor profun-

didad existente sobre el tema; la han compartido autores de la talla de Saleilles, Ripert, Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere, y entre nosotros contaba con el auspicioso apoyo de los más destacados civilistas, como Lafaille, Salvat, Colmo, Rébora, Aguiar y también en la obra especial sobre el tema del doctor Abel Fleitas.

Es verdad que Bibiloni no aceptaba en su Anteproyecto la recepción de la teoría y que el Proyecto de 1936 adoptó una posición ambigua, no incorporando el texto negativo de Bibiloni ni consagrando fórmula expresa favorable; pero bueno es recordar que fue precisamente ese, uno de los puntos de mayor y generalizada crítica que se hizo al Anteproyecto y al Proyecto de 1936. En cambio, la ley 17.711 sigue en esta materia la orientación de los países de legislación más adelantada que están en una línea cultural de indiscutible defensa de los valores humanos, como son el Código alemán (art. 226), el del Brasil, el proyecto franco-italiano de las obligaciones, el Código peruano de 1936, el Código de Venezuela de 1942, el Código de Portugal de 1967. Cabe agregar que en Francia, cuyo viejo Código Civil no contiene, como expresión del individualismo de la época de su sanción, una expresa consagración legislativa del abuso del derecho —teoría cuya elaboración es muy posterior—, la Corte de Casación ha admitido la teoría del abuso desde por lo menos el famoso fallo del 29 de mayo de 1937 en el caso “Secret contra Briquet” que Julliot de la Morandiere y Weill incorporaron en la obra que recopila las grandes sentencias de la jurisprudencia civil francesa.

Parece necesario decir que la fórmula consagrada a este respecto en la ley 17.711 es por demás prudente, pues impone un standard general de regularidad en el ejercicio de los derechos, forzosa consecuencia de la supremacía de la regla moral. La norma sancionada no hace sino expresar lo que está implícito en todo derecho y en orden al cumplimiento de un sistema armónico y superior de justicia que inspiran las leyes todas, pues cuando en base al derecho objetivo se reconoce a las personas la posibilidad de exigir a otras deberes determinados, no se concibe que pueda pres-

cindirse del fin en que la ley se inspira para reconocer el derecho individual. La transgresión a ese fin importa una irregularidad en el uso del derecho, o en otros términos, su abuso, que el orden jurídico no puede sino reprobado.

Con relación a la consagración de la causal de nulidad de los actos jurídicos por lesión subjetiva, debe señalarse que no se ha sancionado la causa de nulidad por mera desproporción de las prestaciones en el contrato bilateral, a pesar de ser la solución de prestigiosas fuentes del Código de Vélez Sársfield, de las que nuestro codificador se apartó. Pero no hay sobre el punto reforma en la ley 17.711; sigue teniendo vigencia la enfática nota del codificador que expresa la razón de su disidencia con los antecedentes y legislación vigente en la República al sancionarse el Código Civil, diciendo: "el consentimiento libre, prestado sin dolo, error, ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes debe hacer irrevocables los contratos". (Nota al pie del art. 943).

Pero si no sólo existe una injustificada desproporción exagerada en el valor de la contraprestación, sino que a ello se agrega que se ha explotado la necesidad, la ligereza o la inexperiencia del otro contratante, entonces median razones morales que hacen insostenible el acto jurídico. La ley 17.711, al incorporar expresamente el principio de la lesión subjetiva, ha consagrado un homenaje al orden moral y a la justicia conmutativa. Además, no hay menoscabo al valor seguridad, puesto que el texto del art. 954 admite la posibilidad del reajuste tendiente a evitar la anulación del acto. Por otra parte, se encuadra nuestro ordenamiento en la solución de los grandes códigos modernos, como el alemán (art. 138), el suizo de las Obligaciones (art. 21), el italiano (art. 1448), el de México (art. 17). Sobre este punto el Anteproyecto de Biliboni, no obstante su marcado individualismo, reproduce el texto de nuestro art. 953, con la aclaración en nota, que importa aceptar lo previsto en el art. 138 del Código alemán. También auspiciaban esta posición, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 del doctor Llambías, así como el III Congreso de Derecho Civil de Córdoba, de 1961, que la aprobó, con el voto de los más destacados civilistas del país.

Parece elocuente argumento en favor de la incorporación rra antes de sancionarse la ley 17.711.

menciona como típica expresión de vigencia de la regla moral de la causa de nulidad por lesión, recordar que Ripert la trae en el régimen del derecho de los contratos, ya que nada puede ser más categórico ejemplo de acto contrario a la conciencia que aquel en el cual, aunque bajo la apariencia de reunir las condiciones esenciales de validez, por efecto de la debilidad, estado de necesidad o ligereza de las partes, aparece un injusto enriquecimiento de uno de los otorgantes. Claro está que el gran maestro francés insistía en la necesidad de concretar el principio bajo una fórmula de necesaria precisión. El texto del nuevo artículo 954 del Código Civil tiene esa objetiva exigencia, al referirse a la desproporcionada ventaja y a la falta de justificación de ella, además de la explotación de la necesidad, de la inexperiencia, la ligereza del otro contratante.

Fácil parece hoy frente a la dramática acentuación del lamentable curso inflacionario de nuestra economía, desde 1968 a nuestros días, exponer los sobrados motivos que justifican que la teoría de la imprevisión, en materia contractual, haya sido incorporada al derecho positivo por vía de fuente legal y no por mera recepción judicial como ya ocu-

Los antecedentes de auspicio de esta doctrina no pueden ser más honrosos. El Congreso de Derecho Civil de Córdoba, de 1937, recomendó su sanción, y el de 1961 también la aprobó, como dos años antes lo hizo el Congreso de Abogados de La Plata de 1959. Entre nosotros la apoyaron juristas de la indiscutida talla de Lafaille, Bielsa, Orgaz, Pedro León y muchos otros, no pudiendo dejar de mencionarse el elocuente e irrefutable alegato del citado Ripert en su obra *La regla moral en las obligaciones civiles*. Ya antes de la reforma, Orgaz, en uno de sus magníficos estudios de derecho civil, sostenía que por vía de la interpretación del contrato nada impedía durante la vigencia del Código Civil que los jueces incorporaran la doctrina de la imprevisión con la formulación particular que le dieron Winshead y Oertmann, dado que los presupuestos implícitos tenidos en cuen-

ta por ambos contratantes forman parte del contrato y no pueden ser desechados en la interpretación de las voluntades que le dieron nacimiento. Aunque tales presupuestos no estén erigidos en "condición", por lógica imposibilidad de prever lo imprevisible, constituyen elementos indispensables para interpretar la verdadera voluntad de los interesados, pues de lo contrario se iría contra el deseo y los intereses de las partes. En ese mismo trabajo, publicado en 1950, sostenía Orgaz que de incorporarse en una reforma del Código Civil la teoría de la imprevisión debía establecerse en un texto especial, para evitar incertidumbres y divergencias, dada la insuficiencia que tendría la mera referencia a la exigencia de que los contratos deben cumplirse de buena fe, como establecía el art. 1325 del Anteproyecto de Bibiloni y el art. 820 del Proyecto de 1936.

Esta justificación que he querido desarrollar por tratarse de tres de los aspectos de importancia de la reforma, no significa que los tres institutos sean por sí solos una garantía de progreso legislativo y realización de justicia, lo cual sólo puede darse por cierto, si los jueces los interpretan con ponderación y razonabilidad. La sanción de aquellos sin duda configuró una expresión de fe en la magistratura judicial y es entonces el caso de plantearse el interrogante de si ha respondido a esa confianza.

A casi veinte años de su vigencia me animo a afirmar con categórica persuasión que los jueces no defraudaron a quienes en ellos depositaron la honrosa misión de interpretar adecuadamente los preceptos incorporados al Código.

Puedo decir que desde entonces a hoy, he seguido los fallos recaídos que se han publicado en las revistas jurídicas que con mayor profusión hacen conocer las sentencias judiciales, y no ha habido expresiones de exceso o falta de equidad con relación a las tres figuras a que me vengo refiriendo.

Respecto del abuso del derecho, es curioso señalar que cuando comenzó a auspiciarse su aplicación, hace ya largas décadas, se creyó que llegaría a ser una panacea correctora de infinidad de conductas censurables de las personas, con motivo de sus negocios jurídicos. La verdad es que la exigen-

cia del recaudo de moralidad, que fluye del art. 953 del Código, prácticamente ha desplazado casi la aplicabilidad de la figura del acto abusivo como impugnabile por ilicitud. Es que la aplicación del citado artículo 953, prácticamente omitida hasta bien entrada la década de los años 30, se ha generalizado tanto y con tan benéfico resultado que podría decirse que cubre gran parte de los supuestos en que puede invocarse el art. 1071. Pero esta reflexión aparte, no creo que puedan citarse fallos que hayan incurrido en arbitrariedad o injusticia aplicando este último texto después de la reforma.

La nulidad por causa de lesión también ha sido objeto de una correcta jurisprudencia interpretativa. Los casos publicados no son por cierto numerosos, pero todos ellos revelan la preocupación de no incurrir en anulación de actos que no se justifican cuando no se cumplen las exigencias de carácter objetivo y subjetivo que impone la ley para poder llegar a la sanción de nulidad. Las sentencias que sobre el tema se han conocido, han impuesto un adecuado criterio restrictivo, rechazando casos en que se quiso maliciosamente obtener la anulación de malos negocios que no configuran la lesión que lleva a la nulidad.

Con relación a la teoría de la imprevisión, como expresé antes, ha resultado harto justificada la posibilidad de rescindir o reajustar las prestaciones que han llegado a un grado de onerosidad que significaría un injustificado beneficio para el co-contratante. La declinante marcha de la economía ha hecho aplicable la solución legal en innumerables situaciones y no se registran prácticamente casos que merezcan censura por haberse recurrido a la solución del artículo 1198. Es que la teoría de la imprevisión no es sino una consecuencia obvia de la inexcusable exigencia de que los contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe, conforme a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, como dice el actual párrafo primero del citado texto legal.

Igualmente debo mencionar pasando a otros temas de la ley de reformas en cuya aplicación ha podido apreciarse

su benéfico resultado, la trascendencia del nuevo artículo 1051 del Código. Sabido es que éste consagraba una enunciación de tal latitud que, aplicando una rígida consecuencia del tradicional principio *nemo plus juris*, dejaba desprovistos de amparo a terceros, aun así fueren adquirentes de buena fe y a título oneroso de derechos habidos de antecesores que llegaron a ser titulares de ellos en virtud de actos nulos. Esto era, sin duda, una grave expresión de inseguridad jurídica.

Verdad es que hubo una plausible reacción en el terreno doctrinario que fue recibida por la jurisprudencia. Me refiero a la excepción que al gravísimo principio legal se fue abriendo camino respecto de los actos anulables, en base a la aplicación del artículo 1046 y que, brillantemente sostenida por el Dr. Llambías, la jurisprudencia civil aceptó en numerosos casos, como por ejemplo en la sentencia dictada por la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso "Bidart Malbrán c/Martini", que motivó un profundo estudio del doctor José Julián Carneiro en la Revista "El Derecho". Sin embargo, la más elocuente demostración de la inseguridad jurídica que se mantenía la daba el hecho de que grandes juristas como los doctores Salvat, Alsina Atienza y López Olaciregui auspiciaban la solución tradicional.

Pero aun aceptando el beneficio de la excepción a favor de terceros en el caso de los efectos del acto anulable, se mantenía el riesgo de la inseguridad en los negocios jurídicos respecto de aquellos que derivaran de un acto nulo.

La reforma legal, al consagrar en la nueva redacción del artículo 1051 una protección indispensable en el ámbito de los negocios jurídicos, ha logrado el afianzamiento del valor seguridad, y la trascendencia de esta modificación importa un adelanto en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante ello, suscitó respetables reparos de autorizadas opiniones. Se sostuvo que aplicar este criterio respecto de las consecuencias del acto nulo importa un exceso de protección a terceros de buena fe, con perjuicio de otros intereses respetables de los afectados. Pero, sin embargo, el planteo no tiene la gravedad que aparentemente quiere asignársele. En efecto, los



actos nulos en la casi totalidad de los casos son actos de nulidad manifiesta. A mi juicio, los conceptos no se confunden ni coinciden exactamente, como algunos autores lo han sostenido; pero en la mayoría de los supuestos de actos nulos se trata de casos en que la nulidad es manifiesta. Si la nulidad está manifiesta en el acto, ningún tercer adquirente podrá alegar la buena fe y el título oneroso para liberarse de la acción del afectado por la nulidad, ya que estando manifiesta la nulidad, la misma surge del estudio de los antecedentes del caso.

En cambio, si la nulidad no está manifiesta, como en algunos casos que podemos mencionar a título de ejemplo, para que se advierta con claridad la necesidad de la reforma, parece justa la protección del tercer adquirente de buena fe. Tal el caso de una persona declarada incapaz por demencia, pero que con el transcurso del tiempo llegare a su pleno restablecimiento sin obtener, por descuido u otro motivo, la sentencia de rehabilitación. De acuerdo con la interpretación general, los actos de esa persona, en tanto no se levante su incapacidad por una nueva sentencia, son actos nulos y no actos anulables. El resultado es que esa persona, que pudo haber sido declarada incapaz por demencia en la provincia de Mendoza hace veinte años, si se instala en otro lugar y otorga actos jurídicos, estaría otorgando actos totalmente nulos, los que podrían ser objeto de una acción en perjuicio de terceros. En este caso nos hallamos frente a un acto nulo de nulidad no manifiesta; parece lógico proteger al tercer adquirente de las sucesivas transmisiones, aun cuando haya el antecedente de un acto nulo. Pero repito que estimo que no hay motivos reales de alarma por la extensión que se ha dado al artículo 1051 respecto de los actos nulos. Se podría dar muy pocos ejemplos de actos nulos —no anulables, que estaban dentro de la excepción jurisprudencial elaborada por aplicación del artículo 1046—, en los que la nulidad no esté manifiesta y no surja del estudio del caso.

La intangibilidad del derecho del tercer adquirente oneroso de buena fe es una exigencia ineludible de valores superiores. Bueno es sin embargo advertir que la exigencia

lógica de buena fe del adquirente supone, como presupuesto ineludible para poder invocar la bondad de su título, una conducta diligente adecuada a las circunstancias del negocio jurídico. Pienso así, que asume ahora una importancia fundamental el cuidado que debe ponerse en el análisis de los antecedentes de los títulos. Sin duda alguna, las deficiencias existentes en los actos de que emana el título del trasmisor y que pueden advertirse a través de su estudio, impedirán la aplicación del beneficio que la ley acuerda sólo a quien actúa de buena fe, y no podrá invocarla quien por negligencia imputable, propia o de los profesionales en quienes confió, no reparó en el riesgo de la declaración de nulidad. La jurisprudencia con lógica y justicia ha exceptuado la aplicación del artículo 1051 al caso de actos nulos en que no medió autoría del perjudicado. Es típicamente el caso de los títulos falsificados, en los que no puede sustentarse una transmisión válida ulterior si hubo defraudación al anterior titular que no intervino en el acto en que se basa el título de vicioso origen. Al interpretarlo así la jurisprudencia, ha hecho una adecuada exégesis de la norma.

Aun a riesgo de resultar algo extensa mi exposición, no quiero dejar de mencionar el tema de la responsabilidad que en la ley 17.711 se impone en materia de responsabilidad extracontractual, más precisamente a la que se impone por riesgo o vicio de las cosas. El nuevo texto del artículo 1113 podrá decirse que no se ajusta a las consecuencias rigurosas del principio general de que no puede haber responsabilidad sin culpa, pero es sostenible como solución concreta y de equidad a un problema que el avance de la técnica ha traído.

Pero hay más; esta crítica excesiva a la aceptación del principio de responsabilidad objetiva en el caso de cosas peligrosas, que se hace en razón de la supuesta transgresión a un principio teórico general, no se ha formulado nunca respecto de otras múltiples situaciones en que el Código de Vélez la ha impuesto conforme a la interpretación de los jueces.

Por ejemplo, la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, que se elude designar como caso de res-

ponsabilidad objetiva y se prefiere decir que es una responsabilidad de garantía, no es sino un paradigma de aquel tipo de responsabilidad. Si el principal no tiene posibilidad de excusar su responsabilidad por más que demuestre su celo y extrema prudencia en la selección que hizo de su dependiente y en vigilar su conducta, mantener su responsabilidad por los hechos de éste es un caso de responsabilidad sin culpa. Sin embargo, en la doctrina civil nacional casi no existen críticas al alcance que en este sentido dio desde antes de la ley 17.711 la jurisprudencia al artículo 1113 del Código Civil.

Y cabe preguntarse, ¿no sería tan igualmente razonable o más aun, que se imponga una consecuencia similar de responsabilidad que podríamos llamar convencionalmente de garantía, si causa escozor la terminología de responsabilidad objetiva, respecto de los daños causados por vicio de la cosa?

¿Puede aceptarse que si se desea utilizar los recursos de la técnica moderna con peligros tremendos como son ciertas industrias químicas o de aplicación de nuevas formas de energía, o transportes, como los buques petroleros de cientos de miles de toneladas y que en casos de accidentes pueden causar verdaderos cataclismos, deba dejarse sin reparación los daños que puedan causar mediante la prueba de falta de culpa? ¿Acaso en situaciones de menor riesgo Vélez Sársfield no impuso la responsabilidad sin culpa por obvias razones de equidad, como en el caso del posadero, artículo 1118 del Código Civil, o en el caso de los daños causados por animales previsto en el artículo 1129 del Código Civil? Sin embargo, supuestos éstos que el Código de Vélez expresamente contempla, no han dado motivo a que se hayan formulado críticas.

Por otra parte, la alarma causada por la reforma a este respecto, precisamente no puede atribuirse sino al vicio de una especulación teórica, pues hay una realidad que no desconoce nadie que tenga alguna experiencia en litigios de responsabilidad extracontractual, y es que aun antes de la reforma incorporada por la ley 17.711, los jueces, con un fino sentido intuitivo de justicia, invariablemente condenaban

al propietario de cosas peligrosas que ocasionan daños, aun cuando se acumulara por el demandado el máximo de pruebas concebibles para demostrar su falta de culpa.

Creo que la crítica ha llegado a ser injusta en algunos comentarios referentes a las nuevas disposiciones de responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, el doctor Orgaz afirma que el cirujano podrá ser demandado por el daño causado por su bisturí, crítica que estimo rebatible por cuanto la responsabilidad del médico no es extracontractual, ya que al ejercer su profesión asume una obligación contractual de medios, lo que supone que la prueba de la culpa está a cargo de quien pide la indemnización.

Otra reforma que fue en su momento criticada, pero que la experiencia de su aplicación ha demostrado su conveniencia, es la referente a la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para ciertos actos de disposición de bienes gananciales. Es también un caso de respetable opinabilidad.

Las razones que llevaron a incorporar esta reforma derivan de una dolorosa experiencia del fraude a derechos del patrimonio conyugal, generalmente en perjuicio de la mujer, a través del aporte de los bienes del matrimonio a sociedades de capital representados luego por volátiles acciones o bien a operaciones simuladas, que hacían imposible la justa liquidación de los intereses comunes.

No es dudoso que la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de ciertos bienes gananciales puede ocasionar molestias, pero es el precio inevitable de la protección efectiva que la ley quiere asegurar.

Algunos críticos llegaron a pronosticar graves males a la economía nacional como consecuencia de la nueva disposición. Se ha expresado que aquélla compromete el progreso del país por la limitación que traerá en el campo de los negocios. Se dijo también que afecta gravemente la autoridad marital y hasta se ha llegado a afirmar que actualmente son incapaces relativos de hecho los cónyuges, respecto de la disponibilidad de los bienes gananciales que enumera el artículo 1277 del Código Civil.

Ciertamente, no parecen justificadas estas apreciaciones. Desde luego, bueno es tener presente que el sistema instituido por la reforma es el vigente desde hace años, con diferencias de detalle, pero en definitiva igual en lo esencial, en países de características similares a las nuestras, como es el Uruguay, por su ley de 1946; Venezuela, Cód. 1942; Chile ley de 1952 y también en otros como España, ley de 1958; Francia, ley de 1965; Alemania, desde 1957, y es igualmente el criterio del nuevo Código de Portugal. También lo era desde hace mucho tiempo en las legislaciones de países escandinavos como en Suecia desde 1920, Dinamarca, 1925, Noruega, 1927.

Las razones por las que la Comisión optó por propiciar esta reforma son, fundamentalmente, la necesidad de proteger el núcleo familiar y especialmente a la mujer, que si bien tenía un título jurídico muy halagüeño para obtener la mitad de los bienes gananciales, se producían cada vez más inquietantes casos de burla a su derecho, por maniobras del cónyuge. El punto en definitiva consistía en valorar si esos riesgos justificaban incorporar, para los numerosos casos de matrimonios sin desavenencias, la exigencia de un doble consentimiento para otorgar actos de disposición, exigencia que indudablemente apareja molestias que no pueden desconocerse, pero que se justifican por los motivos expuestos.

Cabe hacer, por fin, una sucinta referencia a disposiciones de la ley 17.711, que constituyen facultades que se confieren a los jueces en casos especiales para llegar a soluciones de equidad en aras de la realización de Justicia, pero que implican confiar en la prudencia de la función jurisdiccional.

Es el caso del artículo 907, en caso de daños producidos por hechos involuntarios. El Código sólo admitía la indemnización si por el hecho se hubiere enriquecido el autor del hecho y en la medida del enriquecimiento. La reforma ajustándose a lo que han establecido los códigos más modernos como el alemán (art. 829), el peruano (art. 1140), el italiano (art. 2047, apart. 2º), el moderno Código portugués (art. 489), autoriza un resarcimiento de equidad.

Asimismo debe citarse el artículo 1069 que faculta al juez a morigerar las indemnizaciones de daños y perjuicios, para considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuera equitativo, salvo el caso de conducta dolosa del autor del hecho. La nueva norma tiene en cuenta juiciosas observaciones que al respecto habían formulado Mazeaud y Tunc, Savatier, Lucienne Ripert y entre nosotros Salas y Acuña Anzorena y los códigos modernos como el Código Suizo de las Obligaciones (art. 44), y el Portugués (art. 494).

Otros casos son el artículo 1316 bis, en cuanto con relación a los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal, establece que se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso. Tal reajuste equitativo tiende a evitar que por la mecánica aplicación de los índices de desvalorización monetaria pudiere llegarse a resultados injustos en la fijación del monto del crédito. Lo mismo se ha establecido en el artículo 3477 que en materia de colación, tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso. Median similares razones que las expuestas con relación al nuevo artículo 1316 bis.

No es posible continuar examinando la totalidad de las reformas de la ley 17.711 pues excedería el marco de tiempo factible de una comunicación en nuestra Academia, pero pienso que el breve comentario que he hecho de las principales de ellas, justifica que como balance de apreciación se pueda afirmar que la experiencia de su aplicación en casi dos décadas ha sido beneficiosa para asegurar la realización del valor Justicia en materia civil.

REFLEXIONES SOBRE LOS CONTRATOS  
EN EL PROYECTO DE LEY  
DE UNIFICACIÓN

*Comunicación del académico  
Dr. Federico Videla Escalada, en la Academia  
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
en la sesión privada del 16 de noviembre de 1987*





## I. — INTRODUCCIÓN

Así como en 1968 la ley 17.711 introdujo modificaciones sustantivamente importantes, pero cuantitativamente escasas en el tratamiento de los contratos en el Código Civil, el Proyecto de Ley de Unificación ha centrado gran parte de su acción reformadora en el campo de estos actos jurídicos.

Por la finalidad inspiradora del texto proyectado, esto debía ocurrir, ya que el contrato es un instrumento fundamental en el desarrollo de la actividad patrimonial y una ley que contempla al Derecho Privado, comprendiendo en él a lo que ordinariamente se denomina Derecho Civil y Derecho Comercial, debe lógicamente dedicarle una atención preeminente.

Es sabido, por otra parte, que en el movimiento contemporáneo dirigido a lograr el mayor grado posible de unificación entre las dos disciplinas mencionadas, son precisamente los contratos y las obligaciones los campos más favorables para la concreción efectiva de ese proceso.

De ahí que considere razonable dedicar esta comunicación a poner de manifiesto algunas reflexiones en torno a ciertos aspectos del Proyecto relativos a la parte general de los contratos.

Deseo aclarar desde el comienzo que, en el análisis del Proyecto de reforma, no sólo deben ser estudiados los preceptos elaborados para modificar soluciones legislativas vigentes, sino que también revisten importancia algunos silencios que implican el mantenimiento sin variantes de las actuales normas del Código Civil.

Con esta aclaración, inicio una breve recorrida en los temas que estimo más dignos de comentario en una exposición de alcance muy limitado como la presente.

En primer lugar, he de referirme al silencio guardado respecto al artículo 1137, es decir, al concepto de los contratos, y luego formularé algunas reflexiones sobre las clasificaciones, los elementos, los efectos, tanto generales, como algunos referidos a categorías específicas, la interpretación y la extinción de aquéllos.

## 2. — EL CONCEPTO DEL CONTRATO

La primera consideración que se presenta ante el estudio que analiza el Proyecto, se refiere a la ausencia de toda observación referida al concepto del contrato contenido en el artículo 1137 del Código Civil

En primer lugar, conviene señalar que una corriente legislativa importante, cuya posición fue elogiada por Vélez Sarsfield, aun cuando no siguió fielmente su orientación, ha sostenido la conveniencia de evitar las definiciones en los Códigos.

Personalmente, no estoy demasiado convencido del acierto de esa línea de pensamiento, pero admito que existen fuertes argumentos que la apoyan. Hubiese sido razonable, por consiguiente, que si la comparten los redactores del Proyecto se inclinaran en este sentido y eliminaran los textos de esa índole, entre ellos, lógicamente, el actual artículo 1137.

Ese criterio no ha sido seguido.

De ahí que corresponda analizar si es positivo haber dejado sin modificaciones el texto de esa norma.

En realidad, el mismo codificador en la nota se manifiesta disconforme con la definición elegida, tomada de Savigny en el *Sistema de Derecho Romano actual* y dice que Freitas es más preciso, posición que ha servido de base para las críticas formuladas por la doctrina.

Como se sabe, el concepto de Savigny es sumamente amplio, excesivamente comprensivo. En su intento por privar de sustento a la posición del Código Napoleón, que sólo consideraba contratos a las convenciones creadoras de obligaciones, o si se prefiere, de derechos creditorios, el gran jurista alemán enunció una serie de figuras que, para él, revestían ese carácter, como la tradición, el matrimonio, los acuerdos de fusión e incorporación de Estados o los tratados internacionales.

Esa es la posición reflejada en el artículo 1137 del Código Civil y un estudio más detenido de los contratos obliga a excluir de su ámbito varios de los supuestos que Savigny había incluido, como el matrimonio, la adopción o los tratados internacionales, figuras que, indudablemente, no se ajustan a las características esenciales de aquéllos.

Creo que es más acertada la noción que da el artículo 1321 del Código Civil de Italia de 1942, que ciñe el concepto a los acuerdos entre dos o más partes destinados a regular sus derechos en el campo patrimonial.

Estimo que esta posición se ajusta mejor a las notas propias de las figuras que nos ocupan y, asimismo, responde a la orientación de uno de los más importantes cuerpos legales que han optado por una legislación unificada del Derecho Privado.

### 3. — CLASIFICACIÓN

En materia de clasificación de los contratos, el Proyecto no introduce modificaciones en los artículos 1138 a 1142. Únicamente este último debería ser reformado para incluir una nómina más completa de los contratos reales, para lo cual es necesario agregar a la renta vitalicia, cuya regulación se mantiene sin variante alguna.

Es, por el contrario, digno de elogio el nuevo artículo 1143. Se aparta de la terminología utilizada por el codificador, nominados e innominados, y emplea las palabras típi-

cos y atípicos, y además corrige el error del Código, que hacía referencia a que tuvieran o no una designación específica y correctamente usa como criterio de distinción que haya o no una regulación especial, pauta aceptada desde el Derecho Romano.

Además, determina que las disposiciones aplicables a los contratos atípicos serán las "reglas de los contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad y la economía del negocio y las normas generales sobre obligaciones y contratos".

Es evidente que corresponde recurrir a los preceptos que integran la teoría general del contrato, pero resulta positiva la mención de la finalidad del negocio como instrumento apto para la calificación del acto y para elegir las reglas supletorias aplicables.

#### 4. — LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Se mantiene la técnica del Código de no enumerar los elementos esenciales de los contratos, posición en la que Vélez Sarsfield no siguió al Código Napoleón, cuya metodología, en este tema, adoptó, por el contrario, el de Italia de 1942.

En lo atinente a la técnica legislativa, puede elegirse una u otra solución, pero creo que hubiese sido oportuna la inclusión de normas referidas a la causa fin como elemento esencial, no sólo de los contratos, sino de los actos jurídicos en general.

Pero, en este aspecto, no hay innovaciones respecto a lo establecido en el Código, de manera que únicamente se tratan el consentimiento y el objeto, además de la capacidad, presupuesto de validez en el concepto más aceptado por la doctrina moderna.

#### 5. — EL CONSENTIMIENTO

El régimen del consentimiento experimenta modificaciones importantes y, en general, positivas.

El Capítulo correspondiente comienza con una innovación: se pronuncia en favor de la teoría de la recepción. Dice el proyectado artículo 1144 que "El contrato queda concluido cuando la aceptación es recibida por el oferente" y se determina, inclusive, cuándo debe considerarse recibida por éste.

Al respecto, la segunda parte del mismo artículo expresa que ello ocurre cuando el ofertante conoció la aceptación, o debió conocerla usando la debida diligencia, se trate de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil, a lo cual agrega una remisión al artículo 750, que dispone cuándo debe ser hecho el pago.

Creo que el contenido de la segunda parte del artículo es indispensable para disipar cualquier equívoco entre la elección de la teoría de la recepción y la de la información, que podría resultar de la expresión "la conoció". Los términos explícitos del final del segundo párrafo del precepto clarifican la cuestión.

Por otra parte, la doctrina moderna coincide con la opción por la teoría de la recepción, como se puso de manifiesto en el Congreso celebrado con motivo de los ciento cincuenta años de la sanción del Código de Luisiana, legislación muy significativa por ser el único Código Civil de un Estado norteamericano que sigue al Código francés y en la Convención sobre ventas internacionales de mercaderías, que entrará en vigor en 1988.

Hay sólidos fundamentos que apoyan esta posición, ya que la recepción de una comunicación es un hecho susceptible de ser probado sencillamente, con la consiguiente ventaja desde el punto de vista de la eficacia de los actos y la seguridad jurídica.

También hay modificaciones substanciales en lo atinente a los requisitos de la oferta y la invitación a contratar.

Sobre ésta expresa el artículo 1145 del Proyecto que será interpretada restrictivamente, tras lo cual agrega que la oferta a persona indeterminada sólo vale como invitación a con-

tratar, salvo que de sus términos o las circunstancias de su emisión “resulte la intención del oferente de obligarse”.

En cuanto a los requisitos de la oferta, se requiere que consista en una manifestación que razonablemente y “de acuerdo con los usos y costumbres y las circunstancias del caso, indique la intención de obligarse en razón de ella”, que sea dirigida a persona determinada o determinable y que contenga “las precisiones necesarias para individualizar las obligaciones que resultarán en caso de ser aceptada”.

Se mantiene, por consiguiente, la exigencia en cuanto a que la oferta debe ser autosuficiente, de modo que cualquier manifestación afirmativa del destinatario sea apta para formar el contrato.

La naturaleza de actos jurídicos de la oferta y la aceptación aparece reflejada en el artículo 1146, que determina que, respecto a ambas, se aplican las disposiciones de la Sección Segunda del Libro Segundo del Código.

Mantiene la exigencia de la aceptación inmediata respecto a la propuesta formulada a quien se encuentre presente o a quien, aunque no lo esté, se halle en comunicación instantánea con el oferente (art. 1148).

Sin perjuicio de ello, el artículo 1149 dispone que la oferta tendrá vigencia por el tiempo indicado cuando fue emitida fijándole un plazo de duración, cuando se la ha hecho como irrevocable, caso en el que le asigna una validez de treinta días, y, finalmente, cuando ha sido dirigida a persona distante que no esté en comunicación instantánea con el oferente, supuesto en el cual la propuesta se mantiene durante el tiempo razonablemente necesario para recibir la respuesta.

La solución proyectada implica, en esta parte final, el apoyo a una tendencia a acordar mayor valor jurídico a la oferta, conforme a las orientaciones seguidas por la legislación y la doctrina a partir de la sanción del Código alemán de 1900.

En nuestro país, el Proyecto de 1936 había optado por esta posición y tomado como modelo al Código brasileño.

En el Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1969 se había recomendado afirmar el valor vinculante de la oferta, tema que interesa especialmente en el campo de la formación de los contratos entre ausentes.

En los dos primeros incisos, se admite la validez de la oferta en firme por tiempo determinado y se marca también un avance al establecer un plazo preciso para la formulada como irrevocable, con lo cual se mejora el texto actual, que habla del supuesto en que el oferente hubiese renunciado al derecho de revocarla, lo cual constituye una verdadera hipótesis de laboratorio.

El artículo 1150 dispone que la oferta se considerará revocada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario al mismo tiempo que aquélla, solución correcta, ya que no hay perjuicio para el destinatario y se ajusta a las exigencias del carácter vinculante de la oferta en el contrato entre ausentes.

El comienzo del artículo 1151 es obvio, ya que expresa que hay aceptación cuando el destinatario de la oferta manifiesta su asentimiento con ella, pero la parte final del precepto proyectado representa una innovación que, por lo menos, merece alguna observación.

En efecto, el segundo párrafo del artículo conforma una novedad importante. Dice: "Las modificaciones sustanciales que el destinatario introduzca a la oferta importan su rechazo y constituyen una contraoferta. Las otras modificaciones que el destinatario le introduzca se consideran aceptadas por el oferente si no manifiesta sin demora su rechazo".

Esto implica una notoria diferencia con el actual texto del artículo 1152, que dispone que cualquier modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato.

Evidentemente, no se trata de una aplicación de la teoría de la *punktation*, pero sí, de una solución que, en alguna medida, se le aproxima.

Para esa teoría, es suficiente que exista acuerdo sobre los puntos esenciales, como lo expresa el Código suizo de

las Obligaciones en su artículo 2, ya que los restantes pueden ser suplidos por los jueces.

Como es sabido, la teoría dio lugar a diversos debates durante el proceso de elaboración del Código Civil alemán, pero éste, en su artículo 150, estableció que una aceptación con ampliaciones, limitaciones u otras modificaciones, vale como repulsa unida a una nueva oferta, es decir, que consagró una solución coincidente con la de nuestro Código.

En el proyecto, no se decide que el acuerdo sobre puntos substanciales es suficiente, pero se marca un camino en ese sentido, sobre la base de una presunción de conformidad del oferente, si éste no manifiesta sin demora su voluntad en contrario.

El artículo 1152 se refiere a las ofertas alternativas o divisibles y mejora, en cierto modo, la actual redacción del 1153.

El artículo 1153 del Proyecto, con remisión a lo dispuesto en el 1144, aplica expresamente la teoría de la recepción para la formación de los contratos entre ausentes.

Desde otro punto de vista, modifica las normas relativas a la caducidad de la oferta por muerte, incapacidad o quiebra del oferente o del aceptante, ya que dispone que no "perjudica la vigencia de la oferta o de la aceptación, salvo disposiciones especiales".

El artículo 1154 trata de la aceptación tardía, respecto a la cual dice que el proponente puede valerse de ella si comunica sin demora tal decisión al aceptante.

De ahí en más siguen tres preceptos interesantes: el primero referido a la integración del contrato; el siguiente a los contratos que obliguen a celebrar otro de contenido total o parcialmente predispuesto y el último a los redactados con cláusulas predispuestas.

El 1155 dice que el contrato se integra con las normas imperativas, que se aplicarán en sustitución de las cláusulas que fuesen incompatibles con ellas, las supletorias y los usos y costumbres del lugar, en cuanto fuesen aplicables.



La sustitución de las cláusulas incompatibles con las normas imperativas por éstas puede, a su vez, ser inaplicable, ya que no siempre será factible reemplazar a una estipulación contractual que, por ejemplo, afecte la moral y las buenas costumbres por otra que refleje la voluntad de las partes dentro del campo admitido por esta pauta.

Es cierto que este régimen fue utilizado por la jurisprudencia en la reducción de intereses excesivos, pero no siempre será fácil aplicarlo.

En las notas explicativas del Proyecto se ha dado importancia especial a la integración con los usos y costumbres.

El artículo 1156 dispone que los contratos que obliguen a celebrar otro de contenido total o parcialmente determinado generan una obligación de hacer y que la opción debe ser juzgada como una oferta válida por el plazo fijado o por el que fije el juez ante el silencio de las partes.

El 1157 trata de los contratos con contenido predispuesto o que hagan referencia a cláusulas generales "que la otra parte estuvo precisada a celebrar" y determina cuáles de sus cláusulas carecerán de validez.

Sin perjuicio de formular luego una reflexión sobre los términos "que la otra parte estuvo precisada a realizar", enunció las cláusulas fulminadas en los dos incisos del precepto.

Son aquéllas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad del proponente por daños corporales o por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica.

También se establece que otro tanto ocurrirá con las que importen renuncia o restricción de los derechos del aceptante o amplíen los del predisponente, salvo que aquél las haya conocido o debido conocerlas obrando con la debida diligencia y las haya aprobado por escrito expresa y especialmente.

Además, impone la exigencia de la redacción en idioma nacional y que ella sea completa, clara y fácilmente legible.

Considero un acierto haber redactado algunas disposiciones referidas a este tipo de contratos, así como también haberlo hecho en la parte relativa al consentimiento, ya que, en definitiva, en los formados por adhesión la especialidad reside en el modo particular de manifestación de la voluntad de las partes.

No estimo, por el contrario, un acierto haber empleado la frase "que la otra parte (el adherente) estuvo precisada a celebrar", ya que parece negativa de la naturaleza de acto jurídico que revisten estas convenciones y entiendo que debe ser interpretada en el sentido de admitir que el predisponente cuenta con un monopolio al menos de hecho y el adherente se vería expuesto a privarse de bienes o servicios o a sufrir perjuicios, en caso de no contratar con aquél.

Es digna de elogio la inclusión de normas sobre la responsabilidad precontractual, tema en el cual el Proyecto se inclina por la teoría de Faggella, ya que la admite desde la etapa de las tratativas y exige que los sujetos obren de buena fe para no frustrarlas injustamente. En cuanto a la indemnización que se debe en estos supuestos, aplica la tesis del interés negativo (arts. 1158 y 1159).

## 6. — CAPACIDAD

Sólo uno de los artículos del capítulo atinente a la capacidad ha sido objeto de tratamiento en el Proyecto. Se trata del 1160, donde se ha eliminado la referencia a los religiosos profesos y los comerciantes fallidos y se ha mejorado la parte inicial del texto actual.

Pero sería conveniente que se aproveche la oportunidad para corregir los defectos de redacción de los artículos 1164 y 1166, que han causado dificultades para su interpretación.

## 7. — OBJETO

Otro tanto ocurre en materia de objeto, donde sólo se proyecta un nuevo artículo 1171, que dispone que la cantidad se refuta determinable cuando es dejada al arbitrio de un tercero y varía la solución actual, ya que, en lugar de remitir el caso a la decisión del juez con el asesoramiento de peritos, opta por facultar al magistrado a designar a otra persona que reemplace al tercero que no pudo o no quiso fijar la cantidad. En definitiva, será el magistrado quien decida.

Se mantienen, por consiguiente, el artículo 1168, de difícil interpretación por la mención de las obligaciones como objeto cuando, en rigor, son efectos de los contratos y el artículo 1169, que tantos comentarios ha suscitado a propósito del valor patrimonial como requisito del objeto frente al interés digno de protección y donde la nota, a pesar de ser tomada de Aubry y Rau, al igual que el artículo, se refiere a la utilidad pecuniaria que debería procurar el objeto al contratante.

Las disposiciones referidas a los hechos como objeto de los contratos seguirán, además, ausentes en caso de aprobarse el Proyecto y será necesario, como hoy, trabajar sobre la base de una interpretación constructiva pero complicada de los artículos 1161 y 1163, incluidos en el capítulo de la capacidad.

## 8. — FORMA

En el ámbito de la forma, se ha corregido el error del Código al eliminar en el comienzo del artículo 1184 la excepción de los contratos celebrados por subasta judicial, que el Proyecto traslada, como corresponde, al inciso primero, donde, por el contrario, se mantiene la expresión "obligación o gravamen", que resulta criticable.

Se ha suprimido la exigencia de la escritura pública para la constitución, modificación o prórroga de los contra-

tos de sociedad, a los cuales no se les impone requisito alguno de forma, ni la publicidad nacida de la inscripción, lo cual puede originar problemas, sobre todo si se tiene en cuenta que se admite que haya socios que puedan limitar cuantitativamente su responsabilidad.

Se conservan sin cambios los artículos 1185 y 1187, de modo que la célebre cuestión referida a si el juez cuenta con las facultades necesarias para otorgar la escritura pública en caso de ventas de inmuebles instrumentadas en boletos de compra y venta, continúa derivada a las decisiones jurisprudenciales, actualmente fundadas en el plenario "Cazes de Francino c/Rodríguez Conde".

## 9. — PRUEBA

En materia de prueba, hay una modificación del artículo 1190, del cual desaparece la nómina de los medios de prueba. Se la reemplaza por una referencia a los que puedan llevar "a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica".

En el mismo artículo se agrega que los contratos que tengan una forma prescripta no podrán probarse si no se hubiese cumplido con ese requisito y se sintetizan las normas relativas a la prueba por testigos.

Esta es proscripta respecto a los contratos "que sea de uso instrumentar", disposición imprecisa que reemplaza a la que fijaba un valor máximo y también a las excepciones de los artículos 1191 y 1192 del Código, que eran preceptos valiosos.

Precisamente los artículos 1191 a 1193 se refieren en el Proyecto a los libros de contabilidad como medio de prueba.

Prueban en favor de su titular si la otra parte no los presenta o no lleva debidamente los asientos de los suyos; quien deba llevarlos y no cumpla con esta obligación, será juzgado por los libros de su contrario; los que no estén lle-

vados debidamente, no probarán en favor de su titular, pero sí en su contra; se prescindirá de su consideración cuando conduzcan a resultados contradictorios y serán apreciados por el juez junto con las demás probanzas.

## 10. — LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS

En el capítulo de los efectos de los contratos, es decir, en su aspecto dinámico, se encuentra la disposición que juzgo más criticable y negativa del Proyecto: la nueva formulación del artículo 1197, precepto clave para el concepto esencial y el funcionamiento de estos actos jurídicos.

No he de extenderme a su respecto, ya que ha sido motivo de abundantes cambios de ideas en el seno de la Academia y en las reuniones que mantuvimos con el Dr. Le Pera, cuando amablemente concurrió a formular explicaciones referidas a algunos aspectos de la obra proyectada.

Pero, por su importancia, tampoco deseo mantener total silencio en esta comunicación.

Cabe recordar que, en la redacción primera del Proyecto el artículo 1197 decía, en su parte inicial, la esencial: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración, y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de haberseles exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución".

Este texto significa, sin duda, afectar de modo muy grave el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, con los males que de ello se seguiría para la vida social y económica del país.

Cabe decir, sin temor a errar, que la seguridad jurídica, fundada en la vigencia de un principio fundamental, consagrado en el mundo civilizado desde siglos atrás y fundamento de las operaciones realizadas en el campo patrimonial, desaparecería, en gran medida.

Creo que la conversación mantenida en el seno de la Academia con el Dr. Le Pera fue uno de los elementos importantes que impulsaron a la Comisión redactora a reflexionar sobre los inconvenientes de la solución adoptada en el Proyecto.

En un documento de trabajo, que el nombrado integrante de esa Comisión tuvo la gentileza de dirigir al Señor Presidente, Marco Aurelio Risolía, el artículo 1197 aparece muy mejorado.

En efecto, la parte substancial queda igual al texto actual y termina después de la frase "como a la ley misma".

Ese texto es la concreción de los deseos de quienes creemos que el principio en cuestión debe ser salvado plenamente.

Pero, infortunadamente, no era así: si bien se había alcanzado algún progreso, éste no llegaba a lo esperado.

En efecto, al comienzo del artículo 1198 se había agregado el siguiente párrafo: "Si las circunstancias que condujeron a la celebración de un contrato no subsisten al tiempo de su ejecución, el contrato podrá ser adaptado judicialmente". Y luego sigue el texto relativo a la teoría de la imprevisión.

No se puede decir como antes que esta nueva redacción signifique la desaparición del principio de la fuerza obligatoria, pero es evidente que ésta queda sujeta al arbitrio judicial con notorio detrimento de su eficacia.

Los contratos, instrumentos fundamentales para la vigencia de la seguridad jurídica y el funcionamiento de la vida cotidiana en el campo patrimonial, perderían, de aprobarse ese texto, gran parte de su eficacia, ya que su cumplimiento estaría sujeto a la decisión judicial que, lógicamente, sólo se conocerá después de transcurrido un lapso más o menos prolongado y lo que debió ser una ejecución concreta, ajustada a lo pactado, se convertirá, en definitiva, en una eventual indemnización de daños e intereses, con los consiguientes perjuicios que de esto se siguen.

No estimo oportuno ampliar este comentario y tengo la esperanza de que una mayor reflexión sobre el tema conduzca a mantener en su plenitud un principio substancial para la vida en sociedad.

## 11. — INTERPRETACIÓN

En el mismo artículo 1197, se conserva el párrafo que la ley 17.711 incluyó en el 1198 relativo a la buena fe y luego se introducen algunas reglas de interpretación, destinadas a suplir el silencio que resultaría de la derogación del Código de Comercio.

En el punto 1 se dispone que se tomará especialmente en cuenta la literalidad de los términos utilizados, cuando proceda la interpretación restrictiva. El criterio es razonable, pero la regla es de relativa eficacia al no estar establecido cuándo debe interpretarse restrictivamente el contrato. Como, inclusive, desaparece la regla *favor debitoris*, ni siquiera queda esta pauta residual para orientar al intérprete.

El punto 2 se refiere a los otros casos y toma en consideración en primer término la finalidad y economía del contrato de acuerdo con la intención común de las partes. Considero que esta pauta representa un acierto valioso, ya que el fin de los actos constituye el elemento substancial para desentrañar su sentido y la ponderación del mismo a la luz de la intención común de los contratantes conforma una adecuada consideración del tema.

Precisamente, el punto habla luego de la intención de cada una de las partes al contratar, en cuanto la otra la hubiera conocido o podido conocer si hubiese obrado con la debida diligencia. Es la consagración de la buena fe a través de la voluntad declarada, conforme a lo establecido en el artículo 157 del Código Alemán, lo cual aparece clarificado por el inciso c) del punto 1.

El inciso d) establece que ha de tenerse en cuenta a los actos anteriores de las partes, incluidas las tratativas y las

prácticas seguidas por ellas, cuyo mantenimiento hubiese podido suponer la otra parte. Se complementa con el inciso e), que alude expresamente a la conducta de los contratantes posterior a la celebración del acto.

Y, finalmente, el f) remite a los usos y costumbres del lugar donde se perfecciona el contrato y contiene una aclaración en cuanto a que, aun cuando sean de práctica, las cláusulas que los incisos 1 y 2 del artículo 1157 tienen por no convenidas (renuncias de derechos, reconocimiento de ventajas a favor del proponente, etc.), no integran esos usos y costumbres.

Como síntesis, puede decirse que la inclusión de estas reglas hermenéuticas es razonable y que ellas mismas reflejan los lineamientos de las clásicas, elaboradas de modo casuístico por el Derecho Romano, sistematizadas por Pothier y admitidas expresamente en la legislación o aceptadas por la jurisprudencia cuando la ley, como nuestro Código o el alemán, prescinden de desarrollarlas en sus textos.

El punto 3 del artículo 1197 determina las reglas aplicables en materia de contratos con contenido predispuesto y consagra preceptos generalmente admitidos en las convenciones formadas por adhesión o sobre la base de condiciones generales: establece la preeminencia de las cláusulas especiales sobre las generales y de las incorporadas sobre las predispuestas, interpreta en contra del predisponente a las cláusulas ambiguas y pone como última regla a un inciso que merece un breve comentario.

Trata del supuesto en que el adherente es persona física y lo beneficia con una interpretación favorable, que surja de todos modos de las reglas antes mencionadas y, además, hace mérito en su beneficio del principio *favor debitoris*.

Es decir, que se reitera en este último inciso del punto 3 del artículo 1197 la distinción entre la situación de las personas físicas y jurídicas, muchas veces injustificada en cuanto beneficia a las primeras.



Merece recordarse que en las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Corrientes en 1985, de *lege ferenda*, se había recomendado la adecuación de este principio en el sentido de establecerlo para beneficiar a la parte débil de un contrato. Esta orientación es seguida por el Proyecto, pero no adquiere sentido de aplicación general.

### 13. — TEORIA DE LA IMPREVISION

El artículo 1198 tiene una redacción originaria y otra propuesta, conforme a lo dicho por el Dr. Le Pera en su recordada nota al Dr. Risolía.

La última consiste en incluir en su texto la resolución por frustración del contrato, que inicialmente estaba en el artículo 1204.

En realidad, parece conveniente dedicar a la frustración una regulación autónoma y no introducirla en el articulado referido a dos instituciones ampliamente elaboradas, como la teoría de la imprevisión o la resolución por incumplimiento, pero si sólo existen estas opciones, creo acertada la modificación sugerida por el Dr. Le Pera.

Además de la eliminación de la frase inicial referida a la buena fe, que se trasladaría al artículo 1197, la novedad más importante registrada en el artículo 1198 consiste en que se admite que la resolución sea planteada como acción o excepción y, más aun, que pueda también demandarse la adecuación del contrato.

Aun cuando el tema es opinable, creo que, por razones de prudencia legislativa, la posibilidad de pedir la adecuación del contrato es conveniente. Lógicamente, la decisión corresponde al juez y es de señalar que se dejan a salvo los casos en que la finalidad del contrato o su economía excluyan la posibilidad de reajuste.

Dada la nueva orientación seguida en este precepto legal, desaparece la última parte del artículo actual, que habilitaba al contratante demandado por resolución a impedir

que ésta tuviera lugar ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Otra variante reside en que, en el texto del Código, se establece que el contratante que estuviera incurso en culpa o mora no puede invocar la excesiva onerosidad sobreviniente, mientras que el Proyecto únicamente se lo impide cuando esa excesiva onerosidad provenga de su culpa.

#### 14. — FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO

En lo atinente a la frustración del contrato, el Proyecto (inicialmente en el artículo 1204, en la sugestión del Dr. Le Pera en el 1198) dispone que podrá demandarse la resolución del contrato por frustración de su fin siempre que éste haya sido conocido o conocible por ambas partes, que provenga de causa ajena a quien la invoca y que no derive de un riesgo que éste tomó a su cargo.

Dejo de lado una reflexión sobre algunos términos empleados y tomo en cuenta el fondo del precepto proyectado.

En mi opinión, el tema está correctamente resuelto, ya que se toma como base la consideración del fin del contrato y se exige que éste haya sido conocido por todos los contratantes, es decir, en expresiones de *Capitant*, que haya estado en el campo contractual.

También es procedente requerir que la frustración se produzca por una causa ajena a quien la invoca. En el Derecho anglosajón la institución es construida debido a la no admisión del caso fortuito como causal de exoneración de responsabilidad por incumplimiento de un contrato y, en nuestro Derecho, el requisito contempla adecuadamente los recaudos propios de la ponderación de la finalidad genérica o específica perseguida por los contratantes.

Por el contrario, estimo que no es igualmente acertada la redacción formulada. En primer lugar porque no se trata de haber tomado razonablemente el riesgo referido al hecho

que provoca la frustración, sino de poder presumir razonablemente que lo tomó a su cargo.

Y también porque no es totalmente satisfactoria la expresión "sinalagma asumido". Se asumen las obligaciones propias, no el sinalagma que, precisamente, contiene las recíprocamente comprometidas.

## 15. — EFECTOS DE LOS CONTRATOS BILATERALES

Los efectos propios de los contratos bilaterales también son objeto de algunas modificaciones.

La excepción de incumplimiento está tratada en el primer párrafo del artículo 1201, sin variar el texto de Vélez Sarsfield, pero se agrega una segunda parte, que sigue la orientación de la legislación suiza y cuyo principio inspirador también fue utilizado, en materia de compra y venta, por el codificador.

El nuevo texto dice que una parte puede diferir el cumplimiento de su obligación hasta que la otra asegure la que se encuentra a su cargo, si existen motivos graves para dudar de su cumplimiento.

Es una previsión correcta, que el Código admitió en los artículos 1419 y 1425, en lo atinente a las obligaciones de vendedor y comprador y que, por otra parte, sólo puede ser utilizada cuando hay fundamentos válidos para justificar esa medida.

El Código suizo de las Obligaciones fue elogiado por haberla consagrado y el mismo juicio le cabe en este punto al Proyecto.

Los artículos 1203 y 1204, últimos a que haré referencia en esta comunicación, están dedicados al pacto comisorio y la resolución legal por incumplimiento.

En el primero, se ha eliminado la definición del pacto, decisión correcta desde el punto de vista de la técnica legislativa.

En cuanto al contenido del artículo 1203, cabe señalar que prevé que las partes pueden convenir que ante cualquier incumplimiento de una de ellas, la cumplidora puede, a su solo arbitrio, decidir la resolución del contrato.

Se agrega que, salvo convención en contrario, la resolución se producirá de pleno derecho cuando el interesado comunique fehacientemente a la parte su voluntad de resolver el contrato y que sus efectos consistirán en que los contratantes deberán restituirse lo recibido o su valor, que quedarán firmes las prestaciones cumplidas parcialmente que sean útiles y equivalentes y que el incumplidor deberá indemnizar los daños previstos en la cláusula penal, si la hubiere, o en su defecto por aplicación del artículo 906, referido a la imputabilidad sobre la base de la causalidad de los hechos.

La resolución puede declararse aunque se hubiese demandado el cumplimiento, pero éste no podrá exigirse después de haber resuelto el contrato.

El artículo 1204, que rige la resolución legal por incumplimiento, adquiere en el Proyecto una redacción substancialmente diferente de la actual, aun cuando mantiene la línea básica de considerarla implícita en los contratos con prestaciones recíprocas, que entiendo que deben ser designados como bilaterales.

La resolución se produce por decisión de la parte cumplidora y en el momento en que la comunicación es recibida por la otra parte, por el vencimiento del plazo que se le hubiese acordado al incumplidor o por sentencia judicial dictada en juicio iniciado por el cumplidor, la que tendrá efecto retroactivo a la fecha de promoción de la acción.

Producida la resolución, los efectos serán los mismos dispuestos para el pacto comisorio.

Para los contratos llamados de duración, es decir, que deben cumplirse en el tiempo, si una parte estuviera en la imposibilidad transitoria de cumplir, la contraparte, previa notificación fehaciente y sin resolver el contrato, puede limitarse a declarar suspendida la ejecución de las obligacio-

nes a su propio cargo, solución que Vélez Sarsfield utilizó en el ámbito de la locación de cosas.

Eliminando el supuesto de frustración, que cabría trasladar al artículo 1198 si prosperare la propuesta del Dr. Le Pera, el artículo menciona los siguientes supuestos en que la resolución también puede ser declarada: por imposibilidad definitiva o temporaria de cumplimiento de la otra parte y por la certeza de que la otra parte no cumplirá con las obligaciones a su cargo.

Como complemento, se establece que en estos casos la resolución se producirá al comunicarse fehacientemente la manifestación que la declare, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieren.

## 16. — SÍNTESIS FINAL

Como puede apreciarse, el tratamiento de los contratos en lo atinente a su parte general, que los rige a todos, típicos y atípicos, incluye soluciones dispares, algunas que muestran innegables progresos, como las normas referidas a la formación del consentimiento y otras menos logradas, además de la desdichada formulación del artículo 1197, que es de esperar que sea modificada y mantenida como está en la actualidad.

Entre las objeciones que cabe hacer, se encuentran algunas referidas a oportunidades perdidas para regular figuras de innegable importancia, como la causa-fin, los contratos a favor de terceros y la extinción de las convenciones.

En resumen, se trata de una obra de innegable importancia, con valores dignos de destacar y perfectible mediante una elaboración más pausada y meditada, que supere los defectos originados, en buena medida, por un apresuramiento incompatible con la realización de una tarea de gran magnitud e innegable influencia en un sector medular del derecho positivo argentino.



III

VI REUNIÓN CONJUNTA DE LAS  
ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA  
Y BUENOS AIRES





*Discurso del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Marco Aurelio Risolia, al inaugurar la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 7, 8 y 9 de octubre de 1987*

En ejercicio de la representación que me incumbe, doy la más cordial bienvenida a los señores académicos de número y correspondientes de Córdoba, convocados a una nueva reunión conjunta —la sexta— de las que venimos realizando anualmente para examinar en común asuntos que interesan al derecho, a las ciencias sociales y, desde luego, al presente y al porvenir de la Nación.

Estamos convencidos de que la empresa es útil y plausible, no sólo por la afectuosa disposición que alienta sino por el trascendente propósito de apresar la verdad para asegurar la libertad con orden y justicia y contribuir al progreso material y moral de la República.

Nos convoca por otra parte, en esta etapa, un asunto de marcado interés, luego de más de un siglo de vigencia de nuestra legislación de fondo. La ocasión es oportuna, por tanto, para abrir nuestras deliberaciones rindiendo homenaje a la memoria de un cordobés ilustre, Dalmacio Vélez Sársfield, que participó en la redacción del Código de Comercio vigente en el Estado de Buenos Aires desde 1859 y hecho ley de la Nación en 1865, y redactó el Código Civil que aún nos rige desde 1871.

Admirable proeza, a mi juicio la más alta prueba intelectual llevada a cabo por un hombre de ley y de gobierno en la Argentina, en el despertar de la Patria, cuando era necesario contener las pasiones y liberar las energías para asegurar la organización y la prosperidad del orden republicano representativo y federal brotado de la Constitución de 1853.

El temario de este encuentro aborda el examen de una iniciativa tendiente a la revisión y actualización de aquella empresa, pero juzgo que un buen comienzo para las deliberaciones es subrayar el mérito de lo que se nos dio por los forjadores de la Patria, sin perjuicio de alentar la superación si cabe, de lo que tenemos heredado.

Con estas brevísimas palabras dejo abiertas las deliberaciones del VI Encuentro de las Academias Nacionales de Córdoba y Buenos Aires. Que sea nuestra aspiración en ellas, como lo he dicho antes, apresar la verdad para asegurar la libertad, el triunfo del Derecho y la realización de la Justicia, que es lo que importa.

*Discurso del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías*

En este encuentro, siempre gozoso, respondemos en efecto a un preciso desafío legislativo en torno a la unificación de obligaciones civiles y comerciales. Contestamos en su momento desde Córdoba a la H. Cámara de Diputados aconsejando profundizar el análisis y elevamos al Senado los dictámenes individuales de quienes serán aquí relatores y algunos otros.

Dijimos entonces: "Es importante destacar que se trata de la modificación de mayor envergadura que se haya tratado hacer desde la sanción de los códigos civil y comercial del siglo pasado y ello debe inducir a tratar la cuestión con la prudencia que las circunstancias exigen. Por ello nos permitimos solicitar al señor Presidente que se otorgue al país todo y a la cultura jurídica nacional un tiempo suficiente como para hacer oír su voz y para que esta interesante iniciativa pueda llegar a feliz término, pero con un grado conveniente de aceptación y conocimiento por parte de la Nación".

El 23 de setiembre, el Sr. Presidente del H. Senado nos informó haber remitido a la Comisión de Asuntos Legislativos "los valiosos antecedentes que me hiciera llegar producidos por eminentes juristas, habiendo sugerido una reunión con los mismos".

Nos aprestamos pues ahora a un momento fuerte en la vida académica: pensar el derecho en la interdependencia social. No me atreveré a opinar sobre la unificación propuesta pero confieso que la unificación, cuando legítima, respon-

de a un llamado del "ser". Hay demasiada fragmentación en nuestros saberes que remiten a excesivas áreas de explicación inconexas.

Una Academia de Derecho tiene urgencias evidentes en sistematizar información, porque los datos exceden ya nuestra personal capacidad. Pero sus deberes apuntan más alto: apuntan a los conocimientos, que son de más difícil acceso que las informaciones; y apuntan más alto todavía: a la misma sabiduría. En una Academia, la sabiduría posible no es una fuga hacia adelante sino su propia justificación. El saber especializado lo comparte con otras instituciones y con la profesión, de la que hemos olvidado que su nombre nos dice de la capacidad de dar fe pública a través de un modo de vida ligado a un servicio de confianza.

En una Academia, el problema consiste en construir con la inteligencia y la sensibilidad un "continuo" entre las ciencias positivas, la realidad humana viviente en la cultura y la realidad absoluta de la sabiduría, para quienes creen en ella (Alejandro Llano, *El futuro de la libertad*, EUNSA, Pamplona, 1985, p. 106).

¿Qué es lo que enturbia nuestro modo actual de percepción de las situaciones institucionales? Podríamos inventariar con Alberto Castells algunos factores socio-culturales: la universalización que requiere una visión macroscópica; la turbulencia ideológica con su cuestionamiento a las creencias tradicionales; los nuevos modelos, como el "ethos" de la ciencia que precariamente postula "no buscar el saber metafísico allí donde el método científico debería encontrarlo y no lo encuentra"; la acumulación del saber que provoca respuestas como la teoría general de sistemas, el estructuralismo y otros lenguajes científicos cuyo aire de familia apunta a la unidad: la dispersión de las ciencias que apela a la interdisciplina; el prestigio del pragmatismo que obliga a resituar la organización del conocimiento básico; el primado metodológico subsecuente al método inductivo; la explosión informativa que rompe el ritmo de expansión del conocimiento y la tasa de asimilación probable. Todo esto parece exi-

gir la fórmula superadora de un saber integral de síntesis (*La democracia*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1986).

Debemos recuperar, por esto, la visión global de la complejidad, según la cual las instituciones son inteligibles en la medida en que somos capaces de analizarlas como un todo abarcativo, englobante e integrado. Ahora pasamos a hacer saber específico; que no se nos escape el saber generalista.

Esta reflexión no era necesaria ante ustedes, pero tampoco la creo impertinente. Es un modo de agregar responsabilidad a la fruición del ejercicio intelectual que compartiremos fraternalmente miembros de número y académicos correspondientes.



**OBSERVACIONES GENERALES AL PROYECTO  
DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN  
CIVIL Y COMERCIAL**

*Disertación pronunciada por el Dr. Roberto Martínez Ruiz  
en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales  
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*





No cabe duda de que el tema elegido para tratar en esta nueva reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, tiene no sólo actualidad e interés, sino también excepcional trascendencia. Ello así, pues de sancionarse el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, traería una profunda conmoción en el ordenamiento jurídico del derecho sustantivo argentino, y por ende una lógica inquietud en los juristas, que como magistrados, docentes, doctrinarios o profesionales al servicio de la Justicia, deben aplicar en la actividad diaria las normas que en buena medida serían alcanzadas por la reforma.

Parece por ello legítimo el análisis de ésta, y un juicio de valoración acerca de la conveniencia de la unificación que se intenta y en todo caso del acierto del proyecto o reparos de que es susceptible.

La génesis de la decisión sancionada en la Cámara de Diputados de la Nación, comienza con la presentación de un proyecto más modesto del diputado doctor Alberto A. Natale, en mayo de 1986, en el que sólo proponía declarar la necesidad de la unificación del régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, legislados en el Libro Segundo del Código Civil y también en el Libro II del Código de Comercio y leyes complementarias y modificatorias, y agregaba que la unificación se efectuaría por medio de la sanción de un Código único de Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales. A tales efectos, proponía crear una comisión especial de nueve miembros que serían designados por el Poder Ejecutivo, de los que tres serían propuestos por el Ministerio de Educación y Justicia, tres por el Con-

sejo de Rectores de las Universidades Nacionales y tres por la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Sin embargo, el diputado Natale señaló, al fundar su presentación, que en realidad él personalmente participa de un criterio más amplio, y expresó que alguna vez se deberá llegar a la unificación total de la legislación civil y comercial, y que aun otras ramas del ordenamiento jurídico deberán incluirse dentro del proceso de síntesis del derecho privado, agregando sobre ello que caracterizados especialistas propugnan la inclusión, dentro de la legislación unificadora, de los demás capítulos de la legislación civil y comercial y también el derecho laboral, el derecho agrario y otras ramas, considerando ilustrativa, con relación a ello, la experiencia italiana. Sin embargo, pese a tal criterio, el diputado Natale agregaba con encomiable prudencia que teniendo en cuenta las “disputas conceptuales que existen, tanto en lo que hace a la incorporación de otras ramas que no sean la civil y comercial, como dentro de éstas a lo que sea ajeno a la materia de las obligaciones y contratos”, prefería limitar sólo a éstas su propuesta.

Al tratarse el proyecto de declaración del diputado Natale en la Comisión de Legislación General ésta produjo un dictamen aconsejando la constitución de una comisión especial que debería preparar un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, pero la Cámara fue mucho más lejos, pues se extendió, en la resolución que aprobó la materia a proyectar, a la unificación de la legislación civil y comercial.

Cabe pues analizar las dos posibles políticas legislativas, a saber, si para el supuesto de decidir alguna unificación, debe limitarse a las obligaciones y contratos civiles y comerciales, o llegar a la total unidad de ambas legislaciones.

Es innegable que la idea de unificar las obligaciones y contratos civiles y comerciales, tiene prestigio, y aunque no unánimemente aceptada cuenta con el auspicio de eminentes juristas, declaraciones favorables en congresos científicos y vigencia legislativa en varios países. Se suele habitualmente mencionar como primer antecedente el Código Federal

Suizo, de 1881, que con las modificaciones introducidas en 1911, rige desde el 1º de enero de 1912 como código independiente del Código Civil, pues se terminó desechando la idea de que pasara a formar parte de éste. Sin embargo en algunas ediciones, aquél aparece como libro V del Código Civil.

Los argentinos podemos ostentar en este asunto prioridad temporal, pues el Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo de la Provincia de Buenos Aires de 1859, Código nacional desde 1862, ante la falta entonces de un código civil, consagraba la unidad del régimen de obligaciones civiles y contratos, unificación que subsiste hasta 1871, en que entra en vigencia el Código Civil, y obviamente, se ratifica la bifurcación con motivo de la reforma del Código de Comercio de 1889. Algunos autores señalan a mi juicio erróneamente que la unificación rigió en el orden nacional durante veintisiete años, hasta 1889, pero estimo que no es así, ya que sancionado el Código de Vélez, no puede dudarse de que en la materia civil rigió éste desde su entrada en vigencia.

Vivante, en Italia, propició en 1892 la unificación, que ya regía en Suiza, pero luego rectificó su posición que no obstante mantuvieron sus discípulos. Francia e Italia proyectaron un Código único para ambos países, cuyo texto se aprobó en 1927, pero si bien Francia no llegó a convertirlo en ley, años más tarde se consagra en Italia la unidad, en el Código de 1942 que reproduce casi literalmente el proyecto, y va mucho más allá, pues llega a unificar no sólo el régimen de obligaciones y contratos sino toda la materia propia del derecho civil, comercial y laboral. Tal amplia extensión no ha sido prácticamente seguida con posterioridad en el derecho comparado, salvo contadas excepciones, pero en cambio sí se ha consagrado el régimen único de obligaciones y contratos en otros países, como en los entonces territorios franceses de Marruecos en 1903 y Túnez de 1906, Turquía en 1927, que sanciona con pocas variantes el Código Suizo y Polonia lo hace en 1934.

Es de interés señalar que Freitas, encargado por el go-

bierno de Brasil en 1859 de redactar un proyecto de Código Civil, después de haber dedicado varios años a él, interrumpió su trabajo en 1867, elevando una nota en la que expresaba que sus ideas habían evolucionado y pretendiéndose de él la redacción de un proyecto de Código Civil, decía textualmente “no puedo dar ese Código sin comprender allí lo que se llama derecho comercial, sino comenzar por otro código que abarque la legislación entera”. Y agregaba: “No hay justificación para esa separación arbitraria de leyes, a que debe dársele el nombre de Derecho Comercial o Código de Comercio, ya que los actos de la vida jurídica, pueden ser comerciales o no comerciales: esto es, tanto pueden tener por fin el lucro pecuniario, como satisfacer necesidades de la existencia”. Pero esta idea fue rechazada por el gobierno del Brasil.

Cabe mencionar también el caso de Paraguay donde luego de haber estado en vigencia el Código Civil de Vélez Sársfield desde 1877, el primero de enero de 1987, ha entrado en vigor un nuevo Código Civil que consagra un régimen único de obligaciones civiles y comerciales.

Segovia, en 1892, en su obra sobre el Código de Comercio decía: “No hay mayores inconvenientes en incorporar en una ley única las disposiciones comunes a todo contrato u obligación”, y aún agregaba, la tendencia moderna, la grande obra consiste en hacer fusionar los derechos civil y comercial, pero esta evolución requiere tiempo y no puede ser improvisada. En cambio años después Siburu, autor de su magnífico comentario del Código de Comercio, en 1905, se pronuncia en contra de la unificación, haciendo hincapié en la diferencia de los actos civiles y comerciales y entendiendo que la unidad de las normas impediría el desarrollo del derecho comercial.

Zavala Rodríguez, en su colaboración en *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille*, señala que éste, en el Congreso de Montevideo de 1948 (Jornadas Franco Latinoamericanas de Derecho Comparado) se preguntaba si conviene o no que el derecho civil y el derecho comercial llegaran en materia de obligaciones y contratos

a formar un código uniforme, y se inclinaba por la afirmativa, expresando: "Sobre todo me parece que uno de los argumentos más fuertes es la realidad. No se ha podido encontrar en ello un inconveniente insalvable en Suiza, por ejemplo. El Código allí se puso en vigencia en el 81 y luego con algunas modificaciones en 1912. ¿Se ha podido decir que en Suiza esto haya determinado tantas dificultades? Desde el 81 hasta 1912 transcurrió un buen lapso y no se pronunció contra el experimento ni la doctrina ni la jurisprudencia ni tampoco el mismo pueblo, por medio del referéndum o de los otros recursos constitucionales contra esa unidad".

También cuenta la idea con la aceptación de otros maestros destacados, aunque con distintos matices. Yadarola en su ponencia presentada en el Congreso de Derecho Comercial de 1940, muchas veces recordada, propiciaba no sólo la unificación del régimen de las obligaciones y contratos, sino la sanción de un Código que podría denominarse Código de las Relaciones Económicas, que además comprendería una parte especial que regularía el estatuto del comerciante y de los agentes del comercio, la legislación sobre títulos de crédito, warrants, debentures, y la legislación de quiebras uniforme para deudores civiles y comerciales. Existe también un antecedente valioso, cual es el pronunciamiento del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en Córdoba en octubre de 1961.

Un aspecto del tema fue tratado por nuestro colega el académico doctor Videla Escalada, al referirse a la posibilidad de llegar a una ley uniforme para las sociedades civiles y comerciales ("E.D.", t. 4, p. 1092), cuestión que le fue sugerida por la nota de presentación de los doctores Malagarriga y Aztiria, del anteproyecto de ley de sociedades que elaboraron, y en su trabajo Videla Escalada llega a la conclusión de que la sociedad civil tiene la tipicidad necesaria para constituir una especie autónoma dentro del ámbito común de todos los tipos de sociedad, tipicidad que la hace apartarse de las previsiones especialmente comerciales, y su inclusión en el código de comercio podría resultar perturba-

dora, ya que las sociedades civiles quedarían sometidas a las obligaciones de los comerciantes y entre otros inconvenientes, señalaba posibles conflictos que suscitaría la eventual liquidación forzosa de los bienes.

Mucho más polémica es la adhesión a la idea de la unificación de ambos derechos, aunque debe reconocerse que también cuenta con el auspicio de autorizados doctrinarios, como Garrigues, que en su *Tratado de Derecho Mercantil*, dice que el prurito de la independencia científica del derecho comercial que corría pareja en el pasado siglo con el de su autonomía legislativa, ha tiempo que fue arrinconada y sustituida por el de la unidad del derecho privado y agregaba: "La verdad es que todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre los particulares, que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente para el derecho civil". De igual criterio participa nuestro colega el doctor Zavala Rodríguez en el citado trabajo, pero recalcando que la unificación debe apoyarse en nuestra historia, nuestras instituciones y nuestra tradición, advertencia ésta que apuntaba al peligro de que ciertas unificaciones que se han auspiciado con alcance internacional, pueden colocarnos en desventaja, por el riesgo de que se impongan cánones de conveniencia para los intereses de grandes países que pueden no consultar las necesidades de los menos desarrollados y quizás la posibilidad de que nuestras costumbres, necesidades o prácticas sean dejadas de lado.

En Francia, si bien las comisiones encargadas de redactar los Códigos Civil y Comercial resolvieron en 1949 que debía prepararse un código único de derecho privado, han pasado casi cuarenta años sin que la idea cristalizara, lo cual demuestra que en definitiva o no se la ha considerado viable o exige un estudio muy prolongado.

Verdad es que pueden citarse el caso de países que han llegado a la unificación, aunque algunos tienen idiosincrasias muy diferentes a las nuestras, como son los países socialistas como Checoslovaquia y la República Democrática Alemana, con alcances referidos a contratos internacionales,

que recordó el diputado Camisar en la Cámara de Diputados en la sesión del 30 de julio último, y también mencionó el caso de Holanda que hace cuarenta años inició el proceso de unificación del derecho privado, sin que hasta el presente haya podido ponerse totalmente en vigencia.

De lo expuesto puede llegarse a la conclusión de que desde el punto de vista estrictamente conceptual, podría admitirse la unificación de ambos derechos, pero siempre que se tenga en cuenta en primer lugar la advertencia del ilustre Segovia, a que antes aludí, de que de efectuarla debe hacerse con tiempo y sin improvisación.

Personalmente no creo que el tema haya sido suficientemente debatido por todas las instituciones cuya opinión debe ser oída, y desde ya estimo que no obstante haberse incorporado en el proyecto algunas disposiciones plausibles existen otras que merecen serios reparos y que deben ser objeto de rectificación si el Senado de la Nación decidiera sancionar el proyecto.

Creo que debe pensarse que la unificación que se intenta va a comprometer profundamente la utilidad que significa contar con un muy importante aporte de obras doctrinarias, que estimo son las superiores de todos los países latinoamericanos, y la jurisprudencia elaborada por una magistratura que ha fijado pautas interpretativas que contribuyen a afianzar la seguridad jurídica, uno de los valores más importantes que deben salvarse para lograr la realización de la Justicia.

No advierto que exista un reclamo general de que se llegue a la unificación de ambos derechos, lo que hace pensar que se trata de una aspiración alentada por principios más teóricos que prácticos, y no considero que el régimen vigente hoy traiga perturbaciones importantes como para justificar una modificación legislativa de tal envergadura, que condena a la subestimación a una tradición nacional más que centenaria.

Por ello mi opinión es desfavorable a la sanción del proyecto, y trataré de comentar sucintamente las objeciones que en forma general mencioné aunque también señalaré

alguno de los aspectos positivos de la reforma proyectada. Adelanto que algunos de los juicios que formularé han sido expuestos por los miembros integrantes del Instituto de Derecho Civil de la Academia, que tengo la responsabilidad de dirigir, a quienes se les sometió el estudio del proyecto, obteniéndose opiniones discrepantes, algunas desfavorables y otras de aceptación respecto de buena parte de los puntos proyectados.

La modificación más grave que se incorpora en el proyecto que ya tiene sanción de la Cámara de Diputados, es sin duda la del artículo 1197 del Código que altera sustancialmente el principio básico de la fuerza obligatoria del contrato, pilar fundamental de la filosofía económica del Código de Vélez, y base del valor seguridad.

En efecto, en vez de mantenerse el actual texto, se proyectó otro cuya primera parte está redactada así: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración, y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de habersele exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución”.

En una reunión que celebró nuestra Academia y a la que concurrió el doctor Sergio Le Pera, uno de los juristas que integró el grupo de asesores de la Comisión Legislativa, se le advirtió la alarma que este artículo nos producía y con buena disposición de su parte expuso su propósito de proponer a la Comisión de Legislación del Senado una modificación para que esa primera parte del artículo sólo dispusiera que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma”. Es decir lo mismo que dispone el código vigente.

Con posterioridad a esta reunión, el doctor Le Pera hizo llegar a la Academia un documento de trabajo que fue presentado en el Senado por los integrantes de la comisión asesora, sugiriendo algunas modificaciones al proyecto sancionado en Diputados, pero lamentablemente, si bien en



el artículo 1197 quedaría el primer párrafo tal cual está actualmente redactado en el Código, en el siguiente artículo 1198 vuelve a aparecer el peligroso principio de que si cambian las circunstancias que existían al tiempo de concertar el contrato, el juez puede adaptarlo.

Se trata de un principio sumamente peligroso que puede dar pie a infinidad de argucias por deudores incumplidores, ya que ni siquiera determina que deba tratarse de circunstancias objetivas, y consagra un factor de inseguridad, de que no existía precedente en nuestro derecho positivo.

En el mismo artículo 1198 se repite la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión ya incorporada en el código con motivo de la sanción de la ley 17.711. Cabe reconocer que incluso se mejora el texto ahora vigente, pues se expresa que puede invocarse la imprevisión, tanto como acción como por excepción, aclarándose así definitivamente una cuestión que motivó discrepantes criterios judiciales.

Por último al artículo 1198 proyectado en el mencionado documento de trabajo se incorpora una novedad que no aparece en el sancionado en la Cámara de Diputados. En efecto, se dice en el último párrafo: "Podrá demandarse la resolución de los contratos por frustración de su fin siempre que éste haya sido conocido o conocible por ambas partes, y que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca y no derive de un riesgo que razonablemente tomó éste a su cargo en razón del sinalagma asumido".

Se trata de la consagración de la teoría de la frustración que existe en el derecho anglosajón, que allí se ha impuesto como una necesidad a consecuencia de que no existe, como entre nosotros, ni el funcionamiento de la teoría de la causa de la obligación, ni la exención de responsabilidad por configuración del caso fortuito. Pero teniendo como tenemos reconocidas ambas fundamentales figuras en nuestro derecho civil, no parece justificada la incorporación de otra causal de resolución del contrato, que podrá provocar incertidumbre en cuanto a sus alcances en los negocios jurídicos.

En materia de profesiones liberales el proyecto sanciona una reforma al artículo 1625, que puede calificarse de gravísima, especialmente respecto del ejercicio de la medicina. Sabido es que en los últimos tiempos se han generalizado litigios contra médicos, y en particular en las especialidades quirúrgicas, reclamando daños y perjuicios con motivo de daños derivados de la imputación de culpa en el desempeño profesional. Pero hasta ahora, la doctrina y jurisprudencia de manera pacífica han entendido que el médico asume sólo una obligación de medios, sin asegurar resultado, por lo cual la demanda de daños actualmente supone la carga de la prueba del reclamante de los perjuicios, de que se incurrió en culpa por el demandado con motivo de su desempeño en la atención del enfermo. El criterio que se ha impuesto es que no existe responsabilidad si se han empleado los procedimientos y técnicas consideradas aptas en el estado actual de los conocimientos científicos exigibles a los profesionales.

En cambio, en el proyecto, se da un inquietante giro en esta materia, y se expresa que "en caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado" sin culpa "en los términos del artículo 514". Y no cabe duda de que esta norma se está refiriendo a las obligaciones de medio, pues a continuación, en el mismo inciso 2º del artículo se agrega: "Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena".

La criticable norma proyectada ha suscitado alarma entre los profesionales médicos, que han convocado a reuniones para tratar el tema. Parece evidente que de convertirse en ley el proyecto sin ser rectificado, se van a suscitar infinidad de pleitos, pretendiéndose beneficios materiales a costa de los médicos, que verán comprometida su tranquilidad y su patrimonio. Además el seguro de responsabilidad que ya están contratando muchos profesionales, de seguir aceptando las compañías aseguradoras los contratos ante un enorme agravamiento de los riesgos, traerá un inevitable incre-

mento de las primas, ya actualmente muy elevadas y que podrían llegar a ser prohibitivas, con un gran encarecimiento del costo del servicio que tendrán que asumir quienes necesiten la asistencia profesional.

Merece también reparo la disposición que con respecto a las personas jurídicas admite que puedan ser constituidas o continuar con un solo miembro o ninguno, siempre que tengan aptitud para funcionar. La constitución con un solo miembro sólo parece posible en cuanto al reconocimiento del régimen de la empresa individual de responsabilidad limitada, pero no como sociedad y conceptualmente no es concebible que pueda la persona jurídica continuar funcionando sin ningún miembro.

Es objetable la legitimación que se admite del anatocismo, cuya prohibición debe mantenerse pues median para ello superiores razones de orden moral y además su admisión constituiría una nueva palanca fuelle del proceso inflacionario. Lo mismo cabe decir de la posibilidad de "indección" de las deudas dinerarias, aun sin mediar mora (art. 619, 2º párr. del proyecto).

Igual falta de razonable fundamento tiene el proyectado artículo 624 que sólo admite la posible reducción de las tasas excesivas de interés tratándose de obligaciones de las personas físicas, pues dado que para tal reducción median razones de orden moral es inexplicable la discriminatoria diferencia con las personas jurídicas, máxime dada la amplitud del concepto de éstas que comprenderían a modestas sociedades de personas que se verían impedidas de impugnar tasas usurarias.

La supresión del actual artículo 45 del Código en el texto que le dio la ley 17.711, significa privar de un recurso directo al Poder Judicial contra las resoluciones de los organismos estatales de control de las personas jurídicas cuando deniegan la personería solicitada, disponen su retiro, etc. Si bien la cuestión no traerá restricciones al derecho de defensa en jurisdicciones en que acuerdan el recurso las leyes orgánicas de dichos organismos de inspección, como ocurre

en la Capital Federal con la ley local 22.315, el derecho a dicho remedio debe ser general, para todo el país.

Se prescinde del régimen de las simples asociaciones, ahora reglado por el artículo 46 del Código, imprescindible para modestas entidades con fines sociales, deportivos, culturales, etc., régimen tanto más necesario cuando se advierte que se proyecta admitir contratos asociativos verbales (art. 1650 del proyecto).

No debe desaparecer la exigencia de la fecha cierta que el Código impone en el artículo 1035, y es peligrosa la admisibilidad de todo medio de prueba para acreditarla, debiendo mantenerse el criterio de enumeración taxativa que impone el código vigente o al menos, excluir la testimonial.

Ha hallado eco favorable, en cambio, la prevista unificación del régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual que responde a requerimientos doctrinarios. Esa solución lleva a la derogación del actual art. 1107 y se da un nuevo contenido al régimen de los artículos 520 y 521, pues respecto del incumplimiento de obligaciones de fuente contractual, serán aplicables también, los artículos 901 a 905, es decir, se imponen iguales pautas que para medir la extensión de las consecuencias de los actos ilícitos extracontractuales. Subsiste la duda que preocupa, aplicando las normas que el proyecto mantiene, acerca de si en los casos de responsabilidad objetiva deben repararse los daños con igual extensión que en los casos de los cuasidelitos. En el sentido afirmativo se pronunció por mayoría una recomendación de "lege lata" de las VII Jornadas de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires de septiembre de 1979, en cuya oportunidad, en cambio, el doctor Videla Escalada propuso de "lege ferenda", declarar que en los casos de responsabilidad objetiva, la ley debe limitar cuantitativamente las indemnizaciones debidas a las víctimas.

Precisamente esta ponencia entonces disidente ha sido recibida en el proyecto de unificación, estimo que acertadamente, al disponer que en los casos de responsabilidad

objetiva del deber de reparar, la indemnización se limitará a un equivalente de dos mil argentinos oro por cada damnificado directo, lo cual sería hoy el importe de unos cuarenta y cinco mil dólares de Estados Unidos. Sin embargo, se prevé, acertadamente, que la limitación no será aplicable si el demandado no prueba que de su parte no hubo culpa, o que adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño o que debió razonablemente haberse asegurado.

Se agrega en el actual texto del art. 514 un párrafo que importa una nueva pauta de exención de responsabilidad, en los casos de incumplimiento sin culpa, a cuyo efecto quien invoque esta eximente debe acreditar que para cumplir la obligación, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación. Sobre esto ha señalado el doctor Trigo Represas, con razón, que habría sido preferible establecer que el deudor tendría que demostrar que obró en la emergencia con la prudencia, diligencia e idoneidad adecuadas a la naturaleza de la obligación, en lugar de enfrentarlo a la dificultad de tener que demostrar que para cumplir se habría requerido un esfuerzo o superación de algo fuera de lo común con relación a la conducta habitual o normalmente exigible.

Un acierto del proyecto, es la enunciación de normas de interpretación de los contratos predispuestos, terminología que emplea en vez de la de contratos de adhesión, de uso general en nuestra doctrina y derecho judicial. Aun cuando las disposiciones que se auspician no agregan de hecho nada a las pautas que al respecto ha fijado la jurisprudencia, su consagración legislativa tendría la ventaja de dar seguridad en la interpretación de estos contratos tan frecuentes en las prácticas comerciales.

Es preocupante la extensión que se acuerda en el título de la forma de los actos jurídicos, asimilando a los instrumentos particulares los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y cualquiera fuese el medio empleado, los registros de pensamientos o información. Es decir que se da carta de naturaleza en el campo del derecho a la cibernética y su

técnica preferente, que es la computación. Esta disposición viste de un rasgo de modernidad a la legislación proyectada, pero cabe pensar si estos maravillosos nuevos medios, aptos para el registro de datos y transmisión de conocimientos, órdenes de operaciones comerciales y bancarias a través de los océanos, etc., no pueden llegar a constituir un riesgo de falta de seguridad si tales registros se llegan a invocar como prueba en contra de las personas. Baste recordar que un telegrama proveniente de Bonn, publicado en nuestros periódicos hace pocos días, informó que unos muchachos miembros de un Club, que para mayor ironía ha adoptado el provocativo nombre de Chaos Computer Club, aficionados a las nuevas técnicas, se han especializado en violar las claves de acceso a grandes sistemas de computadoras y consiguieron introducirse por líneas telefónicas nada menos que en la red de procesadores de la NASA, en los E.E.U.U. y manipularon a su gusto todos los bancos de datos y sistemas a ella conectados. También lograron tener acceso a la computadora Vicar 2 de la Agencia Alemana de Investigaciones Aeroespaciales. Esta reciente hazaña repite una parecida de pocos meses atrás en que un joven aficionado con un sencillo aparato de computación penetró en la red de procesadores del Pentágono en Washington y también los medios de comunicación han informado de estafas de millones de dólares en perjuicio de Bancos, mediante órdenes falsas transmitidas por estos procedimientos de la cibernética. Todo ello hace pensar que no debe confiarse en estas nuevas técnicas como para que sus registros puedan admitirse como forma de los actos jurídicos, dejando a salvo la extraordinaria utilidad que tienen para otros múltiples usos.

Una novedad que se introduce en el proyecto es el plazo único de cinco años de prescripción tanto para la acción de responsabilidad extracontractual como contractual, distinción que si bien es admisible que desaparezca en cuanto a la determinación de la extensión resarcitoria, nada impediría que se mantuviera a los fines del plazo de prescripción, pues con relación a ésta, el término de cinco años para la responsabilidad extracontractual es sin duda excesivo.

No debe ser sancionada la reforma al término máximo del contrato de locación de cosas que no tratándose de viviendas, se lleva a cincuenta años. Es un plazo excesivo que afecta el criterio del codificador de asegurar en todo lo posible la ágil circulación de los bienes. Podría aceptarse un plazo mayor de diez años, quizá hasta 20 como lo dispone la ley 13.246 de arrendamientos rurales, si el locatario se obliga a realizar obras de mejoramiento del inmueble cuya importancia debería tarifarse para ser aplicable.

Tampoco parece que sea conveniente incorporar el derecho real de superficie con un término tan prolongado como son cincuenta años por iguales razones que las que acabo de señalar con relación al contrato de locación de cosas.

Por último debo referirme a algunas ausencias que se advierten en la reforma. Es decir cuestiones que no debieron dejarse de legislar. Una es la falta de normas sobre cesión de derechos hereditarios que sería factible concretar en un breve articulado, falta que existe en el código vigente y que la doctrina y sentencias judiciales han señalado reiteradamente como un instituto que debe reglamentarse.

Otra lamentable falta de tratamiento son las necesarias normas que den solución a las arduas cuestiones que vienen planteándose en las sociedades por acciones de familia, que deben tener un tratamiento especial, por su diferente naturaleza respecto del resto de las sociedades comerciales. Debiera determinarse qué tipo debe considerarse que tiene carácter de sociedad de familia, y facilitar por lo menos la disolución parcial con el derecho de apartarse de la sociedad uno o algunos de los herederos del fundador de la empresa, debiendo poder adjudicársele parte de los bienes, aplicándose en lo que sea pertinente, disposiciones similares a las de la división de los condóminos. Ello es tanto más necesario si se considera que en general la gran mayoría de esas sociedades no tienen de tales más que la apariencia externa y en realidad son patrimonios de una sola persona que quiso al constituirla evitar trámites sucesorios y los consiguientes gastos.

Señores Académicos:

■ En este sintético comentario de disposiciones del proyecto de unificación de la legislación civil y mercantil, he ceñido mis observaciones a las reformas que se proponen a materias de derecho civil, que es la disciplina a que he dedicado mis preocupaciones e inquietudes. Distinguidos comercialistas tratarán cuestiones de derecho mercantil, como el tema de concurso o de sociedades comerciales.

Sólo me resta expresar el anhelo de que en caso de llegarse a la sanción del proyecto por la Cámara revisora que lo tiene a estudio, no deje de contemplar la posibilidad de rectificar las disposiciones de las cuales he hecho resaltar los reparos a que se prestan.



## SOCIEDAD DE UN SOLO SOCIO

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*



1

LAS NORMAS VIGENTES

El Código Civil define en el art. 1648 a la sociedad diciendo que: "Habrá sociedad cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiera aportado".

En materia de sociedades comerciales la ley 19.550 establece en su art. 1º que: "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".

2

LAS NORMAS PROYECTADAS

El proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, que se encuentra en estos momentos en trámite parlamentario, establece nuevas regulaciones parciales en materia de sociedades civiles y comerciales. Así, en cuanto a la sociedad civil da la siguiente definición en el art. 1652 del Código Civil en proyecto de reforma: "Sociedad es el *contrato* por el cual dos o más personas se reúnen para obtener, con esfuerzo o medios comunes, una finalidad común...".

El proyecto de ley de unificación también reforma la legislación en materia de sociedades comerciales en su anexo II titulado "Reformas a la legislación complementaria", ocupándose en primer término de la ley 19.550, a la que modifica en su art. 1º, al dar un nuevo concepto de sociedad que dice así: "Habrá sociedad a los fines de esta ley cuando *una o más personas*, en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en el capítulo II, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Las disposiciones de esta ley sólo se aplican a los tipos legislados en el capítulo II".

Modifica también, en lo que a este trabajo interesa, el art. 94, inc. 8º, que establece la disolución por reducción a uno del número de socios, siempre que no se le incorporen nuevos socios en el término de tres meses, agregando que ello (la disolución) "no será aplicable cuando el socio único lo sea de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada".

Reforma también el art. 146, que regula las sociedades de responsabilidad limitada, estableciendo al final del mismo lo siguiente: "...Constitución por un único socio: puede ser constituida por un único socio si éste es una persona física".

Modifica asimismo el art. 165, incluido dentro de las normas de las sociedades anónimas, cuando dice: "...Puede ser constituida por acto único por un solo socio, sea éste persona física o jurídica".

### 3

## LA FUNDAMENTACIÓN DEL PROYECTO

La proyección de la sociedad de un solo socio, tal como resulta del art. 1º del proyecto de reformas a la ley 19.550 y sus concordantes anteriormente citados, no aparece debi-

damente fundada en las notas explicativas que lo acompañan. En efecto, solamente en el punto 7 del capítulo "De los contratos asociativos", se dice que las sociedades por acciones o por cuotas "si bien admiten más de dos partes, bien pueden tener sólo una, situación a la que podríamos llamar '*contrato plurilateral*', pero que ciertamente no es el mismo contrato plurilateral que el de los otros contratos asociativos, en que tal posibilidad no existe".

Resulta así que mientras la sociedad civil es un contrato porque así lo califica especialmente el art. 1652 proyectado, la sociedad anónima o la de responsabilidad limitada puede responder a una creación unilateral desde que, sea o no un contrato en cuanto a su naturaleza jurídica (tema discutible que veremos más adelante), su constitución no ha de obedecer necesariamente a un acto bilateral del que resulta el concurso de voluntades que define el contrato según el art. 1137 del Código Civil, sino posiblemente de un acto unilateral, cuya naturaleza jurídica no se explica, cuya fundamentación no se conoce, ya que el "contrato plurilateral" a que se refiere el mensaje del proyecto que he citado, es un contrato más que bilateral, entendida la bilateralidad como la concurrencia de dos partes para formar el concurso de voluntades y no la bilateralidad como efecto de los contratos que es otra cosa distinta, y a la que se refiere el art. 1138 del Código Civil.

Es cierto que es misión del legislador recoger la realidad socio-económica imperante y regularla a través de normas jurídica formales y sustanciales, pero ello no excusa que esa normatividad, por más que responda al fundamento de realidad aludido, tenga un encuadramiento científico, que la ubique dentro del contexto del orden jurídico vigente, porque es menester entender y explicar las instituciones jurídicas con el mayor sentido objetivo, que es presupuesto del rigor científico.

## SOCIEDAD Y ACTO CONSTITUTIVO

La sociedad, cualquiera sea la naturaleza jurídica del acto constitutivo, no debe identificarse con éste, porque una vez cumplido dicho acto y perfeccionados los demás requisitos que la ley exige, nace una institución que si bien se rige por los términos de aquel acto constitutivo —sobre todo en las relaciones de los socios— no escapa en múltiples oportunidades a las sanciones o normas de la ley positiva que la regula (Garo, *Sociedades Comerciales*, t. I, vol. 1, Buenos Aires, p. 36).

La entidad que así se ha creado tiene una personalidad jurídica propia e independiente de la de los socios, quienes una vez en función, no pueden alterar su naturaleza o extinguirla sino mediante el cumplimiento de ciertos requisitos impuestos por la ley, los que particularmente tienen por objeto salvaguardar los intereses de los terceros que con ella contratan. Quien realiza los actos de comercio es la sociedad y no los socios individualmente considerados.

De ello se sigue que es tajante la diferencia o distinción entre la sociedad (cualquiera sea la naturaleza jurídica que se pretende que ella tenga) y el acto constitutivo que le da nacimiento (también cualquiera sea la tesis que sobre éste se acepte).

## NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

Un tema arduamente debatido en la doctrina civil y comercial es el de la naturaleza jurídica de la sociedad, tema que excede el ámbito científico para presentar importantes implicancias prácticas.

a) *Teoría contractualista*: Para nuestro Código Civil la sociedad es un contrato. Así resulta de su regulación por los

arts. 1648 al 1788 del Código Civil en el título de los contratos entre la locación y las donaciones.

El proyecto de ley de unificación refirma esta posición cuando dice respecto de las sociedades civiles en el art. 1652 del proyecto que la sociedad "es el contrato...".

La ley de sociedades comerciales 19.550 no se pronuncia explícitamente acerca de si la sociedad es un contrato, pero en los arts. 4º y 5º que aluden expresamente al contrato como forma jurídica del acto constitutivo y también en el art. 94, inc. 8º que excluye como causal de disolución la reducción a uno del número de socios, pero siempre condicionado a que se incorpore un nuevo socio en el término de tres meses, se está explícitamente indicando que no cabe la sociedad de un solo socio más que por un período de tiempo determinado por la ley para permitir que ella se reconstituya como figura o contrato bilateral.

Hay, además, una relación jurídica sinalagmática, es decir, obligaciones recíprocas que se crean entre los contratantes y entre éstos y la persona jurídica que nace a raíz del acto constitutivo. Las prestaciones que se comprometen los constituyentes son en beneficio directo de la sociedad o persona jurídica que se crea y no de los contratantes. Pueden cederse las acciones, cuotas o partes de interés sin que haya novación mediante el ingreso o egreso de nuevos socios.

Esta es la posición de los juristas clásicos como Planiol y Zachariae entre los civilistas y Lyon-Caen et Renault, entre los comercialistas. En la doctrina nacional, entre otros, siguen esta teoría Salvat, Borda, Garo, Zavala Rodríguez, Malagarriga y Aztiria y Videla Escalada.

La doctrina moderna considera que la teoría contractualista, que es la refirmación del pensamiento jurídico liberal que se exterioriza fundamentalmente en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, no satisface problemas que originan la creación y funcionamiento de las sociedades comerciales en la actualidad. Señálase que no funciona el principio de la voluntad de las partes cuando en las grandes sociedades la mayoría modifica las decisiones contractuales y la minoría no tiene oportunidad de expre-

sarse y muchas veces queda aun sin protección, como ser en el caso particular del que desea retirarse de la sociedad y por no tratarse de una entidad que cotice en Bolsa no encuentra a quien ceder su parte social. De la misma manera, esas mayorías pueden modificar el acto constitutivo íntegramente, con lo cual se apartan de la regla práctica de los contratos, que requeriría la unanimidad de voluntades para llegar a legitimar tales modificaciones.

Así también se pregunta, como lo señala Zaldivar, qué vinculación contractual tiene con los demás socios el individuo que adquiere una acción en bolsa y la enajena en un breve lapso con el propósito de hacer una mera especulación o de concurrir a votar a una asamblea. Estos y muchos otros ejemplos que podrían darse del apartamiento del funcionamiento de la sociedad de los principios propios de la doctrina contractual, así como la necesidad de lograr cierto intervencionismo estatal en el control de las sociedades, en resguardo del interés general que está implícito en su existencia y funcionamiento, ha originado que se busque en la doctrina otras teorías para justificar la naturaleza jurídica de la sociedad.

b) *Teoría institucionalista*: Emile Gaillard (*La société anonyme de demain*, París, pág. 37) sostiene que el contrato social da nacimiento a una institución que es un organismo que tiene por finalidad la realización del interés intermedio entre el individuo y el Estado. Que la sociedad comporta una idea de autoridad que va implícita en la búsqueda del bien común al que ella debe tender. Que el poder no puede ser atribuido en vista a intereses individuales sino al interés común; no puede ser repartido en forma igualitaria, sino en forma proporcional a los servicios rendidos al interés social. Que la institución lleva implícito un interés perdurable del que nace la llamada "regla de la continuidad". Todas las cláusulas de los estatutos son vías y medios establecidos para la consecución del interés social y pueden ser variadas de acuerdo con las necesidades o requerimientos de ese interés prescindiendo de la exigencia del consentimiento



de las partes y en virtud de un simple fenómeno de autoridad; ésta es la "regla de la variabilidad".

El acto institucional implica una subordinación de los intereses privados a la finalidad que se trata de realizar a través del nuevo ente que se crea. La entidad se regirá por sus órganos deliberativos y de administración, sin que los socios tengan vínculo contractual entre ellos y tales órganos podrán imponer su voluntad a sus integrantes.

Que la sociedad es un ente con personalidad jurídica propia distinta e independiente de los socios que la componen, es concepto admitido y válido en la doctrina contractualista, pero la teoría que aquí comento va más allá de ello al sostener que el ente que se crea es una institución entendida como tal en el concepto de Hauriou, que la define como una idea de obra o de empresa que constituye una realización independiente de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social (*La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, vol. 1, París, 1930). Como bien señala Zaldívar, (*Cuadernos de derecho societario*, vol. I, pág. 33) la teoría de la institución tiene importantes implicancias políticas y sociológicas. Políticas, porque el Estado no puede permanecer indiferente a la actividad empresaria; debe vigilarla y obligarla a cumplir su cometido en beneficio de la comunidad, lo que conduce al intervencionismo estatal no sólo en el nacimiento, sino en el desarrollo, disolución y liquidación de las sociedades. Sociológicas, porque primero ha de tenerse en vista el interés de la sociedad, luego las relaciones sociedad dependientes y, por último, los económicos de los socios.

Lo que no tenemos que perder de vista es que no obstante que se considere a la sociedad una institución, según esta teoría que, entre otros, sigue Zaldívar, ella tiene su origen siempre en el contrato como elemento constitutivo de la sociedad. Esto debemos aprehenderlo con claridad para lo que vamos a sostener como conclusión.

Colombres (*Curso de derecho societario*, Buenos Aires, págs. 22 y 23) dice que "La institución es un hecho ju-

rídico, una especial realidad fáctica que crea derecho. No es éste el que organiza el organismo institucional, sino que es del organismo institucional de donde deviene el derecho. . . . Lo útil y lo jurídico ya no serán dos conceptos diferentes. Todos los principios estructurales de la sociedad individualista han quedado subvertidos. El socio perdió la noción de cuáles son sus derechos. Una interpretación naturalmente incierta del fin social ha acabado con la dogmática. Ya no se conocerá la viabilidad de una impugnación contra una deliberación viciada por violación de la ley o del estatuto, pues dicha impugnación pudiera resultar improcedente a la utilidad colectiva. Lo mismo ocurrirá con el principio mayoritario. La presencia necesaria, pero no jurídicamente determinada y descripta de un interés colectivo, es la destrucción irremediable del sistema”.

Coincido con la opinión de Colombres en que al abandonar la doctrina contractualista y dejar de lado el principio de la autonomía de la voluntad entramos en la crisis del sistema jurídico liberal, para justificar el intervencionismo estatal en la vida de las sociedades más allá de aquello que demanda el control y fiscalización fundados en un bien entendido interés general.

c) *Contrato plurilateral de organización*: A diferencia del contrato plurisubjetivo donde las voluntades se unen o fusionan, pero no se entrecruzan, en el contrato plurilateral las partes que se vinculan tienen intereses superpuestos (no contrapuestos como sucede en los contratos de cambio). En estos contratos existen dos o más partes (aquí es válido recordar la crítica de Spota a la definición del Código Civil cuando dice que habrá sociedad “. . . cuando dos o más personas. . .”, en tanto debió decir “cuando dos o más partes”), porque son personas (individuales o colectivas) con intereses distintos aunque no contrapuestos como sucede en los contratos de cambio, pero sí superpuestos y ligados por una finalidad común a todas las partes, que consiste en la obtención de ganancias o eventualmente en la contrapartida que es la eventual contribución en las pérdidas.

La ley 19.550 ha recogido este concepto de organización en la definición que hace en el art. 1º de la sociedad. Por mi parte advierto que esta doctrina sobre la naturaleza del contrato parte igual que la teoría de la institución del supuesto de que el acto constitutivo es de naturaleza contractual y que de él nace un ente nuevo o distinto de las partes y sujeto de derecho al que no se le da el carácter de fin como en la teoría de la institución, sino meramente de medio para el logro de los fines lícitos fijados por los contratantes en el contrato. Zaldívar acepta la teoría como válida pero le hace la crítica de que no da cabida a aspectos que si bien pragmáticos, como ser el intervencionismo estatal cuando la actividad del ente va contra el interés general de la comunidad, son realidades en la vida diaria de las sociedades comerciales (ob. cit., pág. 36).

## 6

### NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO CONSTITUTIVO

Después de refirmar que la sociedad civil es un acto plurilateral y patrimonial, o sea, un contrato mediante el concurso de voluntades del art. 1137 del Código Civil y, por ende, bilateral en el sentido del art. 946 del mismo Código, en cuanto se requiere “el consentimiento de una o más personas”, Spota (*Contratos*, t. VII, p. 4) analiza las distintas tesis que explican la naturaleza jurídica del acto constitutivo.

a) *La tesis del acto plurisubjetivo* lleva consigo dos o más declaraciones de voluntad (es acto bilateral en su formación aunque no en sus efectos) que se unen o se fusionan, pero no todo acuerdo es contrato, ni tampoco se requiere unanimidad en cuanto rige el concepto de mayoría. El acto plurisubjetivo o pluripersonal cae fuera del ámbito de la declaración de voluntad que forma el contrato, pues esas declaraciones se unen o fusionan y no se entrecruzan para de-

terminar las dos o más "partes" que tipifican el contrato. (Spota, ob. cit., t. I, p. 103).

En el acto plurisubjetivo la declaración de voluntad de los otorgantes sólo da origen a un negocio unilateral (en sus efectos) o cuando más representa el elemento de un acto de dos o más partes, como ocurre con la oferta proveniente de dos o más personas destinada a proponer a otros la celebración de un contrato.

El acto jurídico constitutivo de una sociedad es el resultado de declaraciones de voluntad que pueden tener contenidos diversos (v.g. sociedad de capital e industria en que se asumen prestaciones distintas; sociedades con socios capitalistas que efectúan aportes diferentes —dinerarios y no dinerarios o en especie—). Ese diverso contenido, motivo de la sociedad, mantiene su individualidad y no admite la fusión o unión de las declaraciones de voluntad inherentes a los actos plurisubjetivos (Spota, ob. cit., t. VII, p. 5).

En el acto plurisubjetivo las declaraciones de voluntad no se entrecruzan; no se dirigen una a la otra. En el acto constitutivo de la sociedad las declaraciones se dirigen una a la otra u otras declaraciones de los diversos partícipes en el acto negocial; hay intereses encontrados originariamente, aunque después coincidan en un común "interés social" (obtener "alguna utilidad apreciable en dinero"). Las declaraciones o intereses se fusionan luego del acto constitutivo, pero en la etapa de preconstitución nos encontramos con intereses contrapuestos.

Por mi parte, más allá de estos argumentos, extraigo como conclusión que el acto plurisubjetivo —y más aún el plurilateral— supone el concurso de dos o más declaraciones de voluntad, por lo que no puede ser fundamento del acto constitutivo de la sociedad de un solo socio.

b) *La tesis del contrato de organización* parte del supuesto de un contrato como acto plurilateral (Spota, ob. cit., t. VII, p. 7), aun cuando es suficiente que dos personas celebren el acto constitutivo. Esta misma tesis sostiene Halperin (*Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, p. 18) diciem-

do que es consecuencia de esa naturaleza el régimen de las nulidades (art. 16 de la ley 19.550) y la noción de interés social. Mientras en el acto jurídico bilateral la voluntad viada de uno de los partícipes torna anulable el acto (artículos 1045, 1048, 1049, 924 y 930 y concordantes del Código Civil), en el contrato plurilateral la nulidad o anulación que afecta al vínculo de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato (art. 16 citado), salvo en los casos que prevé la misma norma, entre ellos, si la sociedad fuera sólo de dos socios.

Precisamente, porque el contrato plurilateral exige la pluralidad de constituyentes reales, Halperín repudia la denominada sociedad de un solo socio (ob. cit., p. 20), conclusión con la que coincide.

Esta tesis no ofrece variante jurídica en relación a la contractualista, pues parte del concepto contrato. El ingrediente "organización" ha sido receptado por el art. 1º de la ley 19.550.

c) *La tesis del acto normativo o creador de un estatuto* excluye el concepto de contrato y parte de la base de que el acto constitutivo es creador de un estatuto y, entonces, aquél podría ser un acto unilateral o bilateral.

Pero, el acto constitutivo establece lo fundamental del ente mientras que el estatuto toma a la sociedad en su faz de funcionamiento, o sea, que se regula "en modo abstracto para el futuro la estructura interna de la asociación y su modo de funcionar" (Ferrara, *Le persone giuridiche en Tratado*, p. 46 y sgts.).

En el estatuto el socio aparece como un tercero frente a la persona jurídica que es la sociedad, implicando las normas estatutarias mandamientos de esa persona colectiva o jurídica que se separa y distingue de los socios (Bolaffi, *La società semplice*, Milán, 1947, p. 39).

## SOCIEDAD DE UN SOLO SOCIO

De todo lo hasta aquí expuesto no surgen conclusiones para fundamentar la sociedad de un solo socio.

El mensaje del proyecto —como ya vimos— pretende explicarla como un “contrato plurilateral” (“distinto del de los otros actos asociativos”, pero no dice en qué y por qué). Reitero que el contrato plurilateral es un acto que requiere más de dos voluntades y, por ende, no puede ser otorgado por uno solo.

Cualquiera sea la doctrina que aceptemos acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad, siempre supone un contrato como acto constitutivo. Así, hemos visto que “la institución” nace de un contrato y el “contrato plurilateral de organización” se define a sí mismo como un contrato.

El análisis de la naturaleza del acto constitutivo no nos da la solución para encontrar el acto unilateral como constitutivo de la sociedad de un solo socio. Hemos visto que el acto plurisubjetivo, aunque ineficaz para constituir sociedad por razones que no voy a repetir, lleva consigo dos o más declaraciones de voluntad. La tesis del contrato de organización parte del supuesto del contrato como acto plurilateral. La tesis del acto normativo o creador de un estatuto sí excluye el concepto de contrato y bien podría ser un acto unilateral, pero el estatuto es funcionalmente un acto posterior a la constitución que no debe ser confundido con ella; regula para el futuro la entidad creada.

Marcos Satanowsky (*Tratado de derecho comercial*, Buenos Aires, t. III, p. 316), siguiendo a Ascarelli y a Yadarola, considera que la sociedad unipersonal es un acto fiduciario como modalidad del negocio jurídico indirecto. Colombres (ob. cit., p. 31 y ss.) analiza con detención la teoría de Satanowsky y dice al respecto que “en la intención de obtener el beneficio de la responsabilidad limitada se recurre a la forma societaria que lo posibilita por excelencia. Un individuo, el único propietario de la empresa, el solo apor-

tante de los bienes, el exclusivo dueño que no podría de otra forma limitar su responsabilidad en cuanto a dicha empresa, constituye una sociedad anónima recurriendo para cubrir la exigencia legal, a prestanombres a quienes inviste del 'status socii' haciéndolos figurar en el acto constitutivo como socios importantes".

Resulta de este primer análisis de Colombres que la sociedad de un solo socio comienza por ser una sociedad en cuya constitución intervienen más de una persona: los prestanombres o socios aportantes a que él alude; lo que estaría desvirtuando el carácter de que puede haber una sociedad de un solo socio "ab initio". Distinto es que estas teorías sirvan para justificar que la sociedad formada por dos o más personas pueda subsistir cuando queda reducida a un solo socio, pero "ab initio" exige el concurso de dos o más voluntades.

Además, el acto fiduciario, que no es necesario definir aquí, supone la concurrencia de dos partes: el fiduciante y el fiduciario, con lo cual nuevamente estamos cayendo en la dualidad de las voluntades requeridas para constituir el acto.

Añade Colombres que la estructura social no puede recibir el negocio fiduciario, porque sería preciso que el derecho, al que el fiduciario debe dar el uso determinado por el fiduciante, haya sido concedido por éste, y ello no ocurre, porque el derecho contenido en la participación social ("status socii") no es un derecho concedido por el fiduciante, sino por la asamblea constituyente. Me refirma esta conclusión de Colombres en que el acto constituyente sigue siendo siempre un acto bilateral, determinado por la concurrencia de dos o más declaraciones de voluntad, con independencia del pacto fiduciario que determine el negocio indirecto según el criterio de Satanowsky.

Insiste Colombres (ob. cit., p. 34) en que la personalidad jurídica de la sociedad implica un sustrato que consiste en su estructura colectiva y que no puede haber sociedad sin que las normas que disciplinen su orden jurídico especial sean referidas a la actuación de, por lo menos, dos individuos humanos en contrato asociativo. Por lo que concluye en que

“la sociedad de un solo socio es un negocio jurídico sin causa, o sea, un negocio jurídico nulo o imposible”. En toda su larga demostración del error de la teoría de la sociedad de un solo socio, Colombres nos demuestra que siempre se está refiriendo a la sociedad anónima “reducida a un accionista”, de lo que colijo que siempre está teniendo en cuenta la posibilidad de encontrar un fundamento o no a la sociedad de un solo socio que deviene como tal después de haber sido constituida por dos o más socios, porque “ab initio” es indispensable que el acto constitutivo tenga carácter bilateral como concurrencia de dos o más declaraciones de voluntad.

Zaldívar (ob. cit., p. 73) llega a la misma conclusión, sosteniendo que la forma jurídica de la sociedad no se pone a disposición de una persona para que aproveche para sí sola las ventajas que la ley confiere a los entes regularmente constituidos y que la limitación de la responsabilidad no es posible sino por la creación de una verdadera sociedad, persona jurídica, que supone al menos dos asociados; considera que es una ficción que en ciertos países se admita la existencia de la sociedad llamada de un solo hombre.

Le Pera (*Sociedades unipersonales*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 5, Nº 25, p. 12) refiriéndose a la prohibición de la ley 19.550 de las sociedades de un solo socio, dice que esta prohibición tiende a evitar la limitación unipersonal de responsabilidad “en la presunción de que en las sociedades unipersonales son más altas las posibilidades de que la ‘forma societaria’ sea usada para fines que no merecen protección jurídica. . . La prohibición de sociedades unipersonales aparecería entonces como una manera indirecta de prevenir estos abusos”.

Lo que cabe rescatar de esta proyectada modificación, al art. 1º de la ley 19.550 para legitimar la sociedad de un solo socio es que se ha querido introducir el sistema de la “empresa unipersonal de responsabilidad limitada”, tal como la prevé el Código de 1926 del Principado de Lichtenstein, pero una cosa es la empresa y otra es la sociedad. Aquélla hace al contenido y ésta al continente o forma. Toda sociedad supone una empresa como objetivo y, en cambio, no



toda empresa supone una sociedad porque hay empresa pluripersonal (sociedad) o unipersonal.

Advierto que los autores que sostienen la posibilidad de la existencia de una sociedad de un solo socio, como lo hace el proyecto objeto de este análisis, confunden, sin percibirlo, empresa con sociedad, y aun más —como dice Colombres— subjetivizan la empresa a conjuros de esa predicación de viabilidad de una estructura sin sustrato y sin causa.

Personalmente soy partidario de la introducción en nuestro sistema legal de la “*empresa unipersonal de responsabilidad limitada*” que ya funciona en ciertos aspectos con personalidad parcial, por ejemplo, en el orden fiscal (art. 15 de la ley 11.683 de procedimiento fiscal), pero, si como acabo de decir, empresa es una cosa y sociedad es otra, la introducción del sistema requeriría una legislación independiente, no sólo porque la introducción de la sociedad unipersonal carece de fundamentos científicos y prácticos, sino porque, además, la aceptación de la figura de la empresa unipersonal conduciría en la práctica a extremos perjudiciales e innecesarios en su funcionamiento si hubiere de funcionar como una sociedad.

En efecto, qué beneficio importa dar a quienes quieren constituir un “*patrimonio de afectación*” como lo es en el fondo la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, si el manejo de ese patrimonio, porque se cae en la ficción de considerarlo sociedad unipersonal, debe regularse por el mecanismo de las sociedades y pasar por todos los recaudos formales y “*ad solemnitatem*” que ésta requiere y ser gobernada por mecanismos colegiados que suponen la existencia de directorios, asambleas, mayorías y minorías que en el fondo no existen cuando la empresa es de uno solo. Quiero recalcar que con este sistema que se quiere introducir por vía de la reforma de la ley de unificación, se está haciendo lo que vulgarmente llamaríamos un “flaco servicio” a los intereses de la empresa unipersonal, porque al legitimarla en su existencia como sociedad, se la está complicando en su funcionamiento y desarrollo.

Por último, sólo me queda agregar como conclusión lo siguiente:

a) Que la sociedad de un solo socio no encuentra justificación científica o doctrinaria alguna en cuanto acto unilateral en su etapa constitutiva;

b) Que si se quiere por ese conducto introducir la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, debe recurrirse a legislarla por separado con mecanismos sencillos y ágiles como corresponde a una estructura unitaria:

c) Que la proyección de la ley de unificación que comentamos, a través de una estructura sin explicación científica y andamio jurídico, sólo puede tener validez para mantener la sociedad de un solo socio cuando ha sido constituida por dos o más declaraciones de voluntad, pero jamás como sociedad unilateral "ab initio".

LA DETERMINACIÓN DE PRECIOS  
Y SALARIOS Y EL REAJUSTE DE LAS  
OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO.  
UN FIRME AVANCE EN LAS ATRIBUCIONES  
DE LOS JUECES

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Marco  
Aurelio Risolía en la VI Reunión Conjunta de las  
Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales  
de Córdoba y Buenos Aires*



1. — Es elemental para la doctrina clásica y para el Código Civil que compuso Vélez que el precio de la compra y venta —según disposiciones extensibles a otros contratos onerosos— debe consistir en dinero (*numerata pecunia*) y debe ser cierto y serio (*certum et verum*). Así resulta de la definición contenida en el artículo 1323 y de otras normas concordantes (arts. 1343 y ss.).

Es elemental, también, que la voz “dinero” dice referencia a una medida de valor —la moneda—, con o sin curso legal en la República, y que a las obligaciones cuya prestación consista en entregar una suma de cualquier otro signo se aplica lo dispuesto sobre las de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y también las de dar cantidades de cosas no individualizadas. Si la moneda escogida no tuviera curso legal en el país, la obligación deberá considerarse pura y simplemente como de dar cantidades de cosas, y se cumplirá dando la especie designada o moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento (arts. 616/619).

Parece innecesario señalar —porque así resulta de la nota puesta al pie del art. 619— que el codificador especula con una moneda sana, de patrón constante, sin alteraciones en su valor que no resultará de la cifra que su sello designe sino de la sustancia, de la cantidad de oro o plata que contenga. Vélez se rehúsa a considerar en su código las derivaciones de una alteración sobreviniente en el valor de la moneda “porque esa alteración se ordenaría por el Cuerpo Legislativo Nacional, *cosa casi imposible*”, y porque en ese caso “la ley designaría el modo de satisfacer las obligaciones que ya estuviesen contraídas”. Su referencia al Código fran-

cés y a los que siguieron sus aguas no le impide, sin embargo, vislumbrar la eventualidad de una alteración en el valor intrínseco de las monedas y para esa hipótesis no oculta su simpatía por la solución del Código de Austria, es decir, por el reembolso de lo recibido “sobre el pie del valor que (las monedas) tenían al tiempo del préstamo” (nota cit., *in fine*). Como se ve, patrón metálico, valor constante, medición estricta que asegure el reintegro de lo recibido según su magnitud real al tiempo de la entrega. Ello en el curso ordinario de las cosas, porque frente a la alteración resuelta por el Cuerpo Legislativo —“cosa casi imposible” (sic)— será la ley la que disponga el modo de satisfacer las obligaciones contraídas.

Téngase en cuenta, por lo demás, que el Código Civil argentino es casi contemporáneo del nacimiento de nuestra legislación monetaria, asunto al que tampoco fue ajena la intervención de Vélez. Una legislación que —como lo tenemos escrito— nació bimetalista en 1881 (ley 1130) y dos años después derivó al patrón oro exclusivo (ley 1354), pero que no eliminó ciertamente la circulación fiduciaria, que ya existía en el país desde 1826, ni la inconvertibilidad de los billetes del Banco Nacional de la República y de los bancos provinciales, dispuesta por decretos (v. nuestro opúsculo *La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales*, Bs. As., 1960, ed. Abeledo-Perrot).

2. — En los términos de nuestro Código Civil, tal como Vélez lo redactó, el precio es cierto cuando las partes lo determinan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja la determinación al arbitrio de otra persona o cuando se lo refiere al de otra cosa cierta que en el contrato se indica (art. 1349). Lo es también, tratándose de cosas muebles, en el caso de convenirse el precio corriente en plaza al día de la operación o un tanto más o menos que éste, y cuando frente a la indeterminación o la duda, la ley presume que se ha elegido “el corriente del día en el lugar de entrega de la cosa” (art. 1354). En suma, el precio es cierto

cuando es determinado o determinable, como dice Segovia en su *Comentario*.

De cualquier modo, queda claro que el régimen de nuestro Código Civil exige la determinación y si no se la logra la venta queda sin efecto o el contrato será nulo, como lo manda el art. 1350 refiriéndose a la fallida determinación por un tercero y el art. 1355 refiriéndose a la hipótesis del precio justo, del precio que otro ofreciere por la cosa o del precio confiado al arbitrio de uno de los contratantes.

3. — Determinado el precio, su característica es la fijeza, la inamovilidad que da derecho a exigir el cumplimiento exacto de lo convenido, salvo variación introducida por una convención en contrario o autorizada por expresa disposición legal (art. 505). El cumplimiento moroso o el incumplimiento doloso o culposo dará lugar a los daños e intereses que la mora, el dolo o la culpa irroguen (arts. 505 a 508 y 511). Siempre en la concepción de Vélez, sólo el caso fortuito o la fuerza mayor pueden invocarse en descargo (art. 513).

4. — En una apreciación de conjunto, este sistema es de estricta congruencia con el principio de autonomía de la voluntad, con el riguroso adagio *pacta sunt servanda*, con la fijeza y la exigibilidad sin concesiones del vínculo obligatorio, e importa pronunciarse contra la revisión o el reajuste de las prestaciones (del precio en el caso concreto de la compra y venta) y contra la teoría del “precio justo” que manejaron los glosadores, postglosadores y canonistas para combatir las transacciones usurarias o lesionarias que proliferaron en razón del sistema. En la misma tónica se abre paso la condenación del precio vil, el precio de plaza (salvo tratándose de cosas muebles), el precio que otro ofreciere por la cosa y, en particular, el que fijare el contratante obligado a satisfacerlo. Es lo que está dicho en las disposiciones finales del Capítulo II, Libro II, Sección III, en el que fijamos nuestra atención.

5. — No parece necesario subrayar que en el tema que nos ocupa gravita principalmente un proceso económico de

proyección universal, aunque algunos países gocen el privilegio nada envidiable de ocupar los primeros sitios en las estadísticas que denuncian el descalabro. Habría que extenderse en angustiosas reflexiones a propósito de la crisis del patrón oro, del éxito de la moneda fiduciaria, de la misión que cumplen los bancos centrales, de la emisión incoercible, de la inflación desorbitada, porque es obvia la incidencia de ese proceso en la alteración que sufren los índices de producción, circulación y consumo de la riqueza y —claro está— en la determinación de precios y salarios.

6. — También parece innecesario subrayar que el proceso al que acabamos de referirnos favorece la retracción del crédito y de las operaciones a plazo y marca el retorno a una negociación recelosa y en cierto modo primitiva; la vuelta al toma y daca sin concesiones o, si se quiere, a la permuta, muy propia de aquellos tiempos remotos en que no había hecho aún su aparición esa invención divina y diabólica que es la moneda, con el cuño que luce en una de sus caras el perfil del soberano y en la otra una denominación y una cifra que debiera corresponder a la majestad de la figura.

7. — De ese género de observaciones y meditaciones resultaría forzoso concluir en la atenuación del papel que hoy juega la “numerata pecunia” en la determinación del precio, y acaso aceptar que se acerca el momento de rever en la doctrina civil el vasto asunto de las obligaciones de dar sumas de dinero, donde se instalan los principios generales que gobiernan las transacciones onerosas de mayor habitualidad y de necesaria expresión crematística.

Cuando se desajusta el régimen de la moneda con curso legal y vigor cancelatorio, irrecusable como medida de valor e instrumento de pagos actuales o diferidos, va de suyo que se resiente la misión que le acordaron las leyes civiles, según la doctrina clásica. A la sombra de ese desajuste nacen los mercados negros, la falsedad rendidora, la simulación fenicia, la explotación audaz de todas las falacias hu-



manas y, consecuentemente, afloran las operaciones amañadas, los precios viles, irrisorios, fabulados, porque la falsedad, el fraude, la simulación y el enriquecimiento espurio no resultan precisamente combatidos por el precio o el salario cierto y en dinero constante con que especularon los economistas y los juristas de los años idos.

8. — Como idealmente las pautas apetecibles son, sin embargo, aquéllas cuyo fracaso se lamenta; como nadie duda de que en una economía sana, con moneda sana, el nominalismo tiene claro predicamento, el primer impulso es el de corregir la desviación sin abjurar del sistema, lo que vale tanto como abrir paso a las cláusulas de garantía, apelando a múltiples índices de corrección o a monedas que se dicen fuertes porque las respalda una producción copiosa, una riqueza efectiva, una administración inobjetable. Es evidente, sin embargo, que no hay signo monetario que no padezca, en mayor o en menor medida, un proceso general de envilecimiento; es evidente, también, que no hay índice inmutable, por manera que se termina por recomendar la suma de todos y el índice promedio; es evidente, en fin, que está probada en los tiempos que corren la menguante eficacia de las cláusulas monetarias o económicas de garantía, pues no es mucho lo que puede garantizarse cuando todo tiembla o se diluye.

9. — La derivación natural de lo expresado es entonces *la indeterminación del precio*, que en la compra y venta y otros contratos onerosos constituye el objeto de la prestación debida a quien se desprende de la propiedad, realiza la obra o presta sus servicios. Y como ese fenómeno compromete la paz pública porque da pie al despojo, la exacción y la miseria de muchos, el Estado (amo de la moneda) concluye por arbitrar la fijación de precios y salarios políticos en el plano perturbador de una economía dirigida, no se sabe hacia dónde, pero de cuyos resultados no hay comunidad que pueda vanagloriarse.

10. — No es extraño, pues, que haya renacido la *doctrina de los precios justos*, que Vélez condenó en su venerable código. ¿Qué otra cosa que volver a esa cuestionada doctrina es fijar precios sustraídos a una veleidosa cotización de mercado, ya se trate de compras y ventas, de locaciones en todas sus variedades, de tasas de interés, o de jugar con subsidios, fondos de compensación o aranceles que corrijan fluctuaciones no deseadas? Glosadores, postglosadores y canonistas trabajaron con las mismas ideas para combatir la usura, cuando no se especulaba aún con los principios de una verdadera ciencia económica. Pero en la concepción liberal de la economía que Vélez profesó, el precio justo remite lógicamente al precio de mercado, lo que vale tanto como deferir su determinación a la ley de la oferta y la demanda y respetar los acuerdos que nacen de un tráfico jurídico sin vicios de la voluntad. Desde ese ángulo, para los juristas y los economistas liberales, hacer un vicio autónomo de la desproporción matemática en las prestaciones es desbaratar el régimen de una sana economía, eludir las leyes y comprometer el valor seguridad en los negocios, que no es ajeno a la realización en plenitud del valor justicia.

11. — No es extraño, tampoco, que la doctrina última se haya orientado en el sentido de combatir la pretendida inmutabilidad del precio deferido a la determinación por un tercero (art. 1351, Cód. Civ.), capaz de caer en la arbitrariedad de quien sea sensible a las reacciones del amor o del odio. Ya Segovia apuntó en su comentario la necesidad de corregir la solución extrema que adoptó Vélez, haciendo lata aplicación de la responsabilidad que generaría una decisión maliciosa, en términos del art. 1109 de nuestra gran ley de fondo.

12. — Pero hay más aun: los tiempos que corren abundan en la promoción de institutos o teorías que concluyen por atribuir a los jueces la determinación y fijación de los precios, en la más amplia acepción de esta voz, que el vulgo mercantiliza. Muchas de ellas están hoy en nuestro Código

Civil y mudan su filosofía, para echar mano de una expresión corriente. Aparte lo que adelantó una jurisprudencia creadora, desde la sanción de la ley 17.711 el abuso del derecho, la lesión, la teoría de la imprevisión, la teoría de la causa (con particular referencia a la causa ilícita), el enriquecimiento sin causa, la interpretación de buena fe, la extensión de los vicios del consentimiento y del régimen de las nulidades, las modificaciones introducidas en el régimen del pacto comisorio y de la cláusula penal, etc., etc., concluyen por atribuir a los jueces facultades que no se concilian con lo que se dice en el Capítulo II, Título III, Sección tercera del Libro segundo del Código Civil que, sin embargo, mantuvo el texto de sus normas capitales en la cuestión que nos ocupa.

## II

13. — La pregunta que insinuamos más arriba debe, pues, repetirse: ¿Qué ha quedado en pie de ese capítulo a la luz de la realidad económica y jurídica de nuestros días y luego de los arrestos doctrinarios y jurisprudenciales y de la reforma de 1968? ¿Qué del capítulo rector referente a las obligaciones de dar sumas de dinero? ¿Seguiremos enseñando, en punto a estas últimas, que la filosofía de nuestro derecho positivo es la del individualismo liberal, que se pronuncia por la tesis nominalista, por el valor indisputable de la voluntad autónoma, por la fuerza obligatoria del contrato, por el respeto de las cláusulas de garantía, por la condenación del precio justo, por la inmutabilidad del precio referido a la determinación de un tercero, por el respeto del precio corriente en plaza, etc., etc.? ¿Seguiremos predicando la exigencia de la *numerata pecunia* y del *pretium certum et verum*?

14. — No está demás recordar que las fuentes de nuestro Código, en el capítulo que comentamos, han sido Freitas, Goyena y Aubry et Rau, aunque cabe reconocer que Vélez

logró ceñir los textos ordenando y depurando la rica y profusa formulación del *Esbozo* (arts. 1998/2008).

Sin duda nuestro codificador tuvo también a la vista las obras clásicas de Pothier, de Durantón, de Demolombe, de Troplong (entre otros), y debió ponderar el cúmulo de situaciones opinables en cuyo análisis se detienen tan ilustres autores. Las nociones de precio cierto, justo, vil, irrisorio, simulado, en dinero contante, mixto, etc., están allí con minuciosidad apegada a los textos latinos y a la lógica brocár-dica, que hoy superan y revisan contribuciones más recientes.

15. — Es obvio que *sine pretium nulla venditio est*. Es obvio que la venta con un precio fabulado o insignificante borra la categoría, porque una venta sin precio cierto y serio equivale a una venta sin precio alguno, que como tal es nula, sin perjuicio de que cuadre aducir con éxito la existencia de una donación. Es obvio que las partes del contrato deben coincidir acabadamente en la estimación que correspon-da y que una vez lograda esa armonía no se podrá variar a capricho, por voluntad de una de ellas. Es obvio que si el precio lo fijase el comprador sin reatos estaríamos muy cerca de las estipulaciones meramente potestativas. Es obvio que no es lo mismo precio determinado que precio deter-minable, pero uno y otro bastan para responder a las exigen-cias del legislador. Es obvio —aunque no falta quien lo cues-tione— que puede considerarse cierto el precio que un ter-cero fije, como se lee en la Instituta y en el art. 1592 del Código francés. Es obvio, en fin, que el precio justo dice referencia al instituto de la lesión y apela, en última ins-tancia, a la determinación legal y judicial que respete los márgenes de una sana justicia conmutativa. Y tal vez porque todo eso es obvio, fue parco el Código de Chile (arts. 1808 y 1809) y son parcos algunos códigos más modernos como el alemán o el suizo de las Obligaciones, que no insisten en la casuística minuciosa de otras leyes y comentarios.

16. — Entre nosotros, la doctrina civil de los primeros años no abunda en consideraciones extensas cuando glosa

las disposiciones incluidas en el capítulo del precio. Las hipótesis cuestionadas o cuestionables se han dirimido a la luz de las fuentes que predicán —eso sí— una doctrina reiteradamente quebrada por una legislación ulterior de emergencia, que recurre sin escrúpulos a la intervención del Estado en las relaciones económicas. Se ha vivido y se vive, pues, una política intermedia entre el liberalismo y el colectivismo, que martilla sobre las nociones clásicas del derecho de propiedad, de la voluntad autónoma, de la gestión privada de la riqueza. El objetivo proclamado es luchar contra la especulación y defender la economía, con el éxito que está a la vista. Son de la década de 1920 las primeras leyes sobre precios mínimos o máximos para artículos de primera necesidad, locaciones urbanas y rurales, préstamos con y sin garantía, etc. Pero aun así siguieron firmes en el Código Civil las disposiciones concebidas en el siglo anterior a propósito del precio.

17. — Cuando se abordó la reforma del Código según el decreto del 2 de junio de 1926, Bibiloni conservó, en lo sustancial, el capítulo de marras, tal como lo concibió Vélez. Por entonces la doctrina no había ido mucho más allá de señalar la ostensible contradicción entre los arts. 1350 y 1171.

El proyecto de 1936 observó la misma conducta, pero contra la opinión de Bibiloni, admitió un recurso frente a la estimación desproporcionada que practique un tercero a quien las partes confíen la determinación del precio. Ello de conformidad con una posición que adoptan autores clásicos, desde Pothier en adelante. En ese sentido, el art. 923 del proyecto prescribe en su primer párrafo: “La estimación del tercero será irrevocable, salvo que fuera notoriamente desproporcionada. En este último caso, las partes podrán recurrir al juez, quien fallará en una sola audiencia, sin recurso alguno. Fijado el precio, se tendrá por establecido desde la fecha del contrato”.

18. — Pero la conducta más audaz —sin duda influida por el mérito de una realidad política, social y jurídica que

nuestra generación ha conocido-- es la que se refleja en el proyecto de 1954, que redactó Llambías. En el art. 1108 de ese proyecto, deteniéndose en el asunto capital de la determinación del precio y del precio justo, el autor dice así: "Si las partes se hubiesen referido simplemente al justo precio. o cuando exista duda acerca de su monto, la determinación la hará el juez".

Radical la amputación. Breve y terminante la reforma propuesta, como puede advertirse. Y en materia de indeterminación o de precios justos, clarísimo el tránsito de la invalidez a la determinación judicial, sin rodeos ni cortapisas. En la nota apunta Llambías que el contrato es perfecto desde que exista acuerdo sobre la cosa y el precio y añade que tanto la cosa como el precio deben ser determinados. Con la norma transcripta entiende resolver las dificultades que la indeterminación pueda originar entre las partes o con terceros acreedores. Suprime, pues, los arts. 1349 a 1351, 1353 y 1354, primer párrafo, del Código Civil. El 1349, por establecer sólo tres casos de precio cierto, cuando puede haber más; el 1350, por contradictorio con el 1171. Al 1355 lo considera compatible con el instituto de la lesión, que incorpora en una fórmula mixta (art. 159 del proyecto). A su entender, el justo precio es susceptible de ser determinado: se trata de una cuestión que resolverá el juez, según las circunstancias de especie, "procurando que se realice lo que sea de justicia conmutativa, conforme a lo querido por los contratantes".

19. — No es difícil captar la trascendencia de este planteo máxime si se tiene en cuenta la reforma que años después Llambías aconsejó introducir en el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 619 y 622, Cód. Civ.), sugerencia con eco parcial en la reforma de 1968. Allí procuró posibilitar la revaluación de los créditos en función del índice oficial de precios mayoristas, imputándose al capital todo exceso que sobre el interés del 6 % anual hubiera satisfecho el deudor, sin perjuicio de las facultades del juez para moderar el reajuste cuando la capacidad de aquél no

experimentase, sin su culpa, una expansión similar a la depreciación monetaria producida. Allí consideró útil preceptuar, en el art. 622 bis, que si el deudor dilatase intencionalmente el cumplimiento de su obligación, debería reparar el daño suplementario que fuese consecuencia de esa actitud y que no quedase cubierto por los intereses, también sin perjuicio de las facultades del juzgador para imponerle como sanción el pago de intereses acrecidos que, sumados a los compensatorios y moratorios, no excediesen de dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en las operaciones ordinarias de descuento (confr. párrafo 2º, art. 622 cit., en su redacción actual según ley 17.711, que limita empero el alcance de ese dispositivo al caso de mediar "inconducta procesal maliciosa").

20. — Y hemos derivado así a un tema vasto e inquietante de los últimos tiempos: el tema de la indexación y desindexación de precios y salarios; el tema del nominalismo o el valorismo; el tema de la inflación o de la deflación; el tema de la contratación libre o dirigida, con voluntad autónoma o sin ella, con fuerza obligatoria o reajuste posible; el tema de la organización judicial con magistrados cuyas facultades tienen límites estrictos en la ley o se dilatan al punto de obrar como legisladores o como parte en los acuerdos privados.

Ese agudo proceso viene urgido por una realidad que debe escrutarse por sociólogos o economistas y juristas para dar con la solución más conveniente. Quien esto escribe recomendó abordar su examen en el más alto nivel académico, a fin de obviar soluciones desarticuladas, contradictorias, desquiciantes, y preservar la unidad y el rigor científico de la disciplina que profesamos. Es necesario establecer si ha llegado el momento de abandonar o restaurar concepciones políticas y económicas que se juzgaron eficaces; de meditar sobre la urgente preservación del crédito público y sobre el cometido y la sustancia del patrón con que se miden los valores; de asegurar la justa y digna atención de las necesidades del hombre, brindándole seguro acceso a los bienes que

pueden saciarlas y de que en particular los juristas determinemos si es del caso remover o reacondicionar las reglas conocidas sobre obligaciones en general —y especialmente sobre obligaciones de dar sumas de dinero de obvia gravitación en el régimen de los negocios convencionales y de lógica implicancia con probados principios de moral, de derecho, de pacífica y respetuosa convivencia—.

Como se ve, una constelación de asuntos capitales para la inquietud y el trabajo fecundo de quienes pretenden superar los términos de la ley dada y cohibir males notorios que afligen a la humanidad en distintas latitudes.

### III

21. — En relación con cuanto queda expuesto, corresponde ahora tener presente que en nuestro país está a punto de concretarse —pues cuenta ya con la media sanción de la H. Cámara de Diputados— un proyecto que unifica nuestra legislación de fondo, sobre la base del reajuste del Código Civil y la derogación del Código de Comercio.

El estado actual de este asunto supera la magnitud de los propósitos iniciales. Desde comienzos de este siglo es una acariciada aspiración de muy calificados juristas lograr la unificación del régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales. En esa materia los grandes principios son comunes a ambas ramas del derecho y basta recordar al Código Suizo de 1912 y alguna iniciativa internacional como el proyecto Franco-Italiano de 1928 para abonar la mente de la iniciativa.

22. — El proyecto a que nos referimos desborda, sin embargo, tales límites. Sin cuestionar constitucionalmente, como se ha intentado por algunos, la propuesta derogación del Código de Comercio, no ha sido la conducta de la comisión especial que tuvo a su cargo concretar la iniciativa mantenerse en los límites de una temperada unificación en materia de obligaciones y contratos. Su obra, más fiel al prece-



dente italiano de 1942 que al suizo de 1912, no sólo descrece de la orgánica especialidad del derecho mercantil y deroga, en consecuencia, el Código de Comercio —criterio ciertamente defendible pero no unánime— sino que avanza en la mutación del espíritu y la letra de muchas disposiciones del Código Civil ajenas al propósito de origen. Por otra parte, bueno es advertir desde ya que, pese a la derogación del Código de Comercio que se propugna, quedan en pie buen número de disposiciones especiales que responden al régimen propio de una sistematización del derecho mercantil, cuya especialidad y supervivencia se ve así abonada en alguna medida, no obstante la posición adversa a que antes nos referimos.

Cabe añadir, también, que en el trámite parlamentario de este sustancioso asunto no ha faltado quien expresara su sorpresa a raíz de que en el examen de cuestión tan medulosa se haya prescindido de la consideración del proyecto —que tiene origen en la labor de una comisión de juristas cuya competencia no se discute por la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados—, ni haya mediado tampoco en el Cuerpo el debate esclarecedor que el asunto merece, al menos en lo que hace a las grandes líneas de la reforma, en cuanto muda principios y soluciones capitales, de palmaria incidencia en lo político, en lo económico, en lo social, etc. (D.S.C.D., junio 25 de 1987, p. 2101 y sigts.).

23. — Para evidenciar la trascendencia del asunto que en esta reunión examinamos, basta ceñir nuestro análisis a unas pocas observaciones de mérito.

Hemos escogido, en la línea de los desarrollos anteriores y por su obvia trascendencia, el que se refiere al condicionamiento absoluto del principio de autonomía de la voluntad y fuerza obligatoria del contrato para ceder paso a un firme avance de las atribuciones de los jueces, llamados a sustituir la voluntad de las partes en la concertación y la vida del acuerdo.

24. — Todos tenemos presente la fórmula del art. 1197 del Código Civil, según el cual los contratos obligan “como la ley misma”, pero ahora se propone añadir a este artículo un párrafo invalidante de esa categórica afirmación cuya trascendencia ética y jurídica parece obvio subrayar, máxime si se atiende a lo que Vélez ya previó siguiendo a Freitas (art. 953, v. gr.) y a lo que introdujo la reforma de 1968 (teorías de la lesión, de la imprevisión, del abuso del derecho, régimen de las nulidades, interpretación de buena fe, etc.), y lo que la jurisprudencia ha añadido especulando con la causa-fin, el interés social, la protección de los terceros, etc.

Reza así el añadido que comentamos: Los contratos obligan como la ley misma “... *si las circunstancias que determinaron para cada parte su celebración y fueron aceptadas por la otra parte o lo hubieran sido de habersele exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución*”. A lo que cabe añadir aun que en el art. 1198 se consigna como pauta para la interpretación y reajuste del acuerdo atender a la *finalidad y economía del contrato*.

25. — Parece innecesario subrayar a qué género de especulaciones y articulaciones pueden dar pie estas reglas y en qué medida pueden incrementar las ya copiosas intervenciones de los jueces a raíz de planteos evasivos. Una rápida revisión de otras reglas del proyecto esclarecen el punto. Es el juez o la persona que él designe quien eventualmente fijará precios en la venta de muebles o inmuebles propios o ajenos (arts. 1329, 1330, 1331); en la locación de servicios homologando, es cierto, una vieja jurisprudencia (art. 1327); en la cesión onerosa, que como principio se presume tal (arts. 1935, 1936); en el mandato (art. 1895); en el corretaje (art. 2019), etc.

26. — Se explica, pues, que en la disposición consagrada a definir la compra y venta (art. 1323) *se haya suprimido un recaudo clásico*: el de que sea la obligación del comprador “recibir la cosa y pagar por ella *un precio cierto en dinero*” (“certum et verum”, cierto y serio, como dirían los

romanos). Toda la problemática económica de nuestro tiempo se volcará, pues, en los estrados judiciales, se trate de una operación civil o comercial, habida cuenta, asimismo, de que la unificación de base proyectada será forzoso que conduzca, donde no la hubiere —como sería el caso de la hasta hoy Capital de la República— a la unificación de los fueros, con la consiguiente reestructuración de los juzgados y la asignación de dúplice competencia.

De paso y como una observación tangencial, merece observarse que la supresión del “precio cierto” a que se refiere el artículo 1323 cuando define el contrato de compra y venta, no está seguida de igual conducta cuando en el art. 1426 (obligaciones del vendedor) se le exige a éste entregar “*exactamente* la cosa vendida”, lo que no parece traducir la igualdad de trato a que aspira el derecho y desestimar la jurisprudencia correctora orientada a cubrir mínimos desajustes, carentes de significación en el negocio.

27. — Quizás estas observaciones movieron en un último tramo de la sustanciación del asunto a admitir la supresión del párrafo que comentamos como añadido al art. 1197.

Ahora, antes de la consideración del asunto por el H. Senado, tenemos la información de que se suprimiría el añadido a esa norma capital, pero se incorporaría al art. 1198 otro encabezamiento que reza así:

“Si las circunstancias que condujeron a la celebración de un contrato no subsisten al tiempo de la ejecución, *el contrato podrá ser adaptado judicialmente*”.

Bien entendido que el texto del artículo continúa refiriéndose a la teoría de la imprevisión, ya incorporada en 1968, a la *frustración del fin del contrato* y su resolución consecuente en los siguientes términos:

“En los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá pedir *por acción o como excepción*, la resolución del contrato o su adaptación.

"Esta regla se aplicará también a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al área propia del contrato.

"El juez adecuará las prestaciones equitativamente a pedido de cualquiera de las partes, *salvo que la economía o la finalidad del contrato excluyan ese reajuste*.

"En la medida en que la excesiva onerosidad resulte de la culpa del perjudicado, éste no podrá invocarla.

"Podrá demandarse la resolución del contrato por *frustración de su fin* siempre que éste haya sido conocido o conocible por ambas partes, y que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca y no derive de un riesgo que razonablemente tomó ésta a su cargo en razón del sinalagma asumido.

"En los contratos de ejecución permanente la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos".

28. — Sin duda, la enmienda es más elocuente que el soneto.

El artículo 1198 proyectado tras la media sanción ahonda la brecha con el 1197 al punto de contradecirlo. El contrato es ahora pasible de reajustes, frustraciones, adaptaciones y resoluciones difíciles de compadecer con un vínculo "que obliga como la ley misma".

Es fácil concebir a qué índole y a qué cúmulo de reclamaciones puede dar pie una tan abierta mutación del principio. El juez será el destinatario de innumerables contienidas para cubrir la imprevisión, la frustración, la adaptación, el reajuste o decretar la resolución del contrato que —repi—to— "obliga como la ley misma", aunque respecto de la ley no tenga, por fortuna, idénticas facultades.

El panorama, ciertamente, no es alentador. Dicho sea sin perjuicio de reconocer que es acertado propiciar, como se propicia ahora, que la resolución o adecuación a que da pie la excesiva onerosidad sobreviniente pueda impetrarse por vía de acción o de excepción como lo sostiene autorizada doctrina; y que es admisible también que, probada su razo-

nabilidad y eficacia, la ley homologue soluciones prudentes y eficaces aportadas por la jurisprudencia.

29. — No nos detendremos en el análisis particular del régimen previsto para la adaptación o reajuste de distintas figuras contractuales involucradas por la reforma. Basta apuntar que en distintos contratos onerosos, ya se trate de la enajenación o gravamen de cosas muebles o inmuebles, propias o ajenas, es el juez o la persona que él designe quien procede a la determinación del precio en las hipótesis previstas (arts. 1329, 1330, 1331, 1436, 1895, 2019, etc.). Basta apuntar, también, que en la locación de servicios regida según el texto de Vélez por el precio de costumbre para ser determinado por árbitros (art. 1327), se homologa —insisto— la jurisprudencia que arranca de 1919 —extendida asimismo a la locación de obra—, según la cual corresponde al juez, si las partes no lo han previsto, la determinación del precio que se cuestione (Cám. Civ. Cap., plen. del 24-12-1919, en “Jur. Arg.”, t. 5, pág. 68, y el antecedente de la Corte Suprema de la Nación, del 12-4-1898, “Fallos”, t. 72, pág. 290). Y parece obvio añadir que de tal modo se consolida la transferencia al juez, en los casos particulares, ahora por prescripción de la ley, de un sector numeroso y conflictivo de la contratación, el que apunta a determinar la retribución debida a quienes comprometen su capacidad y su esfuerzo al servicio de otro u otros, en una relación corriente, vinculada a planteos de notoria actualidad y trascendencia.

#### IV

30. — Lo apuntado hasta aquí autoriza, a nuestro juicio, para meditar sobre la trascendencia del asunto en debate.

Desde luego el derecho es un orden, pero no es su objetivo aceptar cualquier estado de cosas, cualquier realidad conflictiva, renunciando a una correcta confrontación de bases y principios para lograr una solución atinada.

Repetimos: el derecho es un orden, pero nada es más difícil que ordenar la realidad cuando todo se mueve.

Y en lo que hace a nuestro tema, medir y ordenar con un patrón que se encoge y se dilata supone un compromiso más que humano de la razón, de la verdad, de la justicia.

31. — Precios y salarios dicen remisión a las obligaciones de dar sumas de dinero.

Las obligaciones de dar sumas de dinero se miden hoy, sin embargo, con un patrón que se extiende o se encoge caprichosamente y que obsta a la determinación de un precio justo.

¿Qué hacer frente a este estado de cosas?

¿Trasladar al juez la problemática de este asunto y enrostrarle una y mil veces su mezquindad o su generosidad en la estimación que practique?

¿Volver a la permuta, a la dación en pago o consentir la rapiña, la expoliación, el saqueo?

32. — Desde luego, esta problemática es más que jurídica.

Exige la búsqueda de una solución en otros campos que los que se frecuentan por los cultores del derecho común. Apela a la política económica o a la economía política, que ciertamente algún sentido tiene la trasposición de los términos.

De cualquier modo, parece claro que el derecho debe aguardar con esperanza que la situación de fondo hasta hoy angustiada y determinante, se supere, sin precipitarse a consolidar el desvío incorporando al derecho común disposiciones inducidas por la emergencia.

Al margen de lo que sucede en bancos, entidades financieras, instituciones de crédito, mercados, fábricas, talleres, negocios de toda índole, sigue siendo un principio de honda significación moral y jurídica que los contratos se hacen

para ser cumplidos, que las obligaciones se asumen para ser satisfechas, que a la palabra empeñada y a la firma puesta al pie de un documento público o privado debe hacerse honor con sacrificio a fin de que la virtud se acredite y el derecho cobre significado.

A fin, también, de que la República prospere y sus símbolos sean representación fiel de valores materiales e inmateriales sólidos e inconfundibles.





LA SOCIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL  
PROYECTO DE LEY DE UNIFICACIÓN

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Federico Videla Escalada*



## I

### PLANTEO DEL TEMA

Uno de los aspectos del Código Civil en que el Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial introduce modificaciones sustanciales es el Título VII de la Sección Tercera del Libro Segundo que, inclusive, ha cambiado de denominación.

En el Código está dedicado a la sociedad y en el Proyecto a los contratos asociativos, es decir, que ha ampliado su contenido y aparece dividido en cuatro Capítulos: I, Disposiciones comunes; II, De la sociedad; III, De las Asociaciones y IV, De las sociedades y asociaciones constituidas en el extranjero <sup>1</sup>.

Consideramos un acierto el tratamiento de los contratos asociativos como categoría especial. Cabe disentir con la metodología en cuanto a la ubicación de las normas que los rigen, júzgase más acertado haber reglado lo atinente específicamente a los contratos bilaterales, onerosos, asociativos, etc. a continuación de las disposiciones aplicables a todos los contratos, en lugar de mantener dentro de la teoría general a los efectos propios de los bilaterales, conservar los títulos referidos a las garantías de evicción y vicios redhibitorios y dedicar el Título VII a los contratos asociativos. Pero, evidentemente, es positiva la inclusión de preceptos propios de esta especie de figuras.

<sup>1</sup> Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, artículos 1648 y ss.

Implica asignar valor a la clasificación funcional, que permite agrupar a los contratos sobre la base de la afinidad derivada de finalidades concretas semejantes.

Tras esta somera consideración en el ámbito de la técnica legislativa, sería, sin duda, interesante reflexionar sobre la regulación dada a los contratos asociativos en el proyecto de ley de unificación, contemplar las reglas generales, las atinentes a la sociedad y a la asociación y las específicas para aquellas que se constituyen en el extranjero.

Pero, ello requeriría un tiempo que excedería el que la prudencia y aun la necesidad establecen como límite para una exposición de la índole de la presente.

Hemos preferido, por ello, concretarnos a analizar comparativamente las disposiciones referidas a la sociedad, donde también hay innovaciones fundamentales no sólo de orden metodológico, sino también de índole substancial.

Como acotación previa, señalemos que es imprescindible tener en cuenta que mantiene su vigencia la Ley de Sociedades Comerciales, a la cual sólo se le introducen algunas variantes, como lo destacan las notas explicativas del Proyecto <sup>2</sup>.

No se conforma, por consiguiente, una unificación completa, sino que los textos proyectados para el Código Civil subsistirían junto a los de la ley 19.550 parcialmente reformada.

En alguna medida, esto nos retrotrae al recuerdo del Anteproyecto de los doctores Aztiria y Malagarriga, quienes mantuvieron la sociedad civil debido a que consideraron que incluirla en una ley general hubiera significado reformar el Código Civil, tarea que no les había sido encomendada y que, por tal razón, juzgaban que no estaban facultados a realizar <sup>3</sup>.

Poco tiempo después, "El Derecho", revista nueva en esa época, publicó un pequeño trabajo nuestro sobre la uni-

<sup>2</sup> Nota explicativa I del Título De los contratos asociativos.

<sup>3</sup> Ver nuestro comentario a esta posición en "Hacia una ley uniforme para las sociedades civiles y comerciales", "El Derecho", t. 4, pág. 1020.

ficación del régimen de las sociedades, solución que nos parecía plausible sobre la base de mantener, como especie dentro del género, a la sociedad civil y organizar respecto de ella un registro, que le diera la necesaria publicidad <sup>4</sup>.

El despacho denominado A de las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata en 1983 formuló una recomendación semejante <sup>5</sup>.

En el esquema del Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial se mantiene, por el contrario, a un tipo general de sociedad en el Código Civil, ya que el segundo párrafo del artículo 1652 dice que: "Las reglas de este Título se aplican a toda sociedad que no presente los requisitos especiales de otra sociedad establecida por la ley".

Es decir, que se tiende a una legislación genérica, que no rige a las entidades incluidas en la Ley de Sociedades Comerciales. De ahí nuestra afirmación en el sentido de no apuntar a la unificación recomendada, por ejemplo, por las citadas Jornadas de 1983.

No se prevé, como regla general, la exigencia de la inscripción, de modo que el régimen es substancialmente diferente del previsto por aquel despacho mayoritario de Mar del Plata.

Tampoco puede decirse que se conserva la sociedad civil como tipo especial, sino que la línea elegida sigue la orientación legislativa que se refiere a la sociedad simple <sup>6</sup>.

De ahí que la comparación deba hacerse entre el régimen de esta sociedad genérica o simple y el de la sociedad civil tal como había sido legislada en el Código y posteriormente en el mismo cuerpo legal con las modificaciones introducidas en 1968 por la ley 17.711.

Para hacerla, hemos de referirnos a diversos tópicos, que estimamos significativos: concepto y naturaleza jurídica, personalidad, elementos típicos, distinción con la asociación, especies de sociedades, socios, administración, efectos y ter-

<sup>4</sup> Trabajo citado en la nota anterior.

<sup>5</sup> Ese despacho está publicado en *Recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 81.

<sup>6</sup> Notas explicativas 12 y 13 del Título De los contratos asociativos.

minación de la sociedad, cuyo análisis pondrá de manifiesto las diferencias existentes entre los dos regímenes, el estructurado en la ley actual y el proyectado para el futuro.

## II

### EL CONCEPTO DE SOCIEDAD

Es, sin duda, razonable comenzar el estudio comparativo por los conceptos que dan de la sociedad los dos textos que analizamos.

Dice el artículo 1648 del Código Civil que “Hay sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado”.

Y el Proyecto de Ley de Unificación, expresa en el artículo 1652: “Sociedad es el contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener, con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común”.

Las diferencias entre ambos conceptos son substanciales.

El origen de tales diferencias puede ser fácilmente rastreado si se ponderan las distintas fuentes utilizadas para la redacción de ambos textos.

Vélez Sarsfield se inspiró en el Código francés, artículo 1832 y más exactamente en Aubry y Rau, de quienes tomó la parte final referida al empleo que los socios hicieran de lo que hubiesen aportado.

A su vez, la Comisión redactora del Proyecto de Ley de unificación tomó la definición del Código Suizo de las Obligaciones, artículo 530, al que siguió textualmente.

En general, ésta ha sido la orientación seguida en el tratamiento de esta figura en el Proyecto, conforme lo dicen sus autores en las notas explicativas: “La Reforma sigue la estructura de la legislación suiza. Para ello tuvo en cuenta, a más de su sencillez y flexibilidad, la estructura general de

nuestro derecho privado, después de la Reforma, en el que no existen actividades sujetas a registración. . .”<sup>7</sup>.

Ahora bien, el Código Suizo de las Obligaciones, al igual que el Alemán de 1900<sup>8</sup>, no incluyen al propósito de lucro como nota esencial para la calificación de un ente como sociedad, mientras que el Código francés y los que se inspiran en él, como el de Italia de 1942<sup>9</sup>, consideran que es imprescindible para esa calificación.

Más adelante, hemos de referirnos a los elementos típicos de la sociedad y la distinción entre ella y la asociación y hemos de volver sobre este comentario, pero desde ahora anotamos la transformación realmente substancial que experimentaría la sociedad si fuere sancionado el Proyecto.

Por el contrario, hay una identidad total en cuanto a la naturaleza contractual de la sociedad: en ambos textos se lo dice expresamente.

Se descarta así la posición de algunos autores importantes, entre los que cabe recordar a Messineo, quienes niegan que se trate de un contrato y prefieren calificarlo como acto complejo o acto colectivo.

La coincidencia es destacable y merece señalarse el acierto de la comisión redactora en este punto: en pleno acuerdo con lo sostenido por uno de los miembros de la comisión asesora, el doctor Horacio Fargosi<sup>10</sup>, escribimos un pequeño trabajo poco después de la realización de las Jornadas de Derecho Civil de Mar del Plata, que fue publicado por la Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires<sup>11</sup>.

Para nuestro modo de pensar, la sociedad es un contrato, uno de cuyos efectos consiste en hacer nacer una institución y también se denomina sociedad esa institución nacida del contrato.

<sup>7</sup> Nota explicativa 14.

<sup>8</sup> Código Civil Alemán, art. 705.

<sup>9</sup> Código Civil de Italia, art. 2247.

<sup>10</sup> H. FARGOSI, “Sobre la naturaleza del acto constitutivo de las sociedades”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1968, pág. 249.

<sup>11</sup> “Naturaleza contractual de los actos constitutivos de sociedades”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1984, N° 1, pág. 13.

Para finalizar este acápite, cabe señalar que, mientras el Código guarda silencio respecto a cuáles son las entidades a las que se aplica la legislación contenida en el Título VII, es decir, cuáles son las civiles, el Proyecto, en el segundo párrafo del artículo 1652, dispone, como antes señalamos que “Las reglas de este Título se aplican a toda sociedad que no cumpla los requisitos especiales de otra sociedad establecida por la ley”.

De acuerdo con este último texto, se trata, por consiguiente, de una figura residual, que cubre el espectro de las entidades consideradas como sociedades y de allí que sea razonable denominarla sociedad simple, de acuerdo con la terminología utilizada en el Código Suizo de las Obligaciones.

De todos modos, estimamos conveniente recordar que el Anteproyecto de Bibiloni, en sus artículos 1974 y 1975, reproducidos en los artículos 1208 y 1209 del Proyecto de 1936, menciona entre otras, como sociedades civiles a las que tuvieran por objeto:

- 1º) Constituir derechos reales sobre inmuebles y darlos o tomarlos en locación;
- 2º) La explotación agrícola, ganadera o forestal, ya sea en fundos propios o arrendados a ese efecto, aunque los animales hubiesen sido adquiridos para ese fin;
- 3º) El ejercicio de profesiones liberales o el trabajo de los artesanos;
- 4º) Los institutos educativos.

Una somera reflexión sobre esta nómina demuestra que las sociedades civiles revisten real relevancia. Si bien es innegable que las comerciales son mucho más importantes desde el punto de vista del volumen de sus patrimonios y la magnitud de sus negocios, no puede prescindirse de la consideración de una especie societaria que agrupa a actividades de elevada jerarquía social, como las educativas y profesionales y que, además, en algunos supuestos como los referidos a las operaciones inmobiliarias y a las explotaciones agropecua-



rias, conforman sectores fundamentales para la vida económica del país.

Aun cuando pierdan en el futuro el calificativo "civiles" y adopten la denominación de sociedades simples, igualmente mantendrán su esencia y, por consiguiente, conservarán su alto nivel que justifica el interés de los estudios del Derecho Civil.

En síntesis, tanto el Código actual como el Proyecto, dan un concepto de las sociedades de igual orientación en cuanto a la naturaleza del acto que las crea, pero difieren substancialmente en cuanto a su personalidad y a requisitos tales como el propósito de lucro y la participación en las utilidades y las pérdidas.

### III

#### LA PERSONALIDAD

En este tema, se centra una diferencia esencial entre las dos regulaciones comparadas, la actualmente vigente y la que se proyecta sancionar.

En el Código Civil, después de la ley 17.711, no quedó margen para discusión alguna respecto a si las sociedades definidas en el artículo 1648, es decir, las civiles, tenían personalidad o no, ya que el artículo 33 fue modificado por la mencionada ley y se aclaró así que aquéllas son personas jurídicas de carácter privado.

Por el contrario, el Proyecto se inspiró, como surge de las notas explicativas antes comentadas, en la legislación suiza, que, de acuerdo con la opinión de Rossel, cuya autoridad no puede ser cuestionada, niega la personalidad de la sociedad simple <sup>12</sup>.

En nuestra legislación, aún antes de la sanción de la ley 17.711, el análisis de los textos del Código permitía sos-

<sup>12</sup> V. ROSSEL, *Manuel de Droit Civil Suisse*, t. III; *Code des Obligations*, Payot, Lausanne, pág. 590.

tener con sólido fundamento el reconocimiento de la personalidad.

Los argumentos para llegar a esa conclusión eran muchos y valederos.

En primer lugar, se hacía mérito de la fuente que había inspirado al codificador: el *Esboço*. Freitas en el artículo 278 se refiere en pie de igualdad a las sociedades civiles y comerciales entre las que integran las categorías de personas privadas de existencia ideal.

También Vélez, en la nota al artículo 1744 del Código, afirma expresamente: "Por otra parte, la sociedad es una tercera persona, no hay acción contra ella, como no la habría contra un particular a quien el deudor hubiese entregado el dinero que tomase prestado".

La afirmación contenida en la mencionada nota aparece confirmada por numerosas normas incluidas en el Título VII.

En primer lugar, cabe recordar que el artículo 1702 dice que la sociedad tiene el dominio de los bienes que los socios le hubiesen entregado en propiedad y el siguiente, el 1703, dispone: "Los bienes aportados por los socios se juzgan transferidos en propiedad a la sociedad. . . .".

Estos textos son decisivos para definir la posición del Código, ya que el término propiedad es equivalente en la terminología corriente al dominio, el más importante de los derechos reales y sólo una persona puede adquirir derechos y contraer obligaciones, según resulta de la definición del artículo 30 del Código.

Al lado de este argumento, que parece incommovible, cabe agregar varios otros: el artículo 1711 expresa que se reputan terceros en relación con la sociedad y los socios, no sólo las personas que no revistan esta calidad, sino también los socios en las relaciones con la sociedad que no deriven de su carácter de tales.

El 1712 dispone que los deudores de la sociedad no son deudores de los socios, el 1714 determina que, en caso de concurso, si hay bienes de la sociedad, los acreedores de ésta serán pagados con preferencia a los particulares de los

socios, lo cual se relaciona con la noción del patrimonio como prenda común de los acreedores y, en definitiva, como un atributo de la personalidad.

Además de las citadas, otras normas legales muestran igual orientación y únicamente se esgrimía como argumento contrario la primera parte del artículo 1713, que expresa que los acreedores de la sociedad son al mismo tiempo acreedores de los socios.

Sin embargo, la doctrina nacional entendió —y cabe recordar aquí el nombre ilustre de nuestro inolvidable maestro, el doctor Héctor Lafaille<sup>13</sup>— que los socios son verdaderos garantes de las deudas de la sociedad y tienen responsabilidad accesoria y aun subsidiaria por las deudas sociales.

Puede afirmarse, pues, que aún antes de la modificación introducida en el Código por la ley 17.711, nuestra legislación consagró la personalidad de las sociedades civiles.

Esta característica, además de producir diversas consecuencias relevantes, domina todo el tema de los efectos de la sociedad, tanto en las relaciones entre ella y sus integrantes, como entre éstos entre sí y entre la sociedad y sus miembros y los terceros.

El Proyecto de ley de unificación innova substancialmente en este tema, ya que, como anticipamos, se inspira en la legislación y los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios de Suiza.

Explican sus redactores que la regulación del Código de ese país “tiene una atractiva sencillez y flexibilidad que le permite absorber todo fenómeno asociativo que no constituya un tipo especial de sociedad. . . Logra esos resultados sin necesidad de recurrir a la noción de un ente ideal separado de los socios. . . Esa flexibilidad y sencillez de tratamiento son obtenidas mediante la utilización de nociones y reglas de derecho común, principalmente las de representación”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> H. LAFAILLE, *Curso de Contratos*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1928, t. II, Nº 609, pág. 398.

<sup>14</sup> Nota explicativa 12.

Inclusive aclaran que optan por una redacción diferente de la empleada en la ley helvética para evitar expresiones como “bienes de la sociedad” o “derechos de la sociedad”, que “una lectura ligera podría interpretar como la implicación de que existe un ‘ente’ distinto de los socios como titular de esos bienes o derechos”<sup>15</sup>.

Al descartar la personalidad, el Proyecto se orienta fundamentalmente en el sentido de interpretar que existe una especie de condominio entre los socios y una comunidad en los negocios que se realizan.

Así se desprende del texto del proyectado artículo 1654, que expresa: “En este capítulo se denomina ‘operaciones comunes’ a todo hecho o acto realizado en ejecución del contrato de sociedad por quien se encuentre autorizado a hacerlo, y ‘bienes comunes’ a los bienes o derechos aportados por los socios, y a los bienes, derechos y obligaciones adquiridos como resultado de operaciones comunes”.

Es decir, que lo que habitualmente se denomina operaciones sociales, bienes sociales, deudas sociales, etc., pasa a denominarse con el adjetivo muy diferente de operaciones, bienes, deudas comunes, lo cual implica una modificación fundamental.

Sin embargo, la situación no se adapta exactamente a la legislación referida al condominio, debido a que los textos proyectados presentan algunas diferencias con los que regulan a aquél.

En primer lugar, como lo expondremos más tarde, los aportes de los socios pueden consistir en derechos reales o personales. Al no haber restricción alguna en la norma, cabe razonablemente interpretar que los primeros pueden tener como objeto a cosas inmuebles o muebles registrables.

Esto parece confirmado por el proyectado artículo 1658, segunda parte, que dice: “Si los bienes fuesen registrables, a los fines del párrafo anterior, el carácter de bien común deberá resultar de las constancias de la registración. El registro tomará razón de su carácter a requerimiento del titular

<sup>15</sup> Nota explicativa 15.

registral y lo publicitará aunque dicho carácter no conste en el documento inscripto”.

Ante estas disposiciones se plantea una inevitable duda: por una parte parece que si el bien es inscripto a nombre de la sociedad, resulta difícil negarle a ésta la calidad de sujeto del derecho real en cuestión y ello, conforme a lo establecido en el artículo 30 del Proyecto, implicaría reconocerle personalidad, ya que, por la vía del aporte, habría adquirido un derecho.

La otra interpretación es que el bien será inscripto a nombre de los socios, quienes serían condóminos. Sin embargo, cabe señalar que las normas que rigen el condominio no coinciden exactamente con las previstas en el Proyecto para la sociedad.

En efecto, como es sabido, en relación con la cosa común, cuando no hay acuerdo entre la totalidad de los condóminos, “prevalecerá la decisión de la mayoría” (art. 2700 del Código Civil) y “la mayoría no será numérica sino en proporción a los valores de la parte de los condóminos en la cosa común, aunque corresponda a uno solo de ellos” (art. 2704 del Código).

Por su parte, el Proyecto determina que, cuando no hubiese administrador designado, se presume que todos los socios tienen iguales facultades y que cada uno de ellos puede, sujeto a las disposiciones del contrato, obrar sin los demás, pero cada uno de los otros puede impedir el acto manifestando su oposición antes de que sea celebrado (arts. 1666 y 1667 del Proyecto).

Y el proyectado artículo 1671 dice que cuando el contrato disponga que las operaciones sean conducidas conforme las decisiones tomadas por los socios a falta de estipulación en contrario, la mayoría se contará por personas.

Ahora bien, si se interpreta que la situación jurídica del socio será la de un condómino, habrá que estar a lo decidido en el Capítulo II del Título VII ya que conforma la regulación específica del tema, de modo que la solución no se ajustará exactamente a la relativa al condominio.

De lo dicho, en esencia, se desprende que el Proyecto introduce una variación fundamental en cuanto al tema de la personalidad de las sociedades tratadas en el Código Civil.

Sin embargo, merece recordarse que, en las notas explicativas, se expresa: “Lo expuesto no implica que fue propósito de la Reforma imponer la conclusión de que la sociedad en su nueva regulación, no es nunca una persona jurídica. Es claro que pueden encontrarse en ella, por ejemplo, manifestaciones de separación patrimonial. Si estos elementos son suficientes para considerarla persona jurídica en nuestro derecho dependerá del alcance que el intérprete decida darle a esta expresión”<sup>16</sup>.

Y tras aclarar que giros verbales como “tratar a nombre de la sociedad” u otros similares no deben ser entendidos en sentido literal, agrega la misma nota explicativa: “En consecuencia cualquier conclusión a que se llegue respecto de la personalidad de la sociedad en esta nueva regulación debería resultar de los contenidos prescriptivos de la ley, y no de los giros verbales del legislador”.

Desde nuestro punto de vista, es más acertado mantener el principio de la personalidad de las sociedades civiles o simples, por estimar que esa calidad se ajusta correctamente a las notas típicas de una sociedad y al sentido de la vinculación entre los socios y de las relaciones con terceros, así como también por considerarla beneficiosa para la vigencia de la seguridad jurídica.

Creemos que el reconocimiento de la personalidad de entes de esta especie permite emplear instrumentos jurídicos útiles, a los que cabe aprovechar en cuanto favorezcan el correcto funcionamiento de las relaciones entre los hombres con pleno respeto de los intereses particulares y del bien común.

<sup>16</sup> Nota explicativa 16.

#### IV

### ELEMENTOS TÍPICOS DE LA SOCIEDAD

En una enumeración doctrinaria, estimamos que deben enumerarse como elementos típicos de la sociedad al aporte, el propósito de lucro, la participación de los socios en las utilidades y las pérdidas y la "*affectio societatis*".

Como este último elemento no aparece expresamente mencionado en el concepto dado por el Código Civil en su artículo 1648, que anteriormente recordamos y, además, ha dado lugar a un amplio debate entre autores que lo niegan y otros que lo justifican, hemos de prescindir de todo comentario a su respecto y nos concretaremos a desarrollar breves consideraciones sobre los restantes.

Es sabido que la legislación comparada impone a los socios la exigencia del aporte. Esto quizás explique por qué el Proyecto no ha hecho referencia expresa a esta obligación. Sin embargo, merece recordarse que su modelo, el Código Suizo de las Obligaciones, dispone que cada socio debe efectuar un aporte y luego determina en qué puede consistir<sup>17</sup>.

Hay coincidencia, por otra parte, en la amplitud de la nómina de lo que puede ser objeto del aporte, pero varía la terminología: el modelo es muy concreto y habla de dinero, créditos, otros bienes o industria, mientras que el Proyecto también menciona a la industria y el dinero, pero reemplaza las otras referencias por las expresiones "derechos reales o personales"<sup>18</sup>.

Además, es oportuno señalar que el artículo 1635 es prácticamente el único referido a este tema, metodología que significa una diferencia substancial con la seguida por Vélez Sársfield, quien lo trató con amplitud, ya que le dedicó algunos preceptos generales y casi todos los artículos del Capítulo VI del Título VII, dedicado a las obligaciones de los socios respecto de la sociedad.

Es evidente que el codificador fue excesivamente deta-

<sup>17</sup> Código Suizo de las Obligaciones, art. 531.

<sup>18</sup> Proyecto, art. 1635.

llista en la regulación de los efectos de la sociedad, pero la reacción parece haber sido excesiva y puede considerarse que el Proyecto ha reducido demasiado el tratamiento de un elemento fundamental de la sociedad, como el aporte.

Posiblemente la disposición que admite que pueden aportarse “derechos reales o personales” ha tenido la intención de presentar una línea indicativa de la interpretación que debe darse a las diferentes especies de prestaciones que pueden efectuar los socios, pero no es seguro que se logre plena coincidencia en darle ese alcance.

El Código, por el contrario, se extendió en la consideración del más típico de los elementos de la sociedad que siguiendo básicamente a Blaise<sup>19</sup> puede definirse como la puesta en común de un bien o del derecho a beneficiarse con ciertos hechos, mediante la atribución de derechos sociales al otorgante.

Sin duda, existe para los socios la obligación de efectuar algún aporte. En el Código, este deber aparece en uno de los primeros artículos del Título VII, el 1650, que establece que: “Es nulo el contrato de sociedad, cuando alguno de los contratantes no aportase a la sociedad obligaciones de dar u obligaciones de hacer...”, es decir, no se comprometiese a aportarle bienes o hechos, y luego agrega que no basta que concurra con su crédito o influencia, aunque se obligare a contribuir a las pérdidas.

Tanto en nuestro país como en el extranjero, la doctrina respalda esta posición y cabe recordar que Planiol y Ripert explican que, si algún socio no efectúa aporte alguno, debe ser considerado como un donatario si están cumplidos los recaudos propios de la donación<sup>20</sup>.

Más adelante, en el Capítulo VI del Título VII, el Código trae numerosos preceptos que reglamentan el tema de los aportes.

<sup>19</sup> H. BLAISE, *L'apport en société*, Sirey, París, 1955, Nº 6.

<sup>20</sup> M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. XI, “Contrats Civils”, con el concurso de A. ROUAST, R. SAVATIER y J. LEPARGNEUR, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1932, Nº 1007, pág. 270.



Señala que los bienes pueden ser transferidos a la sociedad en propiedad o en uso y goce, determina que aquella tiene el dominio de los primeros y que se presume que fueron transmitidos a ese título, salvo que en el contrato se establezca que el aporte es sólo del uso y goce o que se trate de una sociedad formada por un socio capitalista y uno industrial, caso en el cual la presunción se invierte.

También dispone que se transmitirá el dominio de las cosas fungibles y de las no fungibles que se deterioran con el uso, así como el de aquellas que sean aportadas para ser vendidas por la sociedad y distingue expresamente las consecuencias que los aportes de una y otra categoría producen en el momento de la disolución de la entidad: el socio no recupera el dominio de los que aportó a ese título, mientras que lo conserva si sólo transfirió el uso y el goce.

Hay, asimismo, disposiciones relativas a cómo debe valuarse el aporte de un derecho creditorio aportado a la sociedad y otras atinentes a los que consisten en trabajo e industria.

En suma, una regulación prolija, quizá excesivamente detallista, pero muy clara en la definición de los derechos y obligaciones de los socios y de la sociedad en lo concerniente a un elemento fundamental.

Es de notar que el Código Suizo de las Obligaciones es mucho más sintético en el tratamiento del tema, pero que, no obstante, contiene, en su artículo 531, una norma destinada a reglar por remisión el funcionamiento de los aportes de cosas: remite a las reglas de la compra y venta cuando se transfiere el dominio de aquéllas y a la locación cuando se transmite el uso y goce.

Otro de los elementos típicos de la sociedad que merece un breve comentario es el propósito de lucro.

Como señalamos al comparar los conceptos dados por el Código y el Proyecto, en el primero se lo exige expresamente, mientras que el segundo, conforme con su fuente, guarda silencio al respecto.

Es decir que es requisito esencial para nuestra legisla-

ción actual, en tanto que parece no revestir ese carácter en la obra proyectada.

El interés fundamental de la exigencia o prescindencia de este elemento reside en que, en nuestro ordenamiento legal como en el francés, sirve para distinguir a las sociedades de las asociaciones: las primeras tienen propósito de lucro, las últimas no.

Como el Proyecto trata de las asociaciones en el mismo Título relativo a los contratos asociativos donde regula a las sociedades, es necesario recurrir al Capítulo IV de este Título, cuyo primer capítulo, el 1681, expresa: "Las asociaciones que tengan una finalidad de bien común, religioso, cultural, recreativo o similar, se rigen por las disposiciones precedentes" (son las relativas a las sociedades en general).

Esta remisión podría indicar una asimilación entre los regímenes de las entidades de una y otra categoría, pero basta leer los preceptos dedicados a las asociaciones para advertir una diferencia substancial: al disolverse una sociedad, sus bienes son distribuidos entre los socios, mientras que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1684 del Proyecto: "Los bienes excedentes luego de la disolución o liquidación (de una asociación) tendrán el destino que hubieran convenido o que convengan sus asociados", y el 1685 establece que: "En defecto de la decisión a que se refiere el artículo anterior, tales bienes excedentes serán destinados a la educación pública de la jurisdicción en que se encuadren".

Ahora bien, la distribución entre los socios del patrimonio social al extinguirse la sociedad es la consecuencia normal de tratarse de entidades constituidas por sus miembros con propósito de lucro, mientras que lo previsto para las asociaciones tiene fundamento en la finalidad de bien común que las caracteriza.

Esta interpretación parece confirmada por algunas expresiones contenidas en las notas explicativas.

En efecto, allí, tras comentar que "la unificación del régimen de sociedades exigió algunas decisiones iniciales", se dice lo siguiente: "La tercera (decisión inicial) fue mantener la actual distinción entre sociedad y asociación, que

tiene entre nosotros una penetración que sería imprudente para la ley contrariar”<sup>21</sup>.

Y más adelante: “El Título disciplina de manera separada a las sociedades de las asociaciones y mantiene en la definición de éstas el elemento, tradicional en nuestro derecho, de un propósito de bien común”<sup>22</sup>.

Sobre la base de estos comentarios, aparece robustecida la interpretación que entiende que la sociedad debe tener propósito de lucro y la asociación un fin de bien común. Así fue hasta ahora y así debe continuar si se tiene la intención de mantener la distinción actualmente vigente.

Pero, no podemos desconocer que esta interpretación enfrenta dos argumentos contrarios de innegable fuerza.

En primer lugar, debe recordarse que el concepto de sociedad sigue el Código suizo, el cual, al igual que el alemán y el brasileño<sup>23</sup>, por ejemplo, no incluyen ese criterio distintivo.

Y, además, el final de la nota explicativa que lleva el número 10 parece apoyar decididamente la línea de pensamiento de los nombrados Códigos y apartarse de lo dicho en las expresiones anteriormente comentadas de la nota 3 y de la parte inicial de la misma nota 10.

Dice la parte final de esta última: “Ningún esfuerzo especial fue hecho para caracterizar a éste (el propósito de bien común) con nitidez, y marcar así una clara línea separatoria con la sociedad, para lo que se tuvo en cuenta que, en principio, sociedades y asociaciones están sujetas a las mismas reglas”.

Sin embargo, parece razonable encontrar, precisamente en el propósito de lucro en la sociedad y el fin de bien común en la asociación, una pauta valiosa de distinción entre los entes de una y otra categoría.

La otra radica en el último elemento típico al que deseamos referirnos: la participación de los socios en las utili-

<sup>21</sup> Nota explicativa 3.

<sup>22</sup> Comienzo de la nota explicativa 10.

<sup>23</sup> Código Suizo de las Obligaciones, art. 530, alemán, art. 705; brasileño, art. 1363.

dades y las pérdidas de la sociedad, elemento que está ausente en la asociación.

También en este aspecto, el Código Civil es muy preciso.

Expresa en su artículo 1652 que: "Será nula la sociedad que diese a uno de los socios todos los beneficios, o que lo liberase de toda contribución en las pérdidas... o que alguno de los socios no participe en los beneficios".

Y en el artículo siguiente, al enunciar las cláusulas prohibidas, se aplica específicamente la exigencia de la participación de los socios en las ganancias y pérdidas.

El Proyecto, por su parte, da por supuesta la necesidad de este requisito, cuando se refiere al modo como deberá hacerse la distribución de las utilidades y las pérdidas: para las primeras, deja a los miembros la facultad de determinar la proporción en que han de ser repartidas y presume que, cuando nada se dice, es porque aquellos han decidido dividir las en partes iguales.

En cuanto a las pérdidas, también admite que los socios resuelvan cómo serán soportadas y, para el caso de silencio, opta por utilizar la misma proporción fijada para las ganancias.

Además, acuerda a cada socio la posibilidad de convenir que sus pérdidas se limiten a su aporte, pacto que presume en beneficio de los socios industriales.

Al no haber exigencias de forma ni publicidad para la constitución de las sociedades, no resulta muy claro cómo han de conocer los terceros la existencia de un pacto de esa naturaleza, pero a eso nos referiremos más adelante.

En esta parte de nuestra comparación, sólo nos interesa poner de relieve que, mientras en lo atinente a las asociaciones, no se prevé en el Proyecto que sus integrantes participen en los resultados, en las sociedades esa participación mantiene su vigencia como elemento fundamental y sirve de criterio para la distinción entre unas y otras entidades.

No obstante, cabe observar que no se establece la sanción de nulidad para las sociedades que no cumplan con el requisito de la participación de todos los socios en las ganancias y pérdidas y que, como el artículo 1037 del Proyecto,

tal como ocurre con el que hoy lleva el mismo número en el Código, no autoriza a los jueces a declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las establecidas por la ley, pueden plantearse dificultades.

## V

### LA FORMA DE LA SOCIEDAD

Hasta la sanción de la ley 17.711, la sociedad era un contrato no formal, de acuerdo con los términos del artículo 1662 del Código Civil y se exigía excepcionalmente la escritura pública, tanto para su constitución como para su prórroga o modificación cuando hubiese aportes de bienes inmuebles o el capital de cada socio superase una suma fijada.

La mencionada ley de 1968 varió la solución y exigió la escritura pública para la constitución, modificación o prórroga de las sociedades, aun cuando dejó intacto el artículo 1662, que hubo que interpretar que desde entonces sólo se refiere a las sociedades irregulares.

El Proyecto se inclina hacia la solución totalmente opuesta y prescinde de todo requisito de forma.

Guarda silencio en la parte específicamente dedicada a las sociedades, pero en las disposiciones comunes para todos los contratos asociativos dispone expresamente en el artículo 1650 que: "Los contratos asociativos pueden ser hechos verbalmente o por escrito, y se prueban conforme lo dispuesto para los actos jurídicos".

Esta decisión ha sido fundamentada en las notas explicativas.

En esas decisiones iniciales que allí se mencionan y a que antes hicimos referencia, se dice: "La quinta, que estos contratos asociativos, con los efectos que les atribuyen las nuevas disposiciones, no debían estar sujetos a formalidad alguna..."<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Nota explicativa 5.

Se agrega que no son obvias las razones de política legislativa que determinan la exigencia de formalidades y que, "si se las establece, se crea automáticamente el problema de las sociedades de hecho, respecto de las cuales la única regulación justa es tratarlas como una sociedad" <sup>25</sup>.

Esta solución difiere sustancialmente de la adoptada por el despacho mayoritario aprobado en las Jornadas de Derecho Civil realizadas en Mar del Plata, donde se preveía la posibilidad de unificar el régimen de sociedades y se recomendaba la instauración de un sistema de publicidad para las sociedades civiles.

Sin embargo, el Proyecto ha previsto la posibilidad de inscripción de los "instrumentos constitutivos, de prórroga o modificación de una sociedad" e, inclusive, ha elaborado una regulación tendiente a facilitarla, que merece sinceros elogios.

Dice el artículo 1651 que cuando la inscripción "debe ser resuelta por un acto administrativo, éste no podrá negarse por defectos de contenido" si los instrumentos del caso hubiesen sido otorgados por escritura pública o conformados por un abogado. El organismo administrativo deberá formular sus objeciones ante el juez en un plazo de diez días hábiles y sólo el magistrado podrá disponer la suspensión de la inscripción o de algunos efectos del acto.

Estimamos que la publicidad es conveniente y, por ejemplo, la juzgamos indispensable cuando hay socios que han limitado su responsabilidad por las operaciones comunes, supuesto que mencionamos con anterioridad.

## VI

### ESPECIES DE SOCIEDADES

En el campo de las sociedades, pueden señalarse diversas especies, que deben estar sujetas a regímenes jurídicos particulares.

<sup>25</sup> Nota explicativa 5.

Intencionalmente, omitimos referirnos a las sociedades civiles y comerciales por ser un tema muy abundantemente tratado en nuestra doctrina, que, por nuestra parte, hemos analizado en varias oportunidades y que debe perder importancia si se lleva hasta sus naturales consecuencias el proceso de unificación legislativa del derecho privado.

En caso de ser sancionado el Proyecto, ese proceso será sólo parcial, ya que fuera del Código se mantendrá la vigencia de la Ley de Sociedades Comerciales, pero es razonable suponer que, una vez emprendido el camino hacia aquel objetivo, desaparecerá el tratamiento en textos legislativos diferentes.

Hasta que eso tenga lugar, el Código Civil incluirá las disposiciones sobre contratos asociativos y sociedades simples, entre las cuales estarán comprendidas las civiles, cuya importancia pusimos de relieve al comienzo de esta exposición.

Nuestras reflexiones han de reducirse, por consiguiente, a lo relativo a las sociedades particulares y universales, por una parte, y a las anómalas, entre las que se encuentran, con regímenes específicos, las de objeto ilícito y las que acusan defectos de forma.

El Código Civil dedica a las sociedades universales su artículo 1651 y lo hace para declararlas nulas, posición que fundamenta en la nota pertinente y que significa un apartamiento de lo establecido en este tema por el Código francés.

El Proyecto no menciona a esa especie de sociedades, pero los argumentos contenidos, precisamente en la nota de Vélez Sársfield al artículo 1651, son lo suficientemente convincentes para suponer que continuarán sin tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, nos vemos precisados a formular una observación idéntica a la efectuada respecto a las consecuencias que tendría la no participación de algún socio en las utilidades o pérdidas resultantes de las operaciones comunes: se mantiene lo dispuesto en el artículo 1037, en cuanto a que los jueces sólo pueden declarar las nulidades que resultan de la ley y, ante el silencio del Proyecto, será necesario que nuestros tribunales desarrollen una doctrina jurisprudencial

constructiva para privar de validez a contratos tendientes a constituir sociedades universales.

Las sociedades de objeto ilícito han dado lugar a medulosos debates doctrinarios y a la estructuración a su respecto de regímenes proyectados que difieren entre sí (Anteproyecto de Bibiloni y Proyecto de 1936, por ejemplo) y también del contenido en el Código Civil y en la ley 19.550.

Es sabido que el codificador fue sumamente estricto en el tratamiento dado a las sociedades de esa especie: lógicamente impuso el requisito de un objeto lícito, requisito que debe ser entendido en relación con la sociedad institución, ya que el contrato de sociedad debe necesariamente cumplirlo conforme a lo establecido en materia de actos jurídicos, aplicable por remisión a la teoría general del contrato <sup>26</sup>.

En cuanto a las relaciones de los socios entre sí, en el artículo 1659 estableció que carecen de toda acción para pedir la división de las ganancias o pérdidas y aun para reclamar la devolución de los aportes.

La solución está dotada de un gran contenido moral, pero en muchas ocasiones no fue útil para alcanzar el resultado más justo, ya que frecuentemente el más culpable, verdadero cerebro de la organización ilícita, es quien tiene en su poder los bienes de sus consocios y se beneficia con las pérdidas que éstos experimentan.

Por este motivo de política legislativa, Bibiloni mantuvo la nulidad de las sociedades de objeto ilícito pero prefirió que se procediera a su liquidación como si fuera una comunidad ordinaria, es decir, sin tomar en consideración lo que los socios hubiesen convenido en el contrato <sup>27</sup>.

Los miembros de la Comisión que elaboraron el Proyecto de 1936 entendieron que el Anteproyecto fallaba por haberse colocado en una posición opuesta extrema, que no ponderaba el aspecto moral <sup>28</sup>.

Por tal razón, optaron por permitir que los socios recuperasen sus aportes, pero no admitieron que pudieran re-

<sup>26</sup> Código Civil, art. 1167.

<sup>27</sup> J. A. BIBILONI, *Anteproyecto*, art. 1972 y su nota.

<sup>28</sup> Proyecto de 1936, art. 1207.



sultar utilidades y, cuando éstas se hubiesen producido, las destinaron al Tesoro Escolar de la Nación o de las Provincias respectivas.

El Anteproyecto de Aztiria y Malagarriga siguió los lineamientos básicos de este esquema <sup>29</sup>, pero destinó a fondos escolares tanto las ganancias como el activo que quedase después de haber pagado todas las deudas contraídas con terceros. La ley 19.550 recoge esta solución y la consagra en su artículo 18.

Con referencia a las relaciones entre los socios y los terceros, el Código distingue según que éstos sean de buena o de mala fe. A los últimos les da el mismo tratamiento que a los socios, es decir, no admite que aleguen contra éstos la existencia de la sociedad (segunda parte del artículo 1660), mientras que a los de buena fe los faculta para que demanden a los socios sobre la base de la existencia de la sociedad (parte inicial del mismo precepto).

Además, impone a los socios, en el artículo 1661, responsabilidad solidaria por todos los daños resultantes de los actos ilícitos "practicados en común para el fin de la sociedad".

En realidad, los actos realizados por la sociedad de objeto ilícito, para llevar adelante sus finalidades, caben dentro de esa calificación de modo que el Código establece aquí un complemento coherente con la dura posición adoptada frente a esta especie de entidades.

Por su parte, el Proyecto no se ocupa del tema, de manera que la jurisprudencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16, que experimentaría una modificación consistente en la incorporación de los usos y costumbres y la finalidad de la ley entre las pautas que deben ponderarse, aplicará probablemente por analogía el criterio utilizado en el artículo 18 de la ley 19.550.

En cuanto a las sociedades irregulares, el Código también determinó su régimen: les asignó los efectos ordinarios con la sola diferencia con las regulares de poder cualquiera

<sup>29</sup> C. MALAGARRIGA y E. AZTIRIA, *Anteproyecto de Ley General de Sociedades*, Ministerio de Educación y Justicia, Buenos Aires, 1959, art. 4.

de sus integrantes ponerles fin en cualquier momento aun cuando hubiese plazo pactado entre ellos.

El Proyecto, como antes comentamos, no ha establecido requisitos formales para la constitución de las sociedades, inclusive, han agregado sus redactores en las notas explicativas que se ha deseado evitar que se planteen las cuestiones originadas por las sociedades irregulares, de manera que nada dispone respecto a ellas <sup>30</sup>.

## VII

### LOS SOCIOS

También en lo atinente a los socios, hay diferencias substanciales entre la regulación establecida por el Código Civil y la prevista en el Proyecto.

Pero, antes de entrar al terreno de la comparación, resulta imprescindible formular un comentario previo, referido al requisito de la pluralidad de los miembros de las sociedades civiles o simples.

Como síntesis de nuestro modo de pensar a este respecto, consideramos oportuno repetir lo que dijimos un cuarto de siglo atrás en *Las sociedades civiles*: "La sociedad sólo tiene sentido cuando configura la agrupación de diversas voluntades unidas para la realización de una labor común: no puede haber sociedad sin socios ni se concebiría una que careciera de ese soporte personal y humano ni tampoco la que se apoyara sobre un solo individuo". Al pie de este párrafo, figuran referencias bibliográficas de Messineo, Puig Brutau y Hémard <sup>31</sup>.

Parece imprescindible poner de manifiesto esta posición

<sup>30</sup> Nota explicativa 5.

<sup>31</sup> *Las sociedades civiles*, Abeledo-Perrot, 1962, Nº 187, pág. 157 y nota 360 en pág. 158, donde se cita a F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, t. V, Nº 150, 7; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, "Contratos en Particular", Bosch, Barcelona, 1956, pág. 406; J. HEMARD, *Théorie et Pratique des Nullités des Sociétés et des Sociétés de Fait*, Sirey, París, 1912.

por cuanto el Proyecto, no el Título que analizamos, sino en las normas relativas a las personas jurídicas, expresa en el inciso 4 del artículo 34: "Pueden ser constituidas o continuar con un solo miembro o ninguno, mientras tengan aptitud para funcionar".

Estamos de acuerdo en que hay personas jurídicas sin base humana, como son las fundaciones, pero no creemos que pueda existir una sociedad sin socios ni con uno solo, ya que por definición, sociedad implica pluralidad de participantes en una entidad común.

Comprendemos que, por la preeminencia del aspecto institucional, en algunos tipos de sociedades comerciales la base humana pueda revestir menor importancia, pero creemos que, aun en tales supuestos, la pluralidad es imprescindible.

Precisamente, la ponderación de la importancia del aspecto institucional explica que transitoriamente, durante un tiempo breve, se admita que perdure la sociedad que ha quedado con un solo integrante hasta que se recomponga la pluralidad, como lo dispone el actual inciso 8 del artículo 94 de la ley 19.550, al cual el Proyecto le agrega que esa exigencia "no será aplicable cuando el socio único lo sea de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada".

Por su parte, el Código Civil deja en claro su posición en este tema en el único caso de disolución de pleno derecho que prevé: la muerte de un socio en una sociedad de dos personas, reglada en el artículo 1758.

Sin perjuicio de reiterar nuestra opinión contraria a la viabilidad de sociedades de un solo socio aun cuando sean anónimas o de responsabilidad limitada, para lo cual preferimos la admisión de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, ponemos de relieve que en cuanto al requisito de la pluralidad de socios hay coincidencia entre el Código y el Proyecto, de acuerdo con lo establecido por éste al definir al acto constitutivo de la sociedad como un contrato y lo que resulta de la modificación complementaria del artículo 94 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Por el contrario, también aquí se pone de manifiesto

una clara diferencia en materia de metodología legislativa: mientras el Código dedica una cantidad apreciable de normas a tratar los temas específicamente relacionados con los socios, sus herederos y cesionarios, el Proyecto es parco y apenas destina a esta cuestión un número reducido de preceptos.

El Código Civil opta por una redacción descriptiva de quiénes son socios en el artículo 1677, que menciona a las personas que, con esa calidad, fueron partes en el primitivo contrato social o las que se incorporen posteriormente por contrato con todos los otros socios o por admisión del administrador facultado para admitirlas.

El Proyecto únicamente se refiere, en el artículo 1676, a la incorporación de un socio con posterioridad a la celebración del pertinente contrato y reserva la decisión para la unanimidad de los miembros, salvo que el acto jurídico constitutivo contuviese estipulaciones en otro sentido, con lo cual se concreta una solución muy semejante a la establecida en el Código para ese supuesto.

Por el contrario, nada dice sobre los socios aparentes y ocultos, cuyas situaciones Vélez Sársfield resuelve sobre las bases actuales de la teoría de la apariencia, posición que lo muestra, una vez más, como un jurista de tendencia moderna y valioso criterio jurídico que, en más de una ocasión, se anticipa a soluciones elaboradas más tarde por la doctrina.

Precisamente, la utilización de las previsiones actuales fundadas en la teoría de la apariencia deberán conducir a la jurisprudencia a resolver cualquier conflicto que se suscite en este terreno de modo coincidente con lo previsto en los artículos 1668 y 1669 del Código.

También el artículo 1676 y el 1677 del Proyecto deciden la situación de los cesionarios de cuotas sociales de modo coincidente con el Código.

El primero, como señalamos, requiere la unanimidad de los socios para la incorporación de un nuevo socio y, por ende, para la admisión de un cesionario de los derechos de un socio y el último determina que ese tercero a quien se le cede la participación no adquiere calidad de socio sin el

consentimiento de todos los miembros de la sociedad, solución también coincidente con la actual <sup>32</sup>.

El Código Civil trata también el tema de los herederos de los socios fallecidos, a los cuales no les reconoce calidad de socios, salvo que todos ellos y la totalidad de los miembros sobrevivientes estén conformes en su incorporación a la sociedad.

El fundamento de esta solución, contenida en los artículos 1670 y 1761 del Código radica en el carácter *intuitu personae* de la sociedad civil, típica entidad de personas, donde interesan sobremanera las cualidades, la personalidad, el sentido moral, las modalidades y los caracteres de sus integrantes.

Merece recordarse, al respecto, la breve nota al artículo 1761, donde el codificador expresa: "El heredero es una persona incierta, y no puede subsistir la obligación de tener sociedad con una persona que aún no existe, o que puede ser que no se conozca".

Estimamos que el mismo carácter reviste la sociedad simple, aun cuando por su mayor indefinición no lo muestra tan terminantemente y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1676, antes comentado, interpretamos que el Proyecto mantiene la solución del Código.

En cuanto a la disolución parcial con los herederos que se produciría en caso de fallecimiento de un socio y no incorporación de aquéllos a la sociedad, el Código en el artículo 1760 fija pautas adecuadas, que es de esperar sirvan de base a las decisiones jurisprudenciales ante el silencio guardado en este tema por el Proyecto.

Y también deberán ser tenidas en cuenta las reglas del artículo 1654, inciso 3º, tal como fueron modificadas por la ley 17.711, con el fin de facilitar eventuales liquidaciones de las participaciones de los herederos, y, al mismo tiempo, proteger sus correspondientes porciones legítimas.

<sup>32</sup> Código Civil, art. 1671.

## VIII

### LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

Respecto al gobierno de la sociedad, es igualmente más detallista el Código que el Proyecto, aun cuando las previsiones de ambos coinciden en diversos aspectos.

Nuestro Código actual, como es sabido, prevé la posibilidad de designar administrador o administradores, que pueden ser socios o terceros y también pondera que ese nombramiento se efectúe en el contrato social o a posteriori, circunstancia a la que asigna consecuencias relevantes.

Asimismo, en el artículo 1672, enumera ciertos actos que únicamente pueden ser decididos por la unanimidad de los integrantes del ente.

Esto último no figura en el Proyecto, donde tampoco se efectúa distinción alguna entre el administrador contractual y el nombrado posteriormente.

En síntesis, cabe recordar que el régimen establecido en el Código era el siguiente.

Si nada decía el contrato, cada uno de los socios tenía facultades para administrar y cualquiera de los otros podía oponerse a que se llevara a cabo el acto hasta que éste hubiese producido efectos legales<sup>33</sup>. Esta misma solución resulta de la combinación de los artículos 1666 y 1667 del Proyecto.

Si el administrador es nombrado con posterioridad a la celebración del contrato, su designación es revocable, y, por su parte, puede renunciarla sin necesidad de tener justa causa para hacerlo; la misma situación tiene el tercero que fue nombrado en el contrato social<sup>34</sup>.

Por el contrario, si el administrador contractual fuese socio, no puede ser removido sin que exista justa causa para ello y tampoco puede renunciar sin tener un motivo de esa naturaleza que lo justifique.

<sup>33</sup> Código Civil, art. 1677.

<sup>34</sup> Código Civil, arts. 1689 y 1690.

El Código establece diversas normas complementarias: para remover al socio administrador contractual debe haber unanimidad, de modo que es suficiente que él se oponga para que no se le pueda revocar directamente la designación, sino que se deberá plantear el problema judicialmente y el juez cuenta con las facultades necesarias para suspenderlo en sus funciones si hubiere peligro en que continuare a cargo del gobierno de la entidad <sup>35</sup>.

Por otra parte, en caso de remoción o renuncia, se abre para los demás integrantes de la sociedad el derecho a pedir su disolución y asimismo, la ley establece que deberá responder por los daños e intereses <sup>36</sup>.

Si hay pluralidad de administradores designados, se reproduce la situación relativa a cuando no se ha nombrado administrador, naturalmente dentro del campo restringido a quienes fueron objeto de ese nombramiento <sup>37</sup>.

El Proyecto, por su parte, prevé el supuesto de haberse determinado que "las operaciones comunes sean conducidas conforme a las decisiones tomadas por los socios" <sup>38</sup>.

Debe entenderse que se remite la decisión a la mayoría y el mismo artículo 1671 determina que esa mayoría debe ser contada por personas, salvo que se dispusiere algo diferente en el contrato.

En lo atinente a las facultades del administrador, la solución del Código no es totalmente clara y se hace necesaria una labor de interpretación para determinarlas con precisión, sobre la base de ajustar lo dispuesto en los artículos 1694 y 1691.

El 1694 expresa que se reputa un mandato general, que comprende los negocios ordinarios de la sociedad y en el segundo período agrega que se consideran tales los que no requieren poderes especiales, expresión que parece remitir al artículo 1881.

Pero esa actitud simplista conduce a consecuencias ne-

<sup>35</sup> Código Civil, arts. 1683 y 1684.

<sup>36</sup> Código Civil, arts. 1686 y 1687.

<sup>37</sup> Código Civil, art. 1692.

<sup>38</sup> Proyecto, art. 1671.

gativas y esto, precisamente, se corrige mediante el artículo 1691, que establece que las facultades del administrador se determinan, salvo estipulaciones expresas en otro sentido, por el objeto y el fin de la sociedad.

La nota a este precepto legal es sumamente esclarecedora y define el problema, ya que explica que, por ejemplo, en una sociedad constituida para construir y vender casas, el administrador está facultado para ello aun cuando no tenga un poder especial a tal efecto, con lo cual el codificador se aparta de lo dispuesto en el recordado artículo 1881, ya que éste exige poder especial para la celebración de contratos que tengan por objeto la transmisión de inmuebles.

El Proyecto es, en este aspecto, más breve y dice en su artículo 1665: "Se presume que la facultad de administración comprende la custodia y administración de los bienes comunes y la de realizar las operaciones comunes".

Aparte de la criticable terminología del artículo, que repite el término administración, se hace necesario determinar el significado de las otras expresiones utilizadas: custodia y operaciones comunes.

La primera equivale a la realización de actos de conservación del patrimonio societario, es decir, de todo lo que sólo tenga por fin el mantenimiento de su valor, la adopción de las medidas tendientes a salvaguardar los bienes materiales e inmateriales que lo integran.

La otra, operaciones comunes, está definida, como antes lo mencionamos, en el artículo 1654 como "*todo hecho o acto* realizado en ejecución del contrato de sociedad por quien se encuentre autorizado a hacerlo".

Lo primero puede ser asimilado a lo que resulta del objeto y fin sociales, es decir, puede ser interpretado en coincidencia con la solución actualmente vigente, pero la parte final plantea, precisamente, el problema que se trata de aclarar, ya que la determinación de las facultades del administrador implica la especificación de si está autorizado a realizar un acto o no.

En definitiva, la medida de las facultades de los administradores no aparece claramente definida y estimamos que



la pauta elegida por Vélez Sársfield en el artículo 1691, es decir, la consideración del objeto de la sociedad y la finalidad del acto realizado deberá ser utilizada por la jurisprudencia cuando no haya estipulaciones específicas sobre el tema en el contrato social.

De este modo se podrá determinar la calidad que revisten los actos realizados por los administradores y decidir en consecuencia. No puede ser la misma la solución en materia de actos ordinarios, extraordinarios y prohibidos.

Para los extraordinarios el Código requiere poderes especiales y para los prohibidos, así como para algunos que revisten importancia substancial, como el cambio del objeto social, impone la exigencia de la unanimidad de los socios <sup>39</sup>.

En el Proyecto, el artículo 1656 resuelve la cuestión sobre la base de las normas relativas a la representación y en el Capítulo I del Título IX, dedicado a esta institución, el artículo 1870 expresa que: "El acto ejecutado por el representante dentro de los límites de sus poderes produce efectos directos para el representado como si lo hubiera celebrado personalmente".

La solución es correcta, pero merece la observación relativa a la imprecisión que resulta, en los casos en que simplemente se designa administrador sin agregar mención alguna en cuanto a sus facultades.

Al no haber una determinación de cuáles deben ser considerados negocios ordinarios, extraordinarios y prohibidos, falta una base para establecer la amplitud de los poderes, con el consiguiente detrimento de la seguridad jurídica.

<sup>39</sup> Código Civil, art. 1672.

## IX

### LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

En materia de efectos, la sociedad plantea una situación más compleja que la que ordinariamente se presenta en el ámbito de otras figuras contractuales.

Esto se origina debido a la necesidad de ponderar no sólo las relaciones jurídicas nacidas entre los socios —partes contratantes o sucesores de aquéllas—, sino también en relación con la sociedad, si se la considera un sujeto de derechos, o la totalidad de los miembros, caracterizados como partícipes de una comunidad de intereses.

Del diferente criterio con que se enfoca esta cuestión, resultan, lógicamente, consecuencias dispares y precisamente eso sucede cuando se comparan los respectivos regímenes elaborados por el Código Civil y el Proyecto de Ley de Unificación.

En aquél, la personalidad de la sociedad es clave para el funcionamiento de las relaciones entre ella y los socios y terceros e influye también en las que vinculan a sus miembros entre sí y con los terceros.

En el Proyecto, el no reconocimiento de esa personalidad, salvo en algunos supuestos de características particulares, como lo señalan las notas explicativas a las que antes hicimos referencia, determina una situación totalmente diversa <sup>40</sup>.

Como es sabido, si el codificador clasificó acertadamente las relaciones que nacen de un contrato de sociedad, no registró igual acierto en lo atinente al contenido de cada una de las divisiones, lo cual motivó que se hiciera necesario estudiarlas con ajustes que favorecieran una disposición más adecuada de los preceptos y facilitaran su interpretación.

Por su parte, el Proyecto, al contrario del Código, que contiene una reglamentación frondosa de los efectos, es su-

<sup>40</sup> Nota explicativa 16.

mamente sintético, de acuerdo con la metodología concientemente elegida por sus autores.

Hemos creído necesario resumir en estas breves consideraciones el meollo de la comparación entre ambos textos, debido a que un análisis de detalle significaría dar a esta exposición una extensión desmesurada y totalmente fuera de lugar.

Como complemento de lo dicho, sólo hemos de referirnos a algunos pocos efectos, que estimamos substanciales.

En las relaciones entre la sociedad y los socios, tanto el Código como el Proyecto, consagran expresamente el derecho de control de estos últimos sobre las operaciones que se efectúen, aún cuando el primero las denomine sociales y el último comunes.

También ambos reconocen el derecho de la sociedad de excluir a un socio y el de éste a no ser excluido sin justa causa, pero el Código, en el artículo 1735, enuncia las causales de exclusión, cuya mención concluye con una frase elástica y comprensiva, mientras que el Proyecto, en el artículo 1679, dice que cualquier socio puede ser excluido por sentencia judicial, que deberá fundarse en causa grave, sin extenderse en la determinación de este calificativo.

Por el contrario, nada dice el último respecto al derecho de los socios de renunciar ni sobre las condiciones a que está sujeto el ejercicio de ese derecho, mientras que el Código lo consagra, distingue entre las sociedades de plazo determinado o indeterminado y exige que la renuncia no sea de mala fe ni intempestiva, además de definir estas dos situaciones.

En el tratamiento de las relaciones de los socios entre sí, el Código es detallista y consagra algunos derechos importantes, como el de asociar a un tercero en su parte social, obtener el reembolso de los gastos de conservación de bienes sociales que haya efectuado o el de dividir las deudas sociales que hubiese pagado íntegramente y también contempla obligaciones relevantes como la de contribuir proporcionalmente al pago de las deudas sociales, mientras que el Proyecto en su artículo 1675 sintetiza el tema al decir que: "Cada socio

tiene respecto de los demás las obligaciones de un fiduciario”, expresión imprecisa y, por cierto, mucho más escueta que las empleadas en el Código Suizo de las Obligaciones.

Frente a los terceros, el derecho principal de la sociedad consiste en percibir sus créditos y su obligación fundamental es la de pagar las deudas sociales. Tanto el uno como la otra están expresamente mencionados en el Código.

El Proyecto nada dice a este respecto, probablemente por la falta de reconocimiento general de la personalidad de las sociedades. No obstante, tampoco ha hecho salvedad alguna para el supuesto de esos entes a los que se alude en las notas explicativas cuyas características, la separación de patrimonios, etc., indicarían que deben ser sujetos de derecho.

El mismo fundamento explica que sea más pareja la regulación de las relaciones entre los socios y los terceros.

El Código reconoce a aquéllos, en este terreno, que tienen derecho a no ser perseguidos en sus bienes propios por deudas sociales sino por una parte alícuota igual a la de cada uno de sus consocios, a no ser obligados frente a terceros por un socio que obra a nombre de la sociedad, sino en cuanto éste actúe dentro de los límites de sus facultades y a no responder por obligaciones contraídas por otro socio a su nombre personal.

A su vez, les impone varios deberes: cumplir sus obligaciones frente a terceros sin que tenga influencia la existencia de la sociedad, responder frente a ellos por las deudas sociales con sus bienes cuando no alcanzaren los de aquélla, responder por sus deudas personales con las utilidades que les correspondan en ella y con la cuota eventual que les sea adjudicada en la liquidación de la entidad.

En síntesis, cumplir con sus compromisos de acuerdo con las obligaciones por ellos adquiridas, con los bienes que integran su patrimonio, sin que influya en ello la existencia de la sociedad y, además, cuando los bienes de ésta no alcancen a satisfacer las deudas sociales.

El Proyecto regula la situación de los socios frente a los terceros en varias disposiciones.

En primer lugar, conviene considerar lo dispuesto en los artículos 1655 y 1656. El primero se refiere al caso en que un socio contrata en nombre propio con un tercero y, en tal supuesto, determina que sólo él se convierte en acreedor o deudor del tercero.

El 1656 dice: “Cuando un socio trate con un tercero en nombre de la sociedad o de todos los socios, los otros socios no devienen acreedores o deudores del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación”.

Es decir, que el acto tendrá o no efectos para ellos según que el socio que trate con el tercero cuente o no con los poderes correspondientes.

De estas disposiciones y una que comentaremos a continuación, parece desprenderse que los socios no responden siempre por las deudas de la sociedad ni participan en los resultados de los negocios realizados, sino que el tema se resuelve exclusivamente sobre la base de las normas sobre representación.

La sociedad en sí misma aparece como una figura que —salvo en los casos en que tenga personalidad, conforme a lo dicho en las Notas Explicativas— no implica sino un esbozo de comunidad entre sus integrantes, quienes pueden tener situaciones dispares frente a los terceros.

Esto parece confirmado por lo dispuesto en el artículo 1660, que expresa que: “Un socio puede afianzar o de otra manera garantizar las obligaciones contraídas por otro en relación con operaciones comunes. . .” y agrega que sus responsabilidades “serán las propias de la fianza o del negocio realizado”.

Al no haber exigencias de forma ni publicidad, es evidente que la estructura de la sociedad y su actuación en relación con terceros puede plantear dificultades y afectar sus posibilidades de negociación.

Como antes vimos que la regla es que, si los socios nada dicen en el contrato social, cualquiera de ellos tiene facultades para administrar la sociedad, es evidente que los terceros deberán extremar las precauciones para evitar que sus derechos sean válidos únicamente contra socios insolventes

y no contra otros, con mayor solvencia, que aparezcan como integrantes de la comunidad.

Es inatacable, por el contrario, la norma —artículo 1657— que establece que los acreedores de un socio sólo pueden hacer valer sus derechos sobre el interés de su deudor en la sociedad, aunque no nos satisface la terminología empleada en la parte final del precepto.

En materia de pagos efectuados por terceros, también es correcta la solución contenida en el artículo 1661, que decide que ese pago tiene efectos liberatorios, salvo que el deudor supiera o hubiese podido saber con una diligencia normal que el socio a quien pagó carecía de facultades para recibir su prestación.

En síntesis, en el tema de los efectos de la sociedad, en los diversos planos de relaciones, hay modificaciones de magnitud originadas, en general, por la diferencia de tratamiento del tema de la personalidad de aquélla.

## X

### LA TERMINACIÓN DE LA SOCIEDAD

El último paso en la vida de la sociedad es su terminación y dentro de ella se presentan tres etapas sucesivas: la disolución, la liquidación y la partición. En las dos primeras, la entidad existe, mientras que la última se refiere solamente a la distribución de los bienes o deudas que hayan quedado como saldo de sus operaciones.

En materia de disolución, el Código Civil enuncia numerosas causales, varias de las cuales resultan de las aplicaciones de principios generales como el cumplimiento del plazo o de la condición.

De ahí que sólo algunas de las soluciones despertaran interés y merecieran algún comentario. Tal ocurre, por ejemplo, con la muerte o la incapacidad de algún socio.

Respecto a esta última, requiere la autorización judicial para que el representante legal del incapaz pueda adoptar

cualquier decisión respecto a la sociedad: continuar en ella, renunciar o exigir su disolución <sup>41</sup>.

En cuanto a la muerte, dispone que, en principio, no es causal de disolución salvo que se tratara de una sociedad de dos socios —único caso de disolución de pleno derecho—, que se hubiese producido el deceso del socio administrador nombrado en el contrato o del socio industrial o de algún otro de los miembros que revistiese importancia tal que, sin él, la sociedad no podría desarrollar íntegramente su actividad. En el momento en que se sancionó el Código, era una solución avanzada y elogiada <sup>42</sup>.

El Proyecto, coherente con su metodología, trata el tema en un solo artículo, donde menciona las siguientes causales: acuerdo entre todos los socios, transcurso del plazo convenido, ocurrencia de las condiciones establecidas para ello en el contrato social, muerte de un socio y sentencia judicial <sup>43</sup>.

La voluntad de los socios es innegable que puede disolver la sociedad así como la constituyó, el vencimiento del plazo resulta de la aplicación de una modalidad de más amplio campo, tal como sucede con la ocurrencia de los hechos pactados como condiciones que producirían la disolución, y la sentencia judicial no es en realidad, en sí misma, una causal de disolución, sino que, por su carácter declarativo, sólo define que hay una causa grave que determina la apertura del proceso de finalización de la existencia societaria.

En cuanto a la muerte de uno de los socios, debe estarse a lo previsto en el contrato <sup>44</sup>.

Esto es correcto, pero no resuelve el problema cuando no se han establecido estipulaciones referidas a esta situación. Buena es la concisión, pero no ha de llegar a un nivel que cree inseguridad.

Si por la ausencia de requisitos de forma pueden plantearse algunas complicaciones en el transcurso de la actuación de la sociedad, en situaciones como esta es fácil apre-

<sup>41</sup> Código Civil, art. 1770.

<sup>42</sup> Código Civil, arts. 1758 y 1759.

<sup>43</sup> Proyecto, art. 1678.

<sup>44</sup> Proyecto, art. 1678, 4.

ciar que esas complicaciones pueden ser realmente perjudiciales para los socios sobrevivientes y para los herederos del fallecido.

En lo atinente a la liquidación, el Código en el artículo 1777 remite al Código de Comercio, remisión que hoy se entiende efectuada a la ley 19.550, donde están incluidas las reglas pertinentes.

El Proyecto, por su parte, en la parte inicial del artículo 1680 dice: "Concluida la sociedad, se rendirán las cuentas y los socios se harán entre sí los pagos o distribuciones que correspondan. . .".

Estimamos que, ante lo escueto de la norma en cuestión, deberán aplicarse por analogía las recordadas reglas de la Ley de Sociedades Comerciales sobre la base de lo establecido en el artículo 16 del Proyecto.

Finalmente, para la partición de los bienes sociales, la parte final del mismo artículo 1680 dispone: "Si no se hubiese convenido o se conviniera el modo de distribuir los bienes excedentes de la liquidación, éstos serán distribuidos en igual proporción que las utilidades", es decir, conforme a lo establecido en el artículo 1662, por partes iguales.

Cabe discutir si es una solución realmente justa o si hubiese sido mejor mantener la distribución en proporción a los aportes, pero es evidente que las partes cuentan con la posibilidad de convenir en el contrato social lo que estimen más adecuado y que, si no lo han hecho, la regla elegida resuelve la cuestión de modo razonable y preciso y evita conflictos entre socios, con la consiguiente ventaja para ellos y para el gran valor de la seguridad jurídica.

En el capítulo correspondiente, el codificador había procurado resolver la cuestión con acierto indudable en algunos aspectos, como el tratamiento dado a los socios industriales y con otras soluciones menos logradas, como la omisión de toda consideración de los aportes de uso y goce en relación con los consistentes en la transmisión del dominio.

Es una cuestión en que los datos de hecho tienen gran influencia y donde pueden agregarse normas sin llegar a cubrir totalmente el espectro de dudas.



En este sentido, es más seguro el criterio de la división en partes iguales que la prevista en proporción a los aportes, a veces difíciles de comparar entre sí.

## XI

### CONCLUSIONES

En síntesis, de este estudio comparativo pueden extraerse algunas conclusiones.

El tratamiento de la sociedad en el Proyecto muestra diferencias substanciales en relación con lo dispuesto en el Código Civil.

Las diferencias comienzan desde el concepto mismo de la sociedad y la omisión de algunos requisitos substanciales, como el propósito de lucro y la división de las utilidades y las pérdidas y se mantienen a lo largo del régimen estructurado.

Un punto esencial consiste en la diversa solución elegida en materia de personalidad de las sociedades, que influye decisivamente en todo el sistema de normas y que, para nosotros, no constituye un acierto.

Parece también objetable la total ausencia de requisitos de forma y resulta más acertada la solución recomendada por las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que preveía la creación de un registro destinado a las sociedades civiles<sup>45</sup>, en el que sería factible inscribir a otras sociedades simples.

Resulta particularmente valiosa esta recomendación si se pondera que el Proyecto admite que haya socios que limitan su responsabilidad al monto de sus aportes, lo cual deberá poder ser conocido por quienes tratan con la sociedad.

Finalmente y en resumen, el Código es detallista —en ocasiones, en exceso— y el Proyecto, por el contrario, opta por una regulación sumamente elástica, la cual, en algunos

<sup>45</sup> Ver recomendaciones de las *Jornadas de Derecho Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, punto V del Despacho A, pág. 81.

aspectos, conspira contra la opción por soluciones definidas y no favorece la seguridad jurídica.

Por ello, y dada la importancia que en nuestra opinión revisten las sociedades civiles, creemos que sería positivo mantener la flexibilidad y elasticidad deseada por los autores del Proyecto en lo atinente a las sociedades simples y diferenciar, dentro de éstas, como especie particular, a la sociedad civil.

Ésta quedaría así tipificada y debería ser objeto de un régimen especial, más preciso, que le reconozca personalidad, determine sus elementos propios, establezca a su respecto algunos requisitos de forma y publicidad, trate el tema de los socios, sus herederos y cesionarios, elabore normas sobre administración de la entidad con la consideración de diversos supuestos, estructure una regulación sobre los efectos de la sociedad que contemple los aspectos principales de las diversas relaciones jurídicas que se originan y resuelva el tema de la finalización de la institución y la partición de sus bienes.

Esta propuesta se ajusta a lo recomendado por las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata y estimamos que significaría un avance valioso en nuestro derecho positivo en materia de sociedades.

LA DECLARACIÓN UNILATERAL  
DE VOLUNTAD  
COMO FUENTE DE OBLIGACIONES,  
EN EL PROYECTO DE REFORMAS  
AL CÓDIGO CIVIL

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Félix A. Trigo Represas*



# I

## INTRODUCCIÓN

El proyecto de reformas al Código Civil aprobado por la Honorable Cámara de Diputados el pasado 15 de julio de 1987, entre otras novedades agrega al Libro II una nueva "Sección Cuarta", que se intitula: "De otras fuentes de las obligaciones"; en ella, además de incluirse a la "gestión de negocios" —Título II—, que ya está contemplada en el C. Civil, se introducen dos nuevas fuentes: la declaración unilateral de voluntad —Título I— y el enriquecimiento sin causa —Título III—. El objetivo de este trabajo es el de ocuparnos solamente de la primera de ellas.

La consideración de la declaración unilateral de voluntad como una nueva fuente, autónoma, de las obligaciones, constituye en realidad un planteamiento de la doctrina moderna, a partir de la obra de dos juristas germanos de la segunda mitad del siglo XIX: Johannes Emil Küntze y Heinrich Siegel<sup>1</sup>. Pudiendo definirse apriorísticamente dicho instituto, diciendo que la declaración unilateral de voluntad consiste o se configura por el solo poder de la voluntad exclusiva del deudor para crearse obligaciones a su cargo, perfectamente válidas y exigibles antes de la concurrencia de la voluntad del acreedor, y cuyo apartamiento habrá de sig-

<sup>1</sup> JOSÉ MANUEL SARAVIDA, *Fuerza obligatoria de la declaración unilateral de voluntad*, en "Estudios de derecho civil" en homenaje a Damalicio Vélez Sarsfield, Córdoba, 1936, Univ. Nac. de Córdoba, ps. 404 y sig.; LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO, *La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones*, Bs. As., Ed. Jurídica Argentina, 1942, ps. 96 y sig.; EDUARDO B. BUSSO, *Código civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1949, t. III, p. 87, nota 160.

nificarle responsabilidad civil por los perjuicios así ocasionados.

De todas formas resulta oportuno destacar que el origen de esta teoría aparece como consecuencia de la ineficacia de la teoría clásica del contrato para explicar ciertas situaciones de derecho, en las cuales el concurso de voluntades, de existir, se manifestaba con poca claridad, o para sancionar algunos efectos jurídicos que el contrato no era idóneo para producir y que sin embargo se producían. Se trata, pues, más bien, como lo señalara Galli, de un recurso de técnica jurídica, destinado a suplir la insuficiencia del contrato, en su categoría de presupuesto capaz de justificar todos los efectos derivados de las relaciones jurídicas de origen voluntario<sup>2</sup>. En este sentido, se apunta corroborantemente en las "notas explicativas" del proyecto, que la categoría de obligaciones "que resultan de una declaración unilateral de voluntad" es necesaria "para incorporar sistemáticamente al derecho privado los llamados 'títulos valores'", y también "...para dar soluciones apropiadas a las cartas de crédito, documentos que emiten los bancos y en los que asumen una obligación *cuya eficacia vinculatoria antes de toda forma perceptible de aceptación, produce gran dificultad a los intérpretes y a la teoría de los contratos*"<sup>3</sup>.

## II

### DISCUSIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL

Es bien conocida la controversia doctrinaria existente sobre la admisibilidad de esta nueva fuente de las obligaciones.

<sup>2</sup> ENRIQUE V. GALLI, "Prólogo" a la ob. cit. de Boffi Boggero, p. 16. En similar sentido: ALFREDO COLMO, *Obligaciones en general*, 3ª ed., Bs. As., Kraft, 1944, ps. 37 y sig., nros. 45-46; HÉCTOR LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Ediar, 1947, t. II, p. 498, nº 1368; ALBERTO G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Bs. As., Depalma, 1974, t. I, p. 57 y ss., nº 46; RAMÓN MARÍA ROCCA SASTRE-JOSÉ PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, Madrid, ed. Rev. de Dcho. Privado, 1948, t. I, ps. 205 y ss.

<sup>3</sup> *Proyecto de Código Civil*. Nueva ed. según texto aprobado por la Ho-

Para quienes lo niegan, todo se reduce a obligaciones "ex-lege", sosteniéndose que es la ley siempre la que actúa en la génesis del vínculo obligacional, para reconocer y sancionar el resultado de un acto humano cuyo contenido y alcances ella misma fija <sup>4</sup>; o bien a estados "previos" a la obligación, proyectos emanados del proponente y que producen algunos efectos jurídicos durante el proceso de formación de las obligaciones, pero que no son en sí mismos tales y no pueden confundirse con éstas, por faltarles dos elementos sustanciales de todo vínculo: la existencia de un crédito y el sujeto activo <sup>5</sup>.

Pero además se han formulado objeciones prima facie razonables, en contra de la aceptación de esta nueva fuente, autónoma, de obligaciones. Así se ha dicho que para que nazca el vínculo obligatorio, no basta con la mera manifestación del deudor, sino que se requiere también la aceptación de la promesa por parte del acreedor; pues, si por la mera voluntad del deudor se pudiese crear un vínculo jurídico, de esta manera se posibilitaría la modificación no sólo de la situación patrimonial del propio deudor, sino asimismo la del acreedor, sin cuyo consenso se lo estaría convirtiendo en titular del crédito <sup>6</sup>. Ejemplificando desde un punto de vista

---

orable Cámara de Diputados de la Nación. Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 62, n° 2.

<sup>4</sup> ANTONIO SCIALOJA, *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonti de obbligazione*, en "Riv. de diritto Commerciale", Milán, 1904, 1ª parte, ps. 371 y sig., n° 3; GIOVANNI PACCHIONNI, *Delle obbligazioni in generale*, Padua, Cedam, 1941, t. I, ps. 271 y ss.; J. M. de CARVALHO SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado*, Río de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1938, t. XX, p. 12, n° 1.

<sup>5</sup> BUSSO, ob. cit., t. III, ps. 91 y sig., n° 196 y sig.; PEDRO N. CAZEAUX, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., La Plata, ed. Platense, 1987, t. I, p. 139, n° 85; JUAN ANTONIO BIBILONI, *Anteproyecto de reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Kraft, 1939, t. II, p. 178, nota al art. 1298; EDUARDO DATO, *Prólogo a la Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, de Jorge Giorgi, trad. esp., Madrid, 1909, ed. Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia, t. I, ps. XXVI y sgte.

<sup>6</sup> MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 5ème ed., París, 1909, Librairie générale de droit et de jurisprudence, t. II, p. 272, n° 832; BUSSO, ob. cit., t. III, p. 90, n° 187.

práctico, resultaría verbigracia un recurso muy simple para recusar a un juez, que el litigante lo constituyese por su sola voluntad unilateral en acreedor suyo, en un estatus semejante al ventilado en el juicio sometido a su conocimiento y decisión. No obstante, intentando soslayar ese óbice ya advertido, ha expresado Worms lo siguiente: “No puedo modificar la situación de otro por mi sola voluntad: sería avanzar sobre sus derechos. Pero debo poder, por mi sola voluntad, modificar mi propia situación, pues tengo derechos soberanos sobre mí mismo. Puedo, pues, por una declaración unilateral, obligarme hacia otro. Sin duda aquel respecto del cual pretendo obligarme no resultará mi acreedor si no lo quiere, ya que no puedo imponerle ni un derecho y su aceptación será siempre necesaria para que nazca el crédito en su favor. Pero, en cuanto a la deuda, ella es definitiva por la sola declaración que hago de mi voluntad. La aceptación del beneficiario, indispensable para el nacimiento del derecho de crédito, no es necesaria para la formación de la obligación”<sup>7</sup>. Vale decir, en suma, que se disocian dos aspectos de la relación obligatoria: la obligación o “debitum”, que puede existir pleno de eficacia por la sola voluntad del obligado; y el derecho de crédito, que en cambio *no nace o no se incorpora al patrimonio del acreedor*, sin el concurso de la voluntad del mismo. Por ello es que bien se ha podido decir que: “La declaración unilateral de voluntad importa establecer que la sola manifestación de voluntad del deudor, da nacimiento a la obligación y desde entonces produce efectos jurídicos, cualesquiera sea el tiempo ulterior en que el acreedor aparezca”, o se cumplimente el requisito del aprovechamiento de esos efectos por un acreedor; en cuyo momento se actualizará la realidad de tal declaración unilateral<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> RENÉ WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en Droit Romain et en Droit Français*, París, A. Girard, 1891, ps. 4 y sig.

<sup>8</sup> GALLI, *Prólogo*, cit. a la ob. cit. de Boffi Boggero, p. 17.



Desde otro punto de vista se ha objetado, igualmente, que la obligación derivada de una declaración unilateral de voluntad sería nula, por darse bajo una condición puramente potestativa del obligado, entre nosotros además vedada por el art. 542 del Código Civil. “Una voluntad unilateral —dicen Ripert y Boulanger— es manifiestamente impotente para crear por sí misma una relación obligatoria entre dos personas. *Si pudiera crearla, también podría destruirla y por lo tanto no habría obligación*”<sup>9</sup>. Pero a ello se ha replicado que, “en rigor, la voluntad del promitente que se reserva la facultad de revocación engendra dos fuerzas contrarias que no se anulan ni son simultáneas: la primera produce inmediatamente su efecto obligatorio plena y ampliamente, mientras que la segunda, la revocación, no ejerce acción actual y solamente se halla en reserva o latencia”<sup>10</sup>. Por otra parte, la misma circunstancia de que sea necesaria una revocación, es decir un acto de sentido inverso a la expresión obligatoria, para que la declaración unilateral de voluntad deje de producir sus efectos propios, está evidenciando que ella ínterin existe plenamente sin requerir la adhesión del acreedor. Acá sucedería algo similar a lo que ocurre con la renuncia de un derecho, cuya aceptación por el deudor beneficiario no hace a su existencia misma, sino a su irrevocabilidad, por cuanto deja fijados ya con carácter inalterable sus efectos; lo que no obsta a que mientras no medie aceptación de la renuncia, pese a que ésta existe, el renunciante pueda retractarla, creando un nuevo estatus jurídico: la cesación de aquélla y de las consecuencias que le son inherentes<sup>11</sup>.

Pero quizá lo más importante sea, como lo destaca Galli, que: “No se percibe por qué no debe admitirse que una persona pueda por sí sola crearse una obligación, si en ello sólo hay la expresión de libertad para disponer de sus bie-

<sup>9</sup> GEORGES RIPERT-JEAN BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, ed. “La Ley”, 1965, t. V, p. 213, n° 1175; BOFFI BOGGERO, ob. cit., p. 83.

<sup>10</sup> BOFFI BOGGERO, ob. cit., p. 84.

<sup>11</sup> RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1923, t. I, ps. 51 y ss., n° 18.

nes o abdicar de sus derechos, sobreentendido, dentro de los límites que demarcan las posibilidades de su actividad lícita. El sujeto jurídico vive en un medio social. La vida en sociedad supone buena fe, exige seriedad y comporta responsabilidad. *En procura de una finalidad lícita y socialmente útil, nada significa que sea una voluntad única la que concorra a darle nacimiento.* El derecho tiene el deber de reconocerla y de sancionarla”<sup>12</sup>. Todo lo cual es compartido por Salas, cuando afirma que: “es el examen de la conveniencia de la institución el que deberá determinar su admisión o rechazo. En otras palabras, debe ser la causa de la declaración la que decida el problema, es decir, si ella debe merecer tutela jurídica en vista de su función práctica y social, pues no basta una declaración de voluntad cualquiera para que ésta sea protegida, sino que es necesario que con ella se persiga la producción de un efecto socialmente útil”<sup>13</sup>.

Pero sin perjuicio de todo lo expuesto, no se puede dejar de coincidir con los hermanos Mazeaud en que, como la teoría de la declaración unilateral de voluntad requiere para la eficacia del compromiso la aceptación del acreedor, se está en definitiva *muy cerca del contrato*; “no existe ya entre los dos sistemas más que una sola diferencia, por otra parte importante: *cuando el acreedor acepta el beneficio de la promesa unilateral, su crédito se retrotrae al día del compromiso; mientras que un contrato no se perfecciona más que desde la aceptación, y no produce efecto sino para lo futuro*”<sup>14</sup>.

### III

## DERECHO COMPARADO

En la legislación comparada, ha sido en algunos países de latinoamérica donde por primera vez se consagró expre-

<sup>12</sup> GALLI, *Prólogo*, cit. a la ob. cit. de Boffi Boggero, p. 17. Véase: ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, ed. del autor, t. I, ps. 253 y ss., n° 84.

<sup>13</sup> ACDEEL ERNESTO SALAS, *Prólogo a La voluntad unilateral*, de Isidoro H. Goldenberg, La Plata, ed. Platense, 1975, p. 2.

<sup>14</sup> HENRI, LEON, JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, trad.

samente a la declaración unilateral de voluntad como nueva fuente de las obligaciones.

El Código Civil del Brasil, del año 1916, en su título VI del Libro III, bajo el acápite "De las obligaciones por declaración unilateral de voluntad", trata dos casos: los títulos al portador (arts. 1505 a 1511) y la promesa de recompensa (arts. 1512 a 1517). El Código Civil mejicano de 1928 para el distrito y territorios federales, legisla esta materia en la parte primera, título I, Capítulo II, del Libro IV, bajo el nombre: "De la declaración unilateral de voluntad"; tratando de: las ofertas al público indeterminadas (arts. 1860 y ss.); la promesa de recompensa (arts. 1866-67); la estipulación por otro (arts. 1868 a 1872); y las obligaciones a la orden o al portador (arts. 1873 a 1881). El Código Civil del Perú del año 1936, dedicaba a este tema un título especial de la Sección VI del Libro V: "De las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral"; cuya primer parte se refería a los títulos al portador y la segunda a la promesa de recompensa (arts. 1802 a 1822); y en el nuevo vigente del año 1984, dentro del Libro VII, dedicado a las "Fuentes de las obligaciones", la Sección V trata de la "Promesa unilateral", por la cual "el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona", aunque "para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa" (art. 1956), agregándose que "la promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes" (art. 1957), y que: "La persona en favor de la cual se hace por declaración unilateral una promesa de pago o un reconocimiento de deuda, queda dispensada de probar la relación fundamental, cuya existencia se presume" (art. 1958); luego de lo cual en los subsiguientes artículos se legisla sobre: las promesas públicas "a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto" (arts. 1959

---

Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1960, Parte II, t. I, ps. 400 y ss., n° 360.

a 1965), y los concursos públicos (arts. 1966/67). Por último es también similar el régimen del nuevo Código Civil del Paraguay, entrado en vigencia el primero de enero del corriente año 1987, el cual en su libro III —“De los contratos y otras fuentes de las obligaciones”—, se ocupa en su título IV “De las promesas unilaterales”; allí sienta en su art. 1800 el principio general de que: “La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por la ley”, ocupándose luego de: “la promesa de pago o el reconocimiento de una deuda”, que “exime a aquél a favor de quien se la otorgue de probar la relación fundamental”, la que se presume salvo prueba en contrario, a menos que por escrito se consigne “que la promesa” es “causa de la obligación” (art. 1801), y en los siguientes arts. 1802 a 1805 de las “promesas al público”, y de los “concursos públicos” en los arts. 1806 y 1807, en forma bastante parecida a la del vigente Código del Perú.

Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 se ocupa en el título IV de su libro IV de “las promesas unilaterales”, aunque entre ellas sólo contempla una única fuente obligacional: la promesa al público (art. 1989); pese a lo cual se hallan en el mismo otras promesas unilaterales de prestación, como lo son: los títulos de crédito (arts. 1992 y ss.) y la dotación de una fundación, en la cual los bienes quedan vinculados en espera del nacimiento del ente (arts. 600 y 786). No obstante debe señalarse que en el Código Civil italiano, la norma general en la materia es la de su art. 1987, que establece que: “La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por la ley”<sup>15</sup>. Finalmente, es muy similar el sistema del Código Civil de Portugal, sancionado el 25 de noviembre de 1966, el que se ocupa de los “negocios unilaterales” en la sección II del capítulo II —“Fuentes de las obligaciones”— de su libro II —“Derecho de las obligaciones”—; la directiva general la establece su art. 457: “La promesa unilateral de una prestación solamente obliga en los ca-

<sup>15</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1955, t. VI, p. 218, parágr. 164, nº 4.

sos previstos en la ley”, luego de lo cual se disciplinan como supuestos: la “promesa de cumplimiento y reconocimiento de deuda” (art. 458), la “promesa pública” (arts. 459 a 462), y los “concursos públicos” (art. 463).

#### IV

### EL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL

El Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, se ha enrolado en la tendencia preexpuesta de la legislación comparada, ya que su art. 2288 dispone: “Las declaraciones unilaterales de voluntad producen obligaciones jurídicamente exigibles cuando la ley o el uso les atribuyen esa aptitud. Las obligaciones resultantes son independientes de los negocios con los que puedan estar funcionalmente vinculadas”. Sin embargo cabe apuntar desde ya, que en ese texto no solamente se atribuye obligatoriedad a la declaración unilateral de voluntad cuando la ley así lo establece, sino también cuando se lo atribuye el “uso”; lo cual, sin duda, ha de relacionarse con lo establecido en el art. 17 del Código Civil, a su vez modificado por la ley 17.711, que asigna a “los usos y costumbres” la virtualidad de “crear derecho . . . en situaciones no regladas legalmente”, es decir en los casos de silencio de la ley, como así también con el propio proyectado art. 16, el cual pasaría a decir, que para la resolución de casos que no lo puedan ser ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta, entre otros elementos, “los usos y costumbres”; criterio éste que sin duda tiene que ver con la incorporación propiciada al Código Civil de principios del derecho comercial, el cual, por ser de origen prevalentemente consuetudinario, es sabido que acuerda a la costumbre y los usos un papel mucho más amplio que en materia civil, tal como se desprende de los arts. II y V del Título Preliminar del vigente Código de Comercio, que establecen que las costumbres mercantiles deben ser tenidas en cuenta para fijar los efectos y la interpretación de los contratos.

A continuación, en el Proyecto se mencionan concretamente como resultantes de la declaración unilateral de voluntad: a las obligaciones derivadas de los títulos valores y las de los bancos por cartas de crédito por ellos emitidas (art. 2289); a “las llamadas garantías de cumplimiento ‘a primer demanda’ o ‘a primer requerimiento’” (2290); y por último a las promesas al público (art. 2291).

## V

### LOS TÍTULOS VALORES

Según se señala en las “notas explicativas” del Proyecto, la nueva fuente obligacional constituida por la declaración unilateral de voluntad, fue “necesaria para incorporar sistemáticamente al derecho privado los llamados ‘títulos valores’”<sup>16</sup>; a los cuales se dedica después en particular, todo el Capítulo II del nuevo Título I de la Sección IV. Además, ya con anterioridad, en el nuevo art. 1438 del Proyecto, se prevé que: “La transmisión de títulos valores, y de todos aquellos para los que hubiera un régimen especial de transferencia, se rige por las reglas que le son propias”.

Digamos ante todo que los llamados “títulos valores” son los mismos a los que alude buena parte de la doctrina nacional y extranjera como “títulos de crédito”; existiendo además otras denominaciones igualmente usadas, tales como las de: “títulos circulatorios”, “instrumentos negociables”, “papeles de comercio” o “efectos de comercio”, etcétera.

El nombre “título valor”, sería una traducción más o menos literal de la expresión alemana “Wertpapiere” (papel de valor), introducida por Brunner, la cual ya ha sido utilizada con anterioridad en algunas normas de nuestro derecho positivo, como ser en la ley 17.811, sobre oferta pública de “títulos valores, bolsas o mercados de comercio y mercados de valores”; la ley 19.550 (T.O. por decreto 841/84) de sociedades comerciales, cuyo art. 226 dice: “Las nor-

<sup>16</sup> Proyecto de Código Civil, ob. cit., p. 62, nº 1.

mas sobre títulos valores se aplican en cuanto no son modificadas por esta ley”; o, en fin, la ley 20.643, precisamente sobre “títulos valores”.

Para quiénes prefieren la referida expresión de “título valor”, por sobre la de “título de crédito”, ello es así por cuanto aquélla resulta más comprensiva, ya que “no todos los títulos de valor son de contenido crediticio”; al punto que “los hay representativos de mercaderías en depósito y en viaje, como el *warrant*, la carta de porte, el conocimiento de embarque, y también societarios o corporativos —acciones de sociedades, debentures”—<sup>17</sup>. En tanto que para la tendencia opuesta, la denominación “títulos de crédito” es la más significativa que se puede adoptar, amén de que los mismos, desde el punto de vista patrimonial, contienen siempre para el sujeto activo un crédito, “sea que el objeto de la obligación cartácea resulte una prestación de dar o hacer, y desde la perspectiva del sujeto pasivo (o deudor), es una deuda, pues se trata de una actividad o conducta debida, que como tal, en el ámbito de las relaciones negociales, puede ser objeto de una valuación o estimación económica”<sup>18</sup>. Por lo demás, no es ocioso recordar que el ilustre Agustín Matienzo pensaba que la expresión título valor tal vez fuese más adecuada a los fines de la comprensión del tema, pero poco más adelante reconocía no estar muy convencido de que aquél término sustituyese al de “título de crédito” con mucha ventaja<sup>19</sup>. De todas maneras la cuestión es puramente terminológica, y quizá por eso no vale la pena seguir insistiendo en la misma.

Ello aclarado, en realidad es cierto que tales “títulos valores” o “títulos de crédito”, aparecen muy vinculados con la doctrina de la declaración volitiva obligatoria, ya que las formulaciones de Küntze y Siegel que recordáramos en el

<sup>17</sup> LUIS MUÑOZ, *Los títulos valores*, en “Rev. del Colegio de Abogados de La Plata”, julio-diciembre 1962, año V, nº 9, p. 173.

<sup>18</sup> OSVALDO R. GÓMEZ LEO, *Instituciones de derecho cambiario*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. I, p. 194, nº 5.

<sup>19</sup> AGUSTÍN MATIENZO, *Prólogo* a la obra de Mauricio Yadarola *Títulos de crédito*, Buenos Aires, TEA, 1961, p. XIV.

punto I de este trabajo, precisamente se relacionan con la naturaleza jurídica de dichos títulos.

Ahora bien, según la célebre definición de César Vivante, "el título de crédito es un documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él mencionado" <sup>20</sup>; concepción ésta que, palabra más o menos, se repite luego en otros distinguidos autores que se ocupan del tema, como Asquini, para quién el "título de crédito es un documento de un derecho literal destinado a la circulación e idóneo para conferir de una manera autónoma la titularidad del ejercicio del derecho al poseedor regular del documento" <sup>21</sup>; o nuestro Mauricio Yadarola, que lo defina como "el documento de un derecho literal y autónomo, cuya posesión es necesaria para el ejercicio de ese derecho" <sup>22</sup>, etc. Y, como bien se ha señalado, "es literal, porque existe según el tenor del documento; es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser destruido ni restringido por las relaciones habidas entre el emisor y los poseedores precedentes del último tenedor; y es un documento necesario porque, mientras existe el título, el acreedor debe exhibirlo para ejercer su derecho" <sup>23</sup>.

Todo ello, parece haber sido bien tenido en cuenta en el proyectado art. 2292, que dice: "Título valor es el documento que contiene una promesa incondicionada e irrevocable de una prestación y que otorga a cada nuevo titular un derecho autónomo a esa prestación. Tal documento es necesario para el ejercicio, transmisión y modificación del derecho que de él resulta. La extensión y modalidades del derecho se juzgarán conforme el tenor literal del documento. El poseedor de buena fe de un título valor que lo haya recibido conforme con su ley de circulación adquiere un derecho autónomo; es decir, que se considera como acreedor

<sup>20</sup> CÉSAR VIVANTE, *Tratado de derecho mercantil*, trad. esp., Madrid, ed. Reus, 1931/36, t. III, ps. 163 y ss., n° 953.

<sup>21</sup> ALBERTO ASQUINI, *I titoli di credito*, Padova, Cedam, 1939, p. 52.

<sup>22</sup> YADAROLA, ob. cit., p. 108.

<sup>23</sup> MARCOS SATANOWSKY, *Los títulos de crédito público al portador y la legislación comercial*, en *Estudios de derecho comercial*, Buenos Aires, TEA, 1950, t. II, p. 185, n° V.



originario frente a los obligados, le son inoponibles las defensas personales contra anteriores titulares, y no está expuesto a su reivindicación”; agregándose concordantemente en el art. 2293, que: “El deudor que paga a quien adquirió el título conforme con su ley de circulación queda liberado”. Por lo demás, todo lo transcripto resulta coincidente con las intenciones manifestadas por los redactores del Proyecto en sus “notas explicativas”, en donde se dice que “se ha evitado una definición apriorística de los títulos valores, por la imposibilidad de encerrar la esencia” de ellos “en forma precisa”, estableciéndose en cambio “sus caracteres típicos: la autonomía, la incorporación y la literalidad”<sup>24</sup>.

Más adelante, en los arts. 2299 y siguientes, se distinguen cuatro clases distintas de títulos valores, según sean: “al portador”, “a la orden”, “nominativos endosables” o “nominativos no endosables”, y una quinta constituida por los títulos representativos de mercaderías.

Respecto de los dos primeros, títulos “a la orden” y “al portador”, la doctrina alemana ya había sostenido que los mismos una vez lanzados al público y puestos en circulación, dan derecho al endosatario o al tenedor según el caso, para reclamar el pago del importe consignado o ventajas en ellos expresadas. No obstante lo cual existiría entre ambos una diferencia muy importante en lo que hace a su transmisión. El título a la orden, cuyo modelo es la letra de cambio, lleva escrito el nombre del acreedor; aunque el crédito se considera “a la orden” de la persona que el tomador indique, operándose el traspaso de un titular a otro por el simple endoso, por lo que, bien se ha dicho, “las sucesivas transmisiones dejan huella en el título”. En tanto los documentos al portador son títulos de crédito en los cuales si bien figura la persona del deudor, no se indica en cambio la del acreedor, y éste resultará ser quien posea el instrumento y lo presente para su cobro al tiempo de su exigibilidad; razón por la cual estos títulos se transmiten por simple tradición manual, y sin que los sucesivos traspasos dejen en él huella

<sup>24</sup> Proyecto de Código Civil, ob. cit., p. 63, nº 1.

alguna<sup>25</sup>. Todo lo cual ya había hecho decir a Boffi Boggero, que si en los títulos a la orden se aplica con precisión la doctrina de la declaración unilateral de voluntad, la misma encaja aún con mayor precisión respecto de los títulos al portador<sup>26</sup>.

Aunque nuestro Código Civil en la actualidad contiene sólo pocas disposiciones sobre el tema, el que por el contrario sí se halla tratado in extenso en el Código de Comercio y su legislación complementaria o modificatoria, de todas maneras lo cierto es que se alude a tales títulos en: el art. 2390 —que el Proyecto propicia derogar—, cuya parte final reza: “La tradición de acciones endosables, se juzgará hecha por sólo el endoso, sin ser necesaria la notificación al deudor. Las acciones al portador se juzgarán transmitidas por la sola tradición efectiva de los títulos”; el art. 1438 —que se modifica en el Proyecto—, que excluye de las normas sobre cesión de créditos a “las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador, ni a acciones y derechos que en su constitución tengan designado un modo especial de transferencia”; y, por último, el final del art. 1455 —derogado en el Proyecto—, que prevé que “los títulos al portador... pueden ser cedidos por la tradición de ellos”. Sin embargo, a despecho de las derogaciones y modificaciones proyectadas, las nuevas normativas que se propugnan resultan coincidentes con esa tendencia; así el art. 2299 dice: “Son títulos al portador los que se transmiten por su mera entrega. Su adquirente está legitimado por la sola presentación del título. No se puede crear títulos al portador que contengan una obligación de pagar una suma de dinero, fuera de los casos expresamente previstos por la ley”; y el art. 2300, primer párrafo dispone: “Son títulos a la orden los creados a nombre de persona determinada y que se transmiten por endoso”.

Los títulos valores nominativos son los que se libran en favor de determinada persona, y cuya emisión, como así tam-

<sup>25</sup> ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, s/f., t. 2, vol. I, ps. 76 y sig., parágr. 72.

<sup>26</sup> BOFFI BOGGERO, ob. cit., p. 192, n° IV.

bién sus sucesivas transmisiones deben ser inscriptas en los Registros del emisor o librador<sup>26 bis</sup>. Aunque su inclusión entre los títulos de crédito dio lugar a conocidas controversias doctrinarias, hoy en general se los acepta como tales con apoyo en las razones expuestas principalmente por Vivante: "La inclusión de los títulos nominativos en la extensa categoría de los títulos de crédito puede parecer a primera vista, inconciliable con la formalidad de la inscripción en los registros del deudor. Podría objetarse que si es necesaria la inscripción, no es ya el título el que atribuye y trasmite el crédito, sino la inscripción... Pero hay una respuesta decisiva: la institución que registra en sus libros al nuevo titular no realiza un acto de voluntad que pueda o no efectuar, sino que cumple con la obligación originariamente contraída de registrar toda trasferencia ante la simple petición del titular; verifica un acto material de ejecución, al cual puede ser compelido por la autoridad judicial... El que niegue al título nominativo carácter de título de crédito, porque es necesaria, para su trasmisión legítima, la cooperación del deudor, comete el error de buscar en todos los títulos de crédito los caracteres del título al portador que circula sin cooperación alguna y sin conocimiento del deudor, y debería negar carácter de título de crédito a los títulos a la orden que no pueden circular sin la cooperación del deudor inmediato, sea tomador o endosante... Se incurre en el error, en esta materia, de generalizar la doctrina de los títulos al portador; éstos, entre los títulos de crédito, tienen la especial virtud de ser no sólo necesarios sino también suficientes para ejercitar y para trasferir el crédito. Pero esta aptitud ulterior no es una exigencia lógica para todos los títulos de crédito; no lo es tampoco para los títulos a la orden que forman una categoría inmediata, admirablemente adecuada para mantener unidas las dos categorías extremas de los títulos al portador y los nominativos; tampoco basta la posesión del título para atribuir el derecho, como no basta para los títulos nominativos: tal posesión debe ser calificada por una serie continua de endosos, como la de los últimos por

<sup>26 bis</sup> LEO GÓMEZ, ob. cit., t. I, p. 153, nº 3.1; MESSINEO, ob. cit., t. VI, p. 267, nº 18.

una inscripción correlativa de los registros del deudor. Son frenos que la circulación se pone a sí misma para impedir abusos; son diferencias de grado, no de sustancia”<sup>27</sup>.

Encuadrado pues en esta tendencia, el Proyecto ha contemplado los “títulos nominativos endosables”, creados a favor de una persona determinada, “que son trasmisibles por endoso”, pero requieren, para tener efectos respecto del emisor, su inscripción en el Registro llevado por éste, lo cual por otra parte puede ser exigido por el propio “endosatario que exhiba una serie ininterrumpida de endosos” (art. 2301); como así también “los títulos nominativos no endosables. . . cuya transmisión tiene efecto al inscribirse en el Registro” (art. 2302). Su diferente régimen se advierte además, especialmente, en lo que hace a las medidas precautorias, secuestros, gravámenes u otras afectaciones; las que no tendrán efecto si no se llevan a cabo “sobre el mismo título” en los casos de los papeles nominativos endosables (al igual que en los al portador o a la orden), y sólo por su inscripción en el registro respectivo “en el caso de los nominativos no endosables” (art. 2295 del Proyecto).

Por último, los títulos representativos de mercaderías, son los que “atribuyen al legitimado el derecho a la entrega de la cosa en ellos indicada, la posesión de las mismas, y el poder de disponer de ellas mediante transferencia del título” (art. 2304).

El régimen de los títulos valores se completa en el “Anexo II” del Proyecto, sobre “Reformas a la legislación complementaria”, con la modificación del Título IV de la ley 20.643 sobre “títulos valores”, en el cual se pasa a legislar sobre la “sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros”, en forma que recuerda a lo establecido en los arts. 89 y siguientes del Decreto-ley 5965/63. Y ello es muy importante para determinar la inaplicabilidad, con relación a los títulos valores, del segundo párrafo del proyectado art. 1015 —“irresponsabilidad frente a terceros, aun de buena fe, por el firmante de un documento en blanco luego sustraído”—.

<sup>27</sup> VIVANTE, ob. cit., t. III, ps. 180 y ss.

## VI

### LAS CARTAS DE CRÉDITO

El mismo ya citado art. 2289 del Proyecto establece que también “resultan de una declaración unilateral de voluntad... las de los bancos por cartas de crédito por ellos emitidas”.

Las cartas de crédito están actualmente legisladas en el Capítulo II del Título V del Libro II del Código de Comercio, en un conjunto de normas —los arts. 484 a 491—, que sin embargo desaparecerían al derogarse el Código mercantil, de ser sancionado como ley el proyecto que nos ocupa. Y es bueno destacar que ya con relación a ese régimen vigente se ha señalado que: “con raras excepciones el dador y el destinatario de las cartas de crédito *es un banco*, que actúa por sus propias sucursales o agencias, o por intermedio de otros bancos, percibiendo por estos servicios una comisión o interés”<sup>28</sup>.

En cuanto, propiamente, a la carta orden financiera o bancaria, la misma constituye —al decir de Luis Muñoz—, un negocio jurídico financiero “en virtud del cual, el dador de la carta documenta en ella su declaración unilateral de contenido volitivo, invitando a pagar al destinatario, para que éste ponga a disposición del tomador o tomadores de la carta o beneficiarios, una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas de dinero, pero comprendidas en un máximo cuyo límite establece o señala el mismo documento”. “Sin duda —continúa luego dicho autor—, la declaración de contenido volitivo del dador lo vincula con el destinatario cuando éste hace honor a la carta, de tal suerte que la declaración unilateral de contenido volitivo es negocio jurídico financiero y fuente (causa fuente) de obligaciones. Queremos significar con lo que dejamos dicho, que en el momento genético del negocio financiero, carta orden de

<sup>28</sup> CARLOS JUAN ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados*, Buenos Aires, Depalma, 1961, t. II, p. 334, n° 1613.

crédito, sólo interviene una parte negocial, el dador, creador de la carta, y que no son partes ni el tomador o beneficiario, ni el destinatario, por lo que la carta orden financiera es un negocio jurídico unilateral abstracto”<sup>29</sup>.

Siendo ello así, aparece también perfectamente justificada la inclusión de tales “cartas de crédito”, dentro de la nueva fuente obligacional implicada por la declaración unilateral de voluntad; ya que, como bien se precisa en las “notas explicativas” del proyecto, tales “documentos que emiten los bancos y en los que asumen una obligación cuya eficacia vinculatoria antes de toda forma perceptible de aceptación, produce gran dificultad a los intérpretes y a la teoría de los contratos”<sup>30</sup>.

## VII

### LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO “A PRIMER DEMANDA O REQUERIMIENTO”

Conforme al art. 2290 del Proyecto: “Constituyen una declaración unilateral de voluntad en el sentido de este Título las llamadas garantías de cumplimiento ‘a primer demanda’, ‘a primer requerimiento’ y aquellas en que de cualquier manera se pacte que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas independientemente de las excepciones o defensas que éste pudiera tener, aunque mantenga el derecho de repetir del beneficiario después del pago”. Y dicha perceptiva guarda concordancia con el texto del proyectado art. 1992, que a su vez establece: “Si la obligación principal no tuviera por objeto dar sumas de dinero, el fiador sólo está obligado a satisfacer los daños e intereses que resulten de su inejecución”.

En las “notas explicativas” se lee con relación a esas figuras, que también “la declaración unilateral de voluntad cubre adecuadamente, . . . los casos de las llamadas garan-

<sup>29</sup> LUIS MUÑOZ, *Contratos y negocios jurídicos financieros*, Buenos Aires, ed. Universidad, 1981, t. II, ps. 721 y ss., n° 288.

<sup>30</sup> *Proyecto de Código Civil*, cit., p. 62, n° 2.

tías 'a primer demanda' o a 'primer requerimiento', por las que alguien, generalmente una compañía de seguros o de cauciones, garantiza el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes de una relación contractual, y se compromete a pagar a la otra una suma de dinero sólo contra la manifestación escrita de ésta de que la primera ha incumplido sus obligaciones, sin perjuicio del derecho del garante, o del garantizado, de repetir si la manifestación era infundada o había causas de excusación" <sup>31</sup>.

Ahora bien, aunque de lo precedentemente expuesto resulta que estas garantías se dan generalmente por compañías de seguro, y, agregamos, habitualmente por medio de los denominados "seguros de caución", existe en general consenso en la doctrina, de que se trata más bien de un contrato de garantía que no de uno de seguro <sup>32</sup>; sosteniendo incluso algunos que constituye una actividad más propia del campo bancario que del asegurador. Se trata pues, en definitiva, de una forma de fianza, por cuanto se garantiza el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes de un negocio jurídico, sólo para el supuesto de incumplimiento de aquéllas por la misma; por lo que bien puede afirmarse que lo asumido es una deuda futura que anticipadamente toma la entidad que cauciona, por el monto por el que otorga la garantía y durante el plazo pactado, sin ningún desembolso de capital de su parte, lo que sólo hará si debe llevar a cabo su prestación dando cumplimiento a esa garantía <sup>33</sup>. Y, si el asegurador debe satisfacer el requerimiento del acreedor a su solo pedido o reclamo, en puridad no habrá de indemnizar un daño, sino simplemente pagar en lugar del deudor principal; o sea que su situación resultará ser, poco más o menos, la de un deudor solidario <sup>34</sup>.

<sup>31</sup> *Proyecto de Código Civil*, cit., p. 62, n° 3.

<sup>32</sup> EDUARDO J. M. GROSSO, *El seguro de caución*, en "El Derecho", v. 35, p. 841, n° V y autores citados en nota 11; OSCAR GARCÍA DURÁN, *Voz "Seguro"*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice I, Buenos Aires, ed. Analo S.A., 1974, p. 687, n° 4.

<sup>33</sup> MUÑOZ, *Contratos y negocios jurídicos financieros*, cit., t. II, p. 708, n° 279.

<sup>34</sup> GROSSO, ob. cit., en "El Derecho", v. 35, p. 841, n° V; GARCÍA DURÁN, ob. cit., en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Apéndice I, p. 688, n° 5.

Pero todo lo dicho sin embargo no desvirtúa la viabilidad de la inclusión de tales garantías dentro de la declaración unilateral de voluntad, máxime si se tiene presente que el vigente art. 1987 de nuestro Código Civil prevé que la fianza puede constituirse "*como acto unilateral antes de ser aceptada por el acreedor*", como así que en sus artículos 1988 a 1990 se admite que la misma puede ser dada en seguridad de una obligación futura; siendo esto último también reiterado en el proyecto de reformas, implícitamente en su art. 1987: "Toda obligación puede ser afianzada", y explícitamente en su art. 2010: "Si la fianza comprende obligaciones futuras...", etc.

## VIII

### LAS PROMESAS AL PÚBLICO

Finalmente, el postrer artículo —el 2291— del Capítulo I de "Disposiciones generales", en lo atinente a la declaración unilateral de voluntad, se ocupa de la "promesa al público" en los siguientes términos: "El que promete al público una prestación a favor de quien cumpla determinados requisitos queda obligado por su promesa desde el momento en que la hace pública. Si la promesa es hecha sin plazo y éste no resulta de su naturaleza o finalidad, la obligación se extingue si en el término de un año no fue comunicado el acaecimiento de la condición. La promesa puede ser revocada por justa causa antes de cumplida la condición, la revocación debe hacerse pública por medios similares a los usados para hacerla conocer".

Ya Busso había destacado entre nosotros la enorme importancia y utilidad que había ido adquiriendo esta figura, al adaptarse a los nuevos modos de vida social; "su divulgación —decía— se justifica plenamente, por cuanto constituye un modo de concitar la cooperación de grandes masas de población en cuanto a la realización de determinados resultados. En ese sentido es un instituto de colaboración y de



solidaridad. Permite un mejor aprovechamiento de las fuerzas sociales, y ello abona su utilidad intrínseca: excita el interés de los aspirantes al premio y los induce a aplicar su actividad a la realización del hecho premiado. Su utilidad es muy apreciable cuando se la pone al servicio de directivas de interés general”<sup>35</sup>. De ahí que exista un verdadero interés social en asegurar que no se defraude esa confianza, mediante la incausada revocación de la promesa o la alteración de su contenido, lo que sin duda importaría legitimar una inmoralidad<sup>36</sup>. A ello apunta, entendemos, el texto del proyectado art. 2291 transcripto supra, el cual, al encausar la cuestión en los lineamientos de la declaración unilateral de voluntad, “afirma la eficacia de constituir en responsable a un sujeto por obra de su propia voluntad y sin necesidad de aceptación de la promesa emitida”<sup>37</sup>.

Es sabido que en nuestro Código Civil la promesa de recompensa ha sido considerada sólo en forma incidental, al tratarse de las cosas perdidas en el capítulo dedicado a la apropiación como uno de los modos de adquirir el derecho real de dominio —Capítulo I del Título V, del Libro III—; estableciéndose en la parte final de su art. 2536 que: “Si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el que la halló puede elegir entre el premio del hallazgo que el juez regulase, y la recompensa ofrecida”, precepto éste en el cual se instituye realmente una obligación que tiene su origen en una declaración unilateral de voluntad del propietario de la cosa extraviada. Esta normativa y las que la preceden a contar del art. 2532, no son alcanzadas por la reforma en Proyecto; por lo que, de ser sancionada la misma, de ahí en más el supuesto de la promesa de recompensa al hallador de una cosa perdida, aunque con su específica regulación vigente sin modificaciones, podrá ser considerada sin embargo como un supuesto especial o concreto subsumible en la normativa general sobre “promesas al público” del aludido art. 2291 del Proyecto.

<sup>35</sup> BUSSO, ob. cit., t. III, p. 93, nº 212.

<sup>36</sup> GOLDENBERG, ob. cit., p. 71 y ss.; BOFFI BOGGERO, ob. cit., p. 145.

<sup>37</sup> GOLDENBERG, ob. cit., p. 71.

## IX

### LA OMISIÓN DE LA PROMESA DE FUNDACIÓN

En la promesa de fundación, una persona por actos entre vivos o disposición de última voluntad, afecta bienes de su propiedad a un destino especial de interés y utilidad colectivos. La voluntad del fundador crea pues un derecho, y simultáneamente aporta al sujeto jurídico, el ente ideal "fundación", que se encontrará inmediatamente investido de ese derecho; o sea, como bien se ha dicho, que a un mismo tiempo crea la persona moral y se convierte en deudor suyo<sup>38</sup>.

Lo dicho se advierte bien claramente en nuestro Código Civil, en el cual las fundaciones se pueden instituir sea por donación o por testamento. El primer supuesto está contemplado en el art. 1806, que luego de sentar como principio general que no puede hacerse donación a persona que no exista civil o naturalmente, agrega que: "Puede, sin embargo, hacerse a corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando se hiciere con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización". Al segundo se refiere el art. 3.735, que dice: "Pueden, sin embargo, recibir por testamento las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les defiere o el legado que se haga, sea con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización". Y como un corolario común, el art. 47 establece que: "En los casos en que la autorización legal de los establecimientos fuese posterior a su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica, con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación".

Se dirá que la donación es un contrato que requiere la aceptación del donatario para producir sus efectos legales, pues hasta entonces el donante puede revocarla expresa o

<sup>38</sup> BOFFI BOGGERO, ob. cit., ps. 150 y ss.; GOLDENBERG, ob. cit., p. 101; COLMO, ob. cit., p. 34, n° 38; LUIS MARÍA REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1961, t. II, p. 1226; LUIS JOSSE-RAND, *Derecho civil*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ejea, 1950, t. 2, vol. I, p. 281, n° 401.

tácitamente (arts. 1792 y 1793); y que algo parecido sucede también en materia testamentaria, en donde la disposición caduca "si aquel en cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador" (art. 3743), y en donde además se requiere la aceptación del heredero instituido (arts. 3311 y ss., 3358 y concordantes), o del legatario (arts. 3804 y ss.). Pero lo cierto es que en las hipótesis de los arts. 1806 y 3735 del C. Civil no aparece ninguna otra voluntad, ni ninguna otra persona existente civil o naturalmente, frente al donante o testador; por lo cual resulta forzoso concluir en que la única voluntad esencial y vivificante es la de este último.

Algún autor ha pretendido que en estos casos el destinatario de la promesa de fundación es el Estado, con cuya aceptación se perfeccionaría una suerte de estipulación a favor de tercero: la "fundación" <sup>39</sup>. Pero evidentemente la función estatal es muy otra, ya que en la emergencia interviene mediante un acto de imperio y en el área del Derecho público, limitándose a acordar la pertinente autorización, con aprobación de los estatutos, que signa el comienzo de la existencia de la fundación en su carácter de persona jurídica privada (arts. 33, 45, 47 y concordantes del C. Civil) <sup>40</sup>. Pero la fundación en sí es perfecta y válida como negocio jurídico, desde el momento de la emisión de la voluntad del fundador, y no se perjudica por su pérdida de capacidad o fallecimiento, ni podría ser retractada por el mismo, antes de la aprobación estatal <sup>41</sup>.

Por todo lo cual cabe afirmar que es la sola voluntad unilateral del promitente, la que lo "liga" o "ata" para con la "fundación", que es asimismo creada por esa manifestación de voluntad.

<sup>39</sup> RANDOLPHE ELÍAS, *La nature juridique des titres à l'ordre et au porteur*, ps. 140 y ss., cit. por Boffi Boggero, ob. cit., ps. 149 y sgte.

<sup>40</sup> BOFFI BOGGERO, ob. cit., ps. 149 y sgte. y 158 y sgte.

<sup>41</sup> COLMO, ob. cit., p. 34, n<sup>o</sup> 38; GOLDENBERG, ob. cit., ps. 165 y sig. BOFFI BOGGERO, ob. cit., ps. 153 y ss.; REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 1226; LAFAILLE, ob. cit., t. II, p. 502, núms. 1369-73; RAYMOND SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 1914, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, ps. 151 y ss., n<sup>o</sup> 144; LEÓN MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1906, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, t. I, ps. 182 y sig., n<sup>o</sup> 76.

Ahora bien, la promesa de fundación no ha sido incluida en el Proyecto de reformas, entre los casos de declaración unilateral de voluntad; pero como tampoco se tocan en ella ninguna de las preceptivas antes mencionadas, que se ocupan del tema en nuestra legislación civil, entendemos que a la luz de las mismas, que continuarán vigentes, se podrá seguir sosteniendo lo anteriormente expuesto: que es la exclusiva voluntad unilateral del fundador, la que crea al ente "fundación" y lo obliga para con éste a la prestación comprometida.

EL RÉGIMEN CONCURSAL EN LA  
UNIFICACIÓN LEGISLATIVA CIVIL  
Y COMERCIAL

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Héctor Cámara*



## 1. — *Introducción.*

Como se ha anunciado, me referiré al “régimen concursal” en la ley unificatoria de la legislación civil y comercial, que acaba de lograr media sanción en el Parlamento nacional, pero antes de su examen formulo algunas observaciones que considero de interés al estatuto proyectado.

### 1.1. — *Descodificación del derecho privado.*

Las “notas explicativas” que acompañan esta iniciativa, en algunos casos de excesiva parquedad, señalan con buen criterio: “la tendencia anticodificadora de las últimas décadas, con la proliferación de denominaciones, legislaciones especiales y ‘autonomías’, respondió a diversas causas, pero la tarea actual, y la de los próximos tiempos, consiste en incorporar ‘sistemáticamente’ al tronco del derecho privado cuanto pueda haber de realmente novedoso en los nombres nuevos. La Reforma trata de ajustarse a estas ideas tanto como la prudencia y otras consideraciones particulares señalaron aconsejable”.

La idea propuesta por la Comisión es plausible, ya que la tendencia actual a la “descodificación”, aunque generalizada por razones prácticas resulta censurable, como se puso de relieve hace poco tiempo en un Congreso internacional celebrado en Caracas donde se abordó este tema, que noticia Sacco en un trabajo publicado en la “Rivista de diritto civile” del año 1981, intitulado *La codificación, ¿sistema superado de legislar?*

Sin embargo, tal pensamiento no se plasma en la realidad desde que conforme a las nuevas directivas, tendremos dos Anexos: el primero, conteniendo el Código Civil —cuyo texto es reducido, no obstante algunos agregados—, complementado por numerosísimas leyes que casi llegan a un tercio de su articulado; y el segundo, donde corren separadamente todas las leyes extraídas del Código de Comercio, y otras, como veremos, que nunca estuvieron dentro de ese cuerpo legal, que en definitiva llegan a dos mil artículos aproximadamente.

Como se advierte sin dificultad, en definitiva, la legislación propuesta no se ajusta al propósito perseguido por la Comisión, llegando a la “descodificación” del derecho privado argentino.

## 1.2. — *El método adoptado.*

La *Introducción* de las “notas explicativas” señala el método adoptado por la Comisión, que según el diputado Camisar fue propuesto por el Dr. Le Pera, que consiste en:

1. — Independizar del Código de Comercio la legislación que le estaba incorporada.
2. — Modificar el Código Civil de modo que supla la derogación del Código de Comercio y modernizar algunos de sus contenidos.
3. — Modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación.
4. — Derogar el Código de Comercio.

Este es el plan propuesto, que no ha sido ejecutado exactamente por la Comisión, como veremos, y por otra parte, no armoniza con el objetivo que destacara el miembro informante de la Honorable Cámara de Diputados cuando se resolvió la constitución de aquélla: “Debemos esperar que su trabajo permitirá a la Argentina entrar al siglo que se



avecina con una legislación moderna, desprendida de las cargas feudales que aún contiene”.

Vale decir, postulaba una legislación de avanzada en forma integral —no parcial—, para atender el desafío del siglo XXI.

Analizamos los cuatro puntos basilares del nuevo sistema.

### 1.2.1. — *Independizar del Código de Comercio la legislación que le estaba incorporada.*

En primer lugar extraen del Código Mercantil la legislación que sucesivamente, atendiendo a su carácter dinámico, se fue incluyendo o modificando.

Es exacto que llevaron al Anexo II muchas leyes que estaban en el Código de Comercio —vg. ley de sociedades comerciales, de seguros, letra de cambio y vale o pagaré, factura conformada, etc.—, para lo cual no se siguió un solo criterio: las leyes incluidas en el cuerpo legal figuraron en el mismo orden, en tanto para las demás —que corrían aparte— se tuvo en cuenta las fechas de sanción, es decir, cronológicamente. No atisbamos la razón para esa disparidad.

Empero, lo más importante es que no menciona el Anexo II leyes incorporadas al Código de Comercio, ya sea explícitamente —vg. ley 14.546, régimen de los viajantes de comercio y de la industria, cuyo artículo 17 lo incorpora al Código de Comercio; la reglamentación de la profesión de despachantes de aduana, ley 17.325, cuyo artículo 1º los declara agentes auxiliares del comercio, sujetos a las normas pertinentes de la legislación mercantil; etc.—, o implícitamente por tratar la “materia comercial”, como la ley 11.867 sobre transferencia de casas de comercio, establecimientos industriales, etc. y las leyes que reglan sus elementos, como la 111 de “patentes de invención”, la 22.362 de “marcas y designaciones”, etc.

¿Qué suerte corren estas leyes de sancionarse la tentativa legal?

Conforme al artículo 4º del Proyecto sancionado quedan derogadas, ya que de las leyes incorporadas al Código de Comercio sólo mantienen vigencia las mencionadas en el Anexo II, que omite las referidas, solución que no resiste al análisis.

Hay otras leyes que se refieren al campo mercantil, como la 17.811 sobre “Bolsas y Mercados” —arts. 22 y sgtes.—, “Agentes de Bolsa” —arts. 39 y sgtes.—, que como señala la Exposición de Motivos, “sustituye el actual Título III del Libro I del Código de Comercio”, que corren igual situación.

Sin embargo, incluye la ley 9644 llamada de “prenda agraria”, que estuvo en el Código de Comercio, a pesar de la crítica de la doctrina, que consideró que constituía un medio de garantía real para agricultores y ganaderos, extraños a la órbita del *ius mercatorum* patrio.

Dicha legislación, luego de varios proyectos, fue dejada sin efecto por decreto-ley 15.349/46 —luego ley 12.962—, denominado de “prenda con registro”, que si bien no la derogó explícitamente, lo hizo tácitamente, al contemplar todos los temas tratados por la primera con mayor amplitud aún, como señalan Malagarriga y otros.

Lo más original es que la última —prenda con registro—, importante fuente de crédito que compromete sumas insospechadas, a pesar de que el artículo 48 la anexó al Código Civil, por imperio de los editores de los Códigos, o inercia, siguió figurando en el Código de Comercio, lo que plantea el problema de su futuro: no corre entre las leyes complementarias del Código Civil ni tampoco en el Anexo II del nuevo ordenamiento.

En síntesis, dicho Anexo menciona una ley derogada hace casi medio siglo y no tiene referencia alguna a la prenda con registro.

Aun más, cita entre las leyes independizadas del Código de Comercio la 20.643 de carácter netamente fiscal, como que se intitula “impuesto a las ganancias” —donde indebidamente agrega como Título IV “De la sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros”, ignora-

dos en el proyecto primitivo— y la 20.744 —“contrato de trabajo”—, que nunca puede figurar dentro del “derecho privado”, por los diversos principios que la informan, sobre la cual no es menester insistir.

También cabe destacar que hace mención de la ley de navegación 20.094, que si bien por tradición nuestros codificadores encuadraron en el Código de Comercio, nadie niega en la actualidad que la navegación marítima como la aérea rebasa el derecho privado. No es concebible que en el siglo XXI tengamos la ley de navegación en el cuerpo de derecho privado.

Como vemos, no ha sido muy afortunada la tarea de la Comisión en su primera proposición.

### 1.2.2. — *Modificar el Código Civil de modo que supla la derogación del Código de Comercio, y modernizar algunos de sus contenidos.*

El tema abarca dos cuestiones, que trataremos separadamente: a) las normas del Código Civil que suplan la derogación del Código de Comercio; b) la modernización de algunos de sus contenidos.

En primer lugar, se han traído al Código Civil algunos de los remanentes del Código Mercantil, para reemplazar a éste que es derogado: vg., contrato de cuenta corriente mercantil —arts. 1928 y sgtes.—, cuenta corriente bancaria —arts. 1937 y sgtes.—, de la consignación —art. 1920—, del corretaje —arts. 2013 y sgtes.—, y del transporte —arts. 2182 y sgtes.—, los dos últimos mejor reglados que en el Código comercial, el cual atendía a los “sujetos” y no a la relación jurídica; la rendición de cuentas —art. 1906— y los factores y dependientes —art. 1888—, la interpretación de los contratos —art. 1197, 2ª parte—, etc.

No obstante, hay que reparar, no se llevaron al Código Civil todos los saldos del mercantil.

Así, “del robo, pérdida e inutilización de títulos y cupones”, reglados en los artículos 746 y sgtes. del Código de

Comercio, fueron trasladados como Título IV de la ley 20.643, a lo cual ya aludimos; y se guarda silencio en el Código Civil del “Registro Público de Comercio” —arts. 34 y sptes. Cód. Com.— hoy denominado “Registro Público” a secas, del cual correspondía en el Código Civil dar su estructura, documentos inscribibles, oportunidad, efectos, sanciones, etc., sin perjuicio de las reglamentaciones locales. El basamento de dicho instituto, de gran trascendencia para la seguridad jurídica, debe estar en el Código Civil.

En segundo lugar, habla de “modernizar” algunos aspectos de sus contenidos, es decir, un “aggiornamento” parcial del contenido del Código Civil, lo cual no se compadece con el pensamiento del miembro informante en el Parlamento, que quería un cuerpo legal actualizado “íntegramente” para afrontar el siglo venidero.

Por otra parte, no señala ni se advierte el criterio adoptado para la “modernización de algunos aspectos” del Código Civil, que tampoco extiende a las demás leyes complementarias de ese cuerpo legal ni a las leyes extraídas del Código Mercantil, que componen el Anexo II, donde, en general, se ajustan a la nueva situación, como tendremos oportunidad de comprobar en el próximo apartado.

Uno de los integrantes de la Comisión asesora afirmó en Córdoba que no tenían obligación de reformar todos los contratos ni prever legislativamente las nuevas fórmulas contractuales, mostrando que la supuesta modernización es “parcial” —algunos de sus contenidos— y sin un “plan” determinado, esencial en toda reforma y con mayor razón cuando es fragmentaria.

La modernización se ha hecho *a piacere* de algunos miembros de la Comisión, es decir, antojadizamente, lo que resta seriedad e importa falta de armonía con la propuesta del Dr. Camisar reproducida.

Hay muchas e importantes innovaciones, varias plausibles y otras cuestionables, como el régimen de las personas jurídicas —arts. 30 a 34—, mayoría de edad de las personas físicas —art. 126—, los instrumentos particulares y privados —arts. 978 y 1012 y sptes.—, el consentimiento en los con-

tratos —arts. 1144 y sgtes.—, forma, prueba e interpretación de los contratos —arts. 1190 y sgtes.—, varios contratos —contratos con cláusulas predispuestas, compra y venta, cesión de derechos, asociativos—, cubriendo las sociedades, asociaciones y toda situación de comunidad de derechos y de contrato plurilateral, la “representación en general” —mal ubicada entre los contratos—, de la fianza, etc., de las otras fuentes de las obligaciones —voluntad unilateral y enriquecimiento sin causa—, derecho de superficie, de la prenda, unificación de los privilegios y de la prescripción. Se ha agregado algún contrato nuevo como el de “suministro”.

¿Estas son las únicas modificaciones necesarias para contar con un cuerpo legal que pueda enfrentar exitosamente el próximo siglo? ¿No habría que efectuar otros cambios para una *mise à jour* de las otras leyes corrientes en el Código Civil y en el Anexo II proyectado?

A guisa de ejemplo, me refiero en el Código Civil al dominio fiduciario y al dominio revocable, ya que como novedad se incorporan al artículo 142 de la ley de concursos, los cuales motivan plurales controversias en la doctrina.

Segovia sostuvo que el primero no existe en nuestro derecho, en tanto Salvat dice que si el acto es a la luz del día entra en el mandato y si es encubierto encuadra en la simulación por interposición de personas, pero la mayoría lo admite, censurando la definición del artículo 2262 en cuanto habla de “restituir la cosa a un tercero”, cuando debía hablar de “entregar”; por otra parte, polemizan acerca de las facultades del fiduciario.

El dominio revocable —arts. 2663 y sgtes.— es motivo de mayores críticas, en especial por el Dr. Alterini en un trabajo publicado en “El Derecho”, 50, p. 633, donde objeta la denominación —debe llamarse dominio “resoluble”—, la definición del artículo 2663, formulando otra en reemplazo, el artículo 2664 en los casos que el dominio no se juzga revocado, mezclando indebidamente “nulidad” y “rescisión”, y cuya parte final contradice la primera, lo que se debe a una mala traducción de Aubry y Rau —dice “sino” por “ni siquiera”—, lo cual provoca discrepancias en la inte-

ligencia, ya que muchos consideran que debe leerse siguiendo la fuente. Otro tanto en cuanto a la forma de la revocación, que no opera en virtud del juicio sino de la sentencia —art. 2666—, así como la omisión de Vélez de interpolar un texto entre los artículos 2665 y 2666/7, que propone Altérini siguiendo a Aubry y Rau. Otra cuestión debatida es si el nuevo artículo 1204 vació de contenido la intervención judicial, así como si la devolución es obligacional y también real —art. 2670—.

Para disipar vacilaciones interpretativas, correspondía aclarar estos temas que elegí entre muchísimos más para mostrar que la modernización del Código Civil resulta limitada en exceso.

Otro tanto, con las leyes anexas al Código Civil, entre las cuales recuerdo el clamor reinante sobre la imperiosa necesidad de reformular la ley de prehorizontalidad, así como entre las corrientes en el Anexo II, las novedades imprescindibles de la dinámica económica, que exhibe Carlo Masera en *Le nuove società 1987*, Milano, 1987, con lo cual no pretendo, ni mucho menos, agotar las modificaciones, supresiones, vg. decreto-ley 6601/63, ratificado por ley 16.478, sobre factura conformada, que no obstante ser letra muerta, mantiene el Anexo II, etc.

No es posible, como afirmó Garrigues hace tiempo, que el Derecho detenga muchas veces su dinamismo por culpa de nosotros, los juristas, que nos deleitamos morosamente en el juego dialéctico de las figuras y los conceptos jurídicos, encerrados en nuestros gabinetes de estudio, en los que apenas penetra el aire libre de los hechos de la vida real, olvidando que el Derecho se hizo para la vida y no al contrario. Derecho nuevo no significa una invención de laboratorio, sino el conjunto de normas dictadas en contemplación de la realidad y para servir un ideal de Justicia. (*Hacia un nuevo derecho mercantil. Preliminar*, p. 11).

Lo expuesto lleva a decir que no fue muy estricta la ejecución de la segunda directiva de la reforma, ni afortunada la modernización “fragmentaria” de algunos escasos institutos.

1.2.3. — *Modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación.*

Este rubro un poco vago —leyes especiales—, se refiere a la adecuación de las leyes independizadas del Código de Comercio, Anexo II, a “la nueva situación”, esto es, las modificaciones incorporadas al Código Civil y derogación del Código de Comercio.

En ese sentido hay que destacar:

a) Muchas leyes que estaban en el Código Mercantil se ajustaron a las reformas introducidas en éste: vg. la ley 19.550 que modificó la definición de “sociedad comercial”, la sociedad no regularmente constituida que somete a las disposiciones del Código Civil, en “el socio del socio” —art. 35—, suprime la referencia a la sociedad accidental o en participación, que desaparece; admite la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada o por acciones con una sola persona —arts. 146 y 165—, de acuerdo con el artículo 34, inc. 4º, del Código Civil nuevo; los artículos 361 al 366 sobre sociedad accidental o en participación son abrogados, atento lo manifestado, etc.

Sin embargo, algunas variantes no responden a la nueva situación: vg. en la ley de sociedades, el artículo 6º nuevo tiene un agregado para la constitución de las sociedades sujetas a previa autorización administrativa; suprime el “socio oculto” del artículo 34 *in fine*; amplía el ámbito de la transformación de sociedades —art. 74—, pone un añadido a “la responsabilidad anterior de los socios” —art. 75—, y modifica los requisitos de la transformación —art. 77—; en el supuesto de supervivencia de la sociedad con un solo socio temporariamente, libera de responsabilidad durante ese lapso en las sociedades de responsabilidad limitada o sociedad anónima— art. 94, inc. 8º *in fine*—.

La ley 19.551 también sufrió algunas modificaciones, aparte de la adecuación, en los artículos 44, 45 y 142, que luego detienen la atención.

b) Muchas de esas legislaciones derogan el texto que las incorporó al Código Mercantil: vg. art. 384, ley 19.550; art. 163, ley 17.418 seguros; art. 2º, decreto-ley 5.965/63, letra de cambio y vale o pagaré; art. 2, decreto-ley 6601/63, factura conformada; y 4776/63, cheque, etc.

Hay que observar que no es muy correcta la adecuación de estas leyes, generando necesariamente discrepancias en la inteligencia.

Así, el artículo 264 inc. 2º L. S. entre las prohibiciones e incompatibilidades para los directores de la sociedad anónima dispone: "1) quienes no pueden ejercer el comercio", lo cual repite el nuevo estatuto al modificar la ley 20.266 para los "corredores", que están inhabilitados "quienes no pueden ejercer el comercio" —art. 32, "a"—.

¿Quiénes no pueden ejercer el comercio?

El Código de Comercio reglaba el tema en el artículo 23 —corporaciones eclesiásticas, los clérigos. . .—, borrado por la nueva reglamentación, lo cual provocará dificultades.

El artículo 2292 expone una larga y confusa definición de los títulos valores, que Vivante sintetizó en dos renglones y que cobró difusión universal en la doctrina y legislación; habla el nuevo estatuto de "promesa irrevocable", cuando el artículo 29, decreto-ley 4776/63 alude concretamente a "la revocación" del cheque, conforme el artículo 34, inc. 4º, del mismo.

El artículo 2294 determina las excepciones oponibles por el obligado, cuyo elenco no concuerda con las que surgen de la legislación uniforme sobre "letras de cambio y vale o pagaré", que omite toda referencia a excepciones procesales por escapar a su contenido, de la ejecución de prenda con registro —art. 30, decreto 15.349/46—, de la factura conformada —art. 15 decr.-ley 6601/63—, etc. La nueva disposición ¿deroga las anteriores o subsiste la reglamentación especial?

Ello motivará querrela entre los litigantes que los magistrados tendrán que decidir en definitiva.

El artículo 2300, tercera parte del Proyecto, establece



en “los títulos a la orden”: el endoso podrá efectuarse hasta la fecha del vencimiento. Ello contraría el artículo 21 del decreto ley 5965/63 que dice: “el endoso posterior al vencimiento de la letra de cambio produce los mismos efectos que un endoso anterior”. Sin embargo, el endoso posterior al protesto por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para efectuar dicho protesto produce sólo efectos de una cesión ordinaria. . .

Como vemos, la letra de cambio y el pagaré podían endosarse hasta después del vencimiento dentro del lapso necesario para levantar el protesto, lo cual rechaza el nuevo proyecto, lo que lleva a formular los interrogantes anteriores sobre su suerte.

No ha habido una buena coordinación entre las leyes especiales y el régimen proyectado, lo que traerá inconvenientes.

#### 1.2.4. — *Derogar el Código de Comercio.*

Por último, deroga el Código de Comercio, lo cual no es afligente porque esta unidad legislativa es meramente formal, no sustancial, como sostiene uniformemente la doctrina italiana referida al *Codice Civile* —Valeri, Greco, Messineo, etc.—, ya que como declaró Garrigues, hay en el derecho mercantil institutos intransferibles, como la sociedad anónima, los títulos valores, etc.

En el país, como en Italia luego de la unificación, continuará el derecho mercantil en la cátedra, en los congresos jurídicos, en las revistas de derecho, etc.

No obstante, el nuevo Proyecto peca de improlijidad, ya que numerosas normas siguen hablando del Código de Comercio, a pesar de la supresión.

El artículo 9, decreto ley 5965/63, 2ª parte, establece: “la facultad general de obligarse en nombre y por cuenta de un comerciante comprende también la de obligarse cambiariamente con motivo de los actos de comercio del mandante, salvo que en el instrumento del mandato inscripto

de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 36, inciso 4º, del Código de Comercio, se dispusiera lo contrario”.

Después de la derogación del Código Mercantil se sigue hablando de éste y de los actos de comercio.

El artículo 40, inciso 3º, de la ley 19.551, requiere en el informe general de la sindicatura, “enumeración de los libros de contabilidad. . . y el cumplimiento de los artículos 43, 44 y 51 del Código de Comercio”, a igual que el artículo 236 incisos 7º y 12 considera como hechos configurativos de conducta culpable, “no realizar en debido tiempo y forma las inscripciones exigidas por el Código de Comercio” y “llevar irregularmente sus libros y documentación mercantil”.

El artículo 48 del decreto 15.349/46 manda “aplicar el Código de Comercio en lo que fuera pertinente”, norma que parece quedar en el aire con la derogación de ese cuerpo legal.

Para no insistir más sobre estas deficiencias, mencionamos que el Código Penal en el artículo 301 bis cita en sus tres incisos el Código de Comercio.

Esta técnica incorrecta en la redacción debe rectificarse en las normas precitadas y muchas otras que omito *brevitatis causa*.

## 2. — *La unificación latinoamericana del derecho privado.*

El mundo actual tiende inexorablemente hacia la unidad económica de los Estados, para poder luchar exitosamente en el futuro, de lo cual tenemos buena muestra en el Mercado Común Europeo que lentamente logra mayor expansión, como el intento de unidad entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.

La unidad económica, donde la República Argentina ha dado algunos pasos, impone la unificación del derecho, y por ello, un cuerpo legal para gobernar el siglo XXI debe auspiciar esa solución en Latinoamérica, donde ya se ha hecho algo: vg., el Anteproyecto de títulos valores redactado por Cervantes Ahumada para Centroamérica, fue examinado

por comercialistas latinoamericanos en la reunión celebrada en Buenos Aires —INTAL, Proyecto de ley uniforme de títulos-valores para América latina, Buenos Aires, 1967—, que dio lugar a varios estudios —Winisky, Testa Arueste, Wathelet, etc.—, siendo receptado por varios países, que siguen, en general, la ley uruguaya de títulos valores 14.701 del 12 de setiembre de 1977. El tema fue motivo de numerosos trabajos de la Interamerican Bar Association.

Ello no importa una tarea imposible, desde que en definitiva es el retorno a las Ordenanzas de la Real Villa de Bilbao que tuvieron vigencia en todo el sur de nuestro continente durante muchos años y que Brasil aplicó por invocación de la ley de *boa recao*, movimiento integracionista que tiene su raíz en el ideal político de Del Valle, las directivas de Bolívar y el esbozo administrativo de Monteagudo, que también postuló Alberdi hace más de un siglo, en la tesis doctoral leída en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile el 12 de noviembre de 1844, intitulada *Memoria sobre la conveniencia y objetos de un Congreso general americano*.

Esa conclusión de la armonización legislativa debe plasmarse por el nuevo espíritu de colaboración internacional entre los países del área, instrumento de paz social para la mejor comprensión de los pueblos, pues si se invocan las mismas leyes, los mismos principios de un extremo a otro de esta parte del continente, se desarrollará un juicio común, un espíritu público legal, si así puede decirse.

En este aspecto, lamentablemente, nada exhibe el Proyecto sub-examine.

### 3. — *Las nuevas tendencias del derecho concursal contemporáneo.*

Antes de entrar al régimen concursal del nuevo Proyecto en estudio, corresponde detener la atención en las nuevas ideas reinantes en la legislación comparada sobre el tema, que ha dejado de lado como inoperante el viejo instrumen-

tal con que contamos desde principios de siglo —concordato preventivo y quiebra—, con retoques y parches.

Lo dicho nos lleva a propugnar no la reforma del arcaico sistema legal sino a formular “una nueva ley de insolvencia”, abandonando esos institutos caducos, que arrastramos desde hace noventa años, conforme a la estructura liberal del siglo pasado, donde los mecanismos legales dependían de la voluntad de las partes —deudor y acreedores—, como si fueran los únicos interesados en la solución de la crisis empresarial, criterio compartido por Olivencia Ruiz: cuando el derecho no sirve como instrumento de justicia, su reforma se impone. En esa permanente adecuación de las normas jurídicas a una realidad social siempre cambiante, hay momentos en que sistemas e instituciones periclitán y tienen que ser sustituidos por otros nuevos, acordes con las exigencias de la comunidad.

Estados Unidos de Norteamérica fue pionero en la renovación del derecho frente a la crisis de las empresas ferroviarias, ocurrida en el año 1932, y luego extendido a todas las sociedades anónimas por la *Chandler Act* de 1938, pretendiendo reestructurarlas y no liquidarlas. Se dijo, era mejor la reorganización que salir a vender hierros viejos.

El sistema tiene como base el *plan of reorganization*, que tiene el visto bueno de la *Securities and Exchange Commission* federal, antes de aprobarlo la Corte y que también requiere la votación de dos tercios de acreedores y la mitad de los accionistas. Tiene en mira fundamental las perspectivas de recuperación, para lo cual considera especialmente los medios financieros que dispone, incluyendo la emisión de nuevas acciones para la suscripción por los acreedores y antiguos accionistas.

Esta solución que deja de lado las viejas herramientas —mantenidas en el derecho patrio—, dio buenos resultados siendo conservada por *The Bankruptcy Act 1978*, con algunas modificaciones para reparar falencias advertidas durante la aplicación, que además cuenta con otras importantes novedades.

Gran Bretaña designa una Comisión el 27 de enero

de 1977, para revisar su sistema concursal, presidida por Mr. Kenneth Cork, para cumplir un relevamiento y valoración en materia de insolvencia, que dio como fruto un importante estudio, depositado en el Parlamento como *Insolvency Law and Practica Report of the Review Committee*, conocido como Informe Cork.

Esa iniciativa se convirtió en la *Insolvency Act* el 30 de octubre de 1985, que sigue las huellas, en general, del sistema americano.

Alemania cuenta con la célebre *Konkursordnung* del siglo pasado, que al celebrar el centenario fue objeto de los ataques más duros y despiadados por toda la doctrina germana: mas que una revisión se exigió un nuevo estatuto: *Notwendigkeit einer Insolvenzreform*.

El Ministro de Justicia Vogel designó una Comisión para proyectar la ley que sustituya la vigente, que se acomode a la economía y problemas sociales actuales, ya que la insolvencia no debe ser más considerada como “cosa de acreedores y deudor”, pero sin descuidar la salud futura de la empresa, aconsejando seguir las enseñanzas del derecho norteamericano y francés, en especial.

Entre las conclusiones de la Comisión, señalo: evitar el actual aniquilamiento de la empresa que importa la total anulación de los valores; eliminar el dualismo institucional entre quiebra y concordato; defender el saneamiento de la empresa si es posible, pero en su defecto la inmediata declaración de quiebra para evitar dilaciones, vale decir, salvación cierta o extinción; otorgar suma importante al estudio preliminar profundizado, en el sentido que desde el primer momento comience el análisis de las soluciones posibles, etc.

En Austria, que tiene adoptada la ley germana, ocurrió algo similar, pero se dijo que no había tiempo para una nueva ley, por lo cual recurrió a la revisión parcial en el año 1982, donde entre las novedades, al concordato se añade el “pronunciamiento preliminar” —arts. 76 a 81—, pretendien-

do sanear la empresa en breve plazo, evitando la quiebra y el concordato preventivo.

Italia mantiene su decreto ley 267 del año 1942, que fue censurado por la doctrina y agravado por la crisis sopor-tada en los últimos tiempos, que no sólo distorsionó el uso del concordato preventivo y la administración controlada, sino que determinó la sanción apresurada de medidas espe-ciales, no siempre afortunadas, que remata con el decreto ley 26 del 30 de enero de 1979, de "administración ex-traordinaria de grandes empresas en crisis", que dio lugar a discrepancias.

Como señala Bonsignori en su reciente libro, el legis-lador italiano no ha demostrado una visión estratégica sobre la crisis de la empresa: el juez ordinario cuenta con instru-mentos normativos vacíos de contenido y prácticamente in-aplicables, sin sustituirlos por otros nuevos y susceptibles de uso. Toda la política del "salvataje" revela clamorosa-mente en las leyes que pretendieron enderezarla o discipli-narla o en la aplicación práctica, la ausencia de línea directiva fija y perseguida coherentemente.

Luego de un importante proyecto de nuevo estatuto que careció de éxito, se halla en trámite en la actualidad el Proyecto de la Comisión presidida por el Profesor Piero Pajardi, que publicó un boceto del mismo, donde entre sus objetivos tutela "la conservación de la empresa compatible con la tutela de los acreedores", conforme la tendencia domi-nante en el derecho comparado.

España conserva su legislación anacrónica y dispersa, a pesar de algunas tentativas de revisión, que han logrado más fuerza con el reciente Anteproyecto de ley concursal, obra de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, que preside el Profesor Manuel Olivencia Ruiz.

Esta iniciativa se enrola dentro de la corriente genera-lizada de defensa de la empresa frente a la crisis financiera, como reza la Exposición de Motivos: "...unidad de sistema, haciendo confluir en un procedimiento único, flexible y ajustado a las exigencias de la realidad, un tratamiento an-tes disperso en la pluralidad del concurso y la quiebra, y de

los beneficios de la quita y espera y de la suspensión de pagos”.

Como notas destacadas: 1) la finalidad básica del concurso ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, para lo cual hay que anticipar en el tiempo la apertura del procedimiento: abandona la dialéctica de la insolvencia y de la iliquidez, y coloca como centro de gravedad la situación de crisis económica; 2) aumenta el principio publicístico; 3) cuida la idoneidad y moralidad de la sindicatura, motor del concurso; 4) modifica la situación jurídica del deudor y los acreedores; 5) drástica poda de los privilegios a fin de instaurar de modo efectivo el principio de paridad de trato; 6) procedimiento concursal rápido, flexible y ordenado, etc.

Estos constituyen los principales basamentos del proyecto.

Bélgica mantiene su vieja ley del 18 de abril de 1851, pero pretende su modificación desde hace tiempo. Hay un proyecto de “prevención y asistencia de empresas en crisis” del 28 de octubre de 1983, que de conformidad a las ideas imperantes, persigue “la obtención de un cuadro legal que permita tomar medidas tendientes a *descubrir* a tiempo y a *asistir* a las empresas en dificultades”.

Dinamarca, por la nueva ley del 1º de marzo de 1978, reemplazó el viejo estatuto del 25 de marzo de 1872, que suprime los privilegios, salvo los laborales, y se afilia a la nueva filosofía imperante para atacar la crisis de las empresas.

Francia, a partir del *Code de Commerce* tuvo muchas reformas en esta materia, donde merece destacar la ley del 13 de julio de 1967, que contó con prolijas estadísticas de todas las circunscripciones judiciales del país, sobre acuerdos fracasados, quiebras clausuradas por falta de activo, porcentajes percibidos por los acreedores quirografarios, tiempo para ello, etc., obra del Ministerio de Finanzas.

Como novedad impuso la separación “del hombre” de “la empresa”, para que las organizaciones potables económicamente puedan subsistir, sin perjuicio de alejar y sancionar

a quienes las dirigieron abusivamente y con fraude. Ella fue complementada por ley 67-820 del 23 de setiembre de 1967, para facilitar la recuperación económica y financiera de algunas empresas de relevancia social.

Ese fecundo esfuerzo, que renovó radicalmente la anterior ley del año 1955, desgraciadamente careció de éxito en la práctica por varias razones que denunciara Chevirier y confirmaran otros.

Giscard d'Estaing puso en su programa político la defensa de la empresa, y cumpliendo la promesa designó una Comisión para su estudio, que presidió Pierre Sudreau, que produjo un valioso Informe, donde aconseja prevenir las dificultades y en su caso, ayudarlas para hacer frente a las mismas, que constituye el sostén de la legislación vigente.

La ley 84-148 del 1º de marzo de 1984, sobre “prevención y reglamento amigable de las empresas en dificultades”, amplía las facultades de los *commissaires aux comptes* —extendido a todas las sociedades, grupos de interés económico, etc.—, para llamar la atención de los dirigentes sobre todo hecho capaz de comprometer la continuidad de la explotación.

Además, crea el “reglamento amigable”, para cuando todavía la empresa está sana, pero la recuperación escapa a sus posibilidades, por lo cual pretende obtener *les concours* necesarios para ello: facilita el acuerdo general entre deudor y acreedores extra judicialmente.

El 25 de enero de 1985 promulgó la ley 85-98 de “saneamiento y liquidación judicial de empresas”, que modifica sustancialmente el tratamiento de las empresas en crisis en ese país: los procedimientos anteriores son reemplazados por uno único, eficaz y válido para asegurar el saneamiento de las empresas o unidades de producción viables, que no importa *l'anti-chambre* de la liquidación, sino más bien la hospitalización en vista de la recuperación.

El art. 1º fija el destino del nuevo mecanismo, que ha cambiado la óptica, “salvaguardar la empresa, mantener la actividad y la de los empleados y la comprobación (*apurement*) del pasivo”, elemento nuevo —declaró Santini— que



viene a ultimar un cuadro formado en el curso de los siglos, por el interés público a la prosecución de la empresa y, en consecuencia, a la conservación de los medios organizativos de la misma. Tal interés es público no sólo porque se presenta como distinto del interés del deudor o de los acreedores teniendo el mismo objeto, sino sobre todo, porque es referible a categorías o grupos sociales más amplios que pueden tendencialmente coincidir con toda la colectividad, o que, en todo caso, la colectividad privilegia.

El reglamento judicial —como en la ley americana— es asegurado por el “plan” de recuperación, que tiende a lograr un diagnóstico sobre la posibilidad de reorganización: consta de dos etapas, la primera de “observación”, renovable una sola vez por resolución del Presidente del tribunal, y la segunda para elaborar el plan de saneamiento. Este es aprobado por la justicia, donde el juez-comisario constituye *le pivot de la procedure*, velando por el desarrollo rápido del trámite y la protección de los intereses en presencia —art. 14—.

No siendo posible la continuación de la empresa ni su cesión —total o parcial—, se llega irremediablemente a la liquidación de bienes, remedio *in extremis*.

Complementando el nuevo régimen, con igual fecha que la última, sancionó la ley 85-99 que suprime los síndicos de los concursos —derogó el dec. 55-603 del 20 de mayo de 1955—, reemplazados por nuevos profesionales especializados en las diversas funciones que deben cumplir, prestando atención a la idoneidad y moralidad de estos órganos, incompatibles entre ellos: los administradores judiciales —arts. 1 a 18—, mandatarios liquidadores —arts. 19 a 29— y expertos en diagnósticos de empresas —arts. 30 a 37—, con sus disposiciones transitorias —arts. 38 a 50—.

Portugal dictó el 2 de junio de 1986 el dec. ley 177/86, denominado “proceso especial de recuperación de empresas y protección de los acreedores”, coordinando ambos intereses: es menester una respuesta al desafío europeo, y por ello, crear nuevos mecanismos normativos que permitan a las empresas en situación precaria, por razones coyunturales, que recuperen su escasa viabilidad.

Incorpora la “gestión controlada” —que se abre con un período de observación—, la cual constituye la más significativa vertiente del nuevo sistema, destinada a salvar la empresa y simultáneamente los legítimos intereses de los acreedores, con una vasta gama de medidas económicas, financieras y jurídicas.

#### 4. — *Conclusiones sobre el derecho comparado.*

Hemos revisado rápidamente las soluciones de la legislación de los países de mayor sensibilidad jurídica y de potencialidad económica, donde se advierte que su arcaico instrumental jurídico ha sido abandonado, buscando en todos ellos nuevas soluciones más acordes con la realidad socio-económica actual.

De ese examen podemos llegar a algunas conclusiones que juegan en esas recientes leyes o proyectos, que lamentablemente nuestro derecho ignora, al seguir enrolado en la vieja construcción concordato preventivo y quiebra, meros procedimientos de ejecución para satisfacción de los acreedores, a igual que en el derecho romano, cuando existen otros intereses más importantes que defender.

Por ello, insisto, no podemos seguir con remedios o parches a esa vieja estructura que arrastramos desde principios de siglo, sino que es menester una nueva elaboración sobre la insolvencia, contemplando todos los intereses comprometidos por la crisis financiera, como se ordenó en Alemania, según vimos.

De este *excursus*, cuyo objetivo no es vana erudición, cabe inferir algunas pautas que se dan en todas las nuevas leyes o proyectos, las cuales se hallan ausentes de la ley 19.551, como comprobamos de inmediato.

##### 4.1. — *Unidad del sistema inicial.*

Las diversas soluciones de nuestro país, aumentadas en otros —Italia—, se simplifican actualmente en un proceso uni-

tario, sin perjuicio de las varias rutas que pueden seguirse después según la viabilidad de la empresa.

Quien insta la apertura del proceso se ciñe a la declaración de insolvencia, cuyos extremos, de comprobarse por el tribunal, abren una etapa preliminar de "observación" para conocer las condiciones económicas de la empresa, durante la cual prosigue la actividad.

Los técnicos mientras tanto levantan un balance económico-social y precisan el origen de la crisis, la naturaleza y dificultades de la misma —art. 18 "a" ley francesa—, para lo cual compulsan los organismos interesados —comité de empresa, delegados del personal, acreedores, etc.—.

El objetivo de ese análisis es el "plan" para salvar la empresa, en su caso, aconsejando las medidas a adoptar, que aprueba en definitiva el tribunal. Ante la imposibilidad de mantener la conservación de la empresa, se prevé la cesión total o parcial, y ante su fracaso llega a la liquidación.

#### 4.2. — *Oportunidad para la apertura.*

Nuestro derecho, siguiendo la concepción clásica, mantiene como presupuesto objetivo del proceso el estado de cesación de pagos, esto es, el estado de impotencia patrimonial para atender las obligaciones exigibles.

No es posible aplicar el remedio conveniente cuando el enfermo se halla en terapia intensiva, tanto que se ha dicho, saneamiento de la empresa y estado de cesación de pagos son términos incompatibles.

El proyecto español abandona el estado de cesación de pagos, y toma en cuenta el "estado de crisis", es decir, aquél estado que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de los créditos; otros hablan de dificultades económicas.

Lo real es la necesidad de adelantar en el tiempo la apertura judicial del procedimiento, tanto que la reciente ley portuguesa se refiere a *antes* o después de la cesación de pagos, esto es, en el *predecoctio*.

#### 4.3. — *Continuación de la empresa siempre que sea viable.*

Este principio es admitido en forma incuestionable por todas las legislaciones modernas, defendiendo otros intereses que los meramente individuales del deudor y acreedor, siempre que la empresa cuente con signos de viabilidad.

No resulta válida la prosecución de la actividad a costa del Estado —el salvataje de los italianos que censura Galgano— ni de los demás acreedores. Como señala el Proyecto germano, no debe llevarse nuevamente a la ruina a la empresa reorganizada, porque para salvar los puestos de trabajo se la recarga con gastos inútiles. En definitiva, importa una doble frustración.

#### 4.4. — *Celeridad en el proceso.*

El proyecto Pajardi pone énfasis en el tema, cuya demora constituye el clamor de los comercialistas de todos los países, pues la morosidad es proverbial.

La ley 19.551 hizo algo en ese sentido, pero no lo suficiente, por lo cual mencionamos dos casos:

a) El plazo para reclamar verificación de créditos, comprendido dentro de los 15 a 50 días —hábilés judiciales— computados desde que se estima concluirá la publicación de edictos —art. 14, inc. 4º, L.C.—, sigue el criterio de la Comisión reformadora de 1889, aunque en éste era más breve.

El lapso resulta demasiado extenso, ya que en un siglo se han adelantado los medios de transporte en forma insospechada —el Código de Comercio hablaba de tropeiros y arrieros—, a igual que los medios de comunicación social, tanto que se afirmó el mundo de hoy es una villa donde todos conocen todo.

No podemos seguir atados a viejas normas superadas por la realidad vigente, en especial, cuando casi todos los acreedores se insinúan en el pasivo el último día y a última hora —modalidad argentina—, o en el mejor de los casos el penúltimo día, tornando inoficiosos cuarenta y tantos días.

b) Nuestro derecho no regla la verificación tardía, sino de soslayo, al determinar los efectos de la resolución extemporánea —art. 67, 5ª parte L. C.— y sobre los dividendos a cobrar en la quiebra —art. 220 L. C.—.

La liberalidad del legislador apaña los reclamos inoportunos, generalmente mañosos y con fines inconfesables, perturbando innecesariamente el proceso y muchas veces retardando la finalización: la reciente ley de Portugal, entre otras, impone como requisito de la solicitud fuera del plazo conferido, acreditar que no pudo usar del derecho en tiempo debido, y además, establece el plazo de caducidad de un año a partir de la apertura del concurso.

#### 4.5. — *Acentuación del principio publicístico.*

Existe una notoria inclinación del legislador contemporáneo a la “publicización” de este procedimiento, esto es, escape al ámbito de la ejecución privada y encuadre en el campo jurisdiccional.

Ello demuestra como mínimo, acota Bisbal Méndez, que la liquidación de un patrimonio es una cuestión que afecta al *interest republicae*. Pero no se trata sólo de asegurar el principio *ne maleficia remaneant impunita*, sino de garantizar el principio de la *par conditio creditorum* como requisito mínimo para la satisfacción del crédito y para la justa distribución de los daños.

La ley 85-98 de Francia patentiza esta postura incrementando las facultades judiciales, y por consiguiente, retaceando la de los acreedores, tanto que llega a suprimir la asamblea de acreedores para decidir la suerte de la empresa y sacrificio que deben soportar éstos.

Los rastros del “voluntarismo” de la ley 4156 no han sido extirpados radicalmente: el concurso preventivo está en manos exclusivas del deudor —art. 5 L. C.—, y en caso de que no cumpla el art. 14, inc. 6º —presentar los libros contables— e inc. 9º —depositar el importe fijado para gastos—, como si no publica los edictos, se lo tiene por desistido —art. 31 L. C.—.

Satisfechos todos esos actos que dependen de la voluntad del deudor, éste debe presentar la propuesta de acuerdo 30 días antes de la fecha fijada para la junta, so pena de decretar la quiebra —art. 43 *in fine*—, él mismo debe concurrir a la junta y permanecer hasta su terminación, pues, en su defecto fracasa el trámite y “se decreta la quiebra” —art. 47, 3ª parte L. C.—.

El acuerdo propuesto deben aprobarlo los acreedores con las mayorías previstas —voluntad de los acreedores—, pues de lo contrario, se dicta la sentencia de quiebra frustrándose la solución preventiva.

Muchos resabios del privatismo en este proceso restan aún en el sistema patrio.

#### 4.6. — *Sindicatura concursal: modificación o sustitución.*

Los síndicos de los concursos constituyen un problema de antigua data, tanto que Balzac en César Birotteau alude a los recursos de los deudores para lograr agentes de la quiebra —síndicos provisorios— que fueran complacientes, punto de vista que señaló Maglione en su ponencia al Primer Congreso de Derecho Comercial: los malos elementos que se filtran en las listas han hecho recrudecer otro temperamento de explotación más limitado, consistente en exigir o aceptar de convocatarios o fallidos no menos inmorales, cantidades independientes de la regulación judicial que recayera, en pago de informes de no calificar su conducta dentro de la culpa, el dolo o el fraude. Luego, referida a una Acordada del 22/5/39 de la Cámara Nacional Comercial, advierte la inconveniencia manifiesta que significa esa reglamentación de la ley 11.719 para el prestigio de la propia justicia. No es digno mantener una ley que el tribunal tiene que reglamentar en abierta desconfianza y sanción de sus propios miembros.

Ese es el régimen actual, con algunos retoques sin mayor significación, que preocupó la atención del legislador: el Anteproyecto de la ley 19.551 pretendió agregar un síndico “oficial” para frenar abusos, de lo cual desistió en el tex-

to definitivo; por otra parte, en el plan de reformas de la ley 22.317 se mencionó entre las esenciales, la “reestructuración de la sindicatura”, pero se limitó a simples retoques.

Vale decir, mantenemos el sistema censurado por Maglione, no obstante que en casi todos los Congresos jurídicos se postuló mejorar la institución, bregando por la idoneidad, responsabilidad y moralidad.

El problema es arduo, ya que las tareas del síndico son muy complejas y absorbentes, y por otra parte, hay que vencer costumbres arraigadas en el país.

El derecho comparado exhibe varias soluciones; desde la supresión del síndico en la ley 85-99, donde se lo sustituye por técnicos especializados, administradores judiciales, mandatarios liquidadores y expertos en diagnósticos de empresas; hasta el Anteproyecto español que lo regla prolijamente: “el nombramiento de síndico debe recaer en persona habilitada para el ejercicio del cargo en virtud de inscripción en el Registro que se crea en el Ministerio de Justicia. En este Registro podrán inscribirse las personas físicas o jurídicas que, además de otras condiciones, acrediten la titularidad de una organización adecuada para ejercer las específicas funciones dentro del territorio para el que se pide la habilitación. La ley establece el régimen de actuación del síndico, de sus administradores y apoderados, las obligaciones que les son propias, el sistema de designación, así como el de su retribución y responsabilidad. Al síndico corresponden las más variadas funciones, de entre las que se destacan la de intervenir la administración del patrimonio del deudor o asumir esa administración si el deudor fuese inhabilitado, la de velar por los intereses de la masa y la de asesorar al Juez y a la junta de acreedores”; etc.

Lo único concreto es que no podemos continuar con el síndico concursal de la ley 11.719.

#### 4.7. — *Suprimir o limitar los privilegios concursales.*

Hay unanimidad en todos los países en que el exceso de privilegios en los concursos ha vaciado de contenido el prin-

cipio de *par conditio creditorum* —basamento del instituto—: los créditos privilegiados constituyen la regla y los quirografarios la excepción.

Es elocuente el Informe del Anteproyecto español: “Es también esa nueva concepción la que ha obligado a una drástica poda de los privilegios a fin de instaurar de modo efectivo el principio de paridad de trato. La compleja trama de preferencias y privilegios del derecho anterior, constituida a lo largo de la historia a medida que consolidaban su influencia los beneficiarios de ese trato especial, resulta en la actualidad difícil de justificar. Un examen pormenorizado de los créditos privilegiados sirve para poner de relieve tanto los criterios heterogéneos —y en ocasiones contradictorios entre sí— que se han seguido para la concesión del privilegio, como la correlativa falta de fundamento económico y social que en la actualidad caracteriza a la mayor parte de esos créditos. Sólo la inercia de la tradición o el egoísmo de quienes disfrutaban de ese trato desigual, ha permitido la pervivencia de tan lamentable situación. Por estas razones, la ley parte de la consideración de que, declarado el concurso, todos los acreedores del deudor hasta la fecha de la admisión a trámite de la solicitud, quedan de derecho integrados en la masa, si bien, rindiendo tributo a exigencias que no pueden desconocerse, admite, además de los créditos, a los que reconoce la prededucibilidad, la existencia de acreedores especialmente privilegiados sobre determinados bienes muebles o inmuebles, así como un número mínimo de privilegios generales. Fuera de estos casos la paridad de trato es principio general, desapareciendo por completo las preferencias derivadas de la particular forma en la que el crédito consta o del momento de su constitución, a la vez que elimina los sistemas de reparto basados en la naturaleza de los bienes”.

Bibiloni, entre nosotros, en su Anteproyecto siguiendo la doctrina germana, fustigó duramente el exceso de privilegios, que llamó peste del crédito, criterio sustentado por la legislación extranjera: Dinamarca en la ley de 1978 suprimió todos los privilegios excepto los laborales, en tanto la ley austríaca de reformas del año 1982 extirpa todos, inclusive



los laborales, pues, como dijo la doctrina germana ese exceso conspira contra los beneficiarios, desde que obliga a clausurar fuentes de trabajo.

Por el contrario, la ley 19.551 cuyos principios han sido traspasados al Anteproyecto de unidad de la legislación civil y comercial, aumentó los privilegios —amén los previstos por leyes especiales—, dotando a los créditos laborales de privilegio especial y general al mismo tiempo, contrariando el fundamento de ellos.

#### 4.8. — *Situación de los asalariados frente a la crisis de la empresa.*

Un tema ignorado por la concepción liberal del siglo pasado, era la situación especial de los trabajadores ante la crisis de la empresa, donde eran mirados como simples acreedores, a igual que los proveedores, entidades financieras, etc., sin prestar atención a su calidad especial.

Pajardi manifestó hace tiempo que la empresa no aparece más como la fortaleza privada del empresario individual o colectivo, sino de algo que de alguna manera pertenece a todos, y en particular a quienes trabajan en su interior, en todos los niveles; con la consecuencia de que si las cosas andan bien, no surge otra cuestión que la justa participación de los dependientes en las utilidades de la empresa; pero cuando las cosas andan menos bien o directamente mal, parece equitativo que una intervención respetuosa pero eficaz, provenga también de quienes como empleados se hallan ligados a los otros. Posiblemente, tal motivo funda uno de los puntos básicos de la reforma italiana en el Proyecto Pajardi: la tutela de los créditos laborales e indemnizaciones y la defensa de la estabilidad en el empleo, constituyen dos aspectos del mismo problema, a diferencia de los otros acreedores que arriesgan exclusivamente una pérdida pecuniaria.

Tanto es así, que la Corte de Apelaciones de París, en la ley precedente —caso Lip—, que guardaba silencio, declaró: el comité de empresa tiene un interés en intervenir en la instancia en que deben ser debatidas las dificultades exis-

tentes en la empresa y, habida cuenta del conjunto de elementos sometidos a la apreciación de la jurisdicción de enjuiciamiento, especialmente de las perspectivas de enderezamiento y posibilidad de convenio, instituido sobre la suerte de éstos.

Nuestro derecho, no sólo niega a los asalariados derecho de opinar sino expresamente los priva del derecho de voto, norma que repite desde la ley 11.719, y cuyos fundamentos expuestos a la sazón, carecen de toda justificación en la actualidad, lo que importa ignorar los cambios producidos en el país y en el mundo en los últimos sesenta años.

El reconocimiento legislativo de la existencia de los trabajadores como grupo especial de acreedores, con propio interés en la conservación de la empresa, postulado por Derrida en Francia, logró consagración en el régimen actual de ese país, donde todos los actos esenciales del proceso son consultados al representante de los acreedores.

En este punto, no podemos seguir apoyando la inercia del legislador patrio, que importa cerrar los ojos a una realidad.

#### 4.9. — *Régimen punitivo y adecuada configuración de conductas fraudulentas.*

¶ La *Relazione* del Proyecto de Código de Comercio para Italia del año 1923, expresó: la disciplina orgánica de la falencia debe ser completa, y, por ende, no omitir la parte penal, en la cual se advierte la necesidad de una reforma profunda que resuelva controversias antiguas; que aclare con precisión algunos delitos dolosos, culposos o contravencionales, que ignora el código actual; que establezca una más adecuada sanción penal en salvaguardia de la buena fe comercial. La definición de estos puntos no perjudica la cuestión acerca de la sede más adecuada para ubicar las normas de carácter penal.

Al sancionarse la ley 19.551, como en la reforma por la ley 22.917, se reclamó la imperiosa necesidad de comple-

mentar la legislación concursal con normas penales, pero nada se ha hecho hasta el presente fuera de esas manifestaciones de deseos que seguirán reiterándose sucesivamente en las próximas revisiones.

No podemos seguir en esta desgraciada situación, cuando el país ha sido agredido repetidas veces por esta delincuencia con graves connotaciones, como señala Galgano: desde hace algún tiempo la criminalidad económica ocupa las primeras páginas de nuestros diarios, a la par con el terrorismo o con los secuestros de personas. Sin embargo, no existe forma de criminalidad que tenga en Italia, al menos, un grado igual de impunidad. Las recientes y clamorosas incriminaciones no llaman a engaño: son con relación a los hechos denunciados (para no hablar de los cometidos), un exiguo porcentual; y son más exiguas las probabilidades de que a una incriminación siga una condena. Ni siquiera se dan de esta proverbial impunidad de nuestros "criminales de cuellos blancos" explicaciones genéricas y, en definitiva, desviacionistas. No basta aludir a la potencia corruptora del dinero o a la posibilidad de maniobras que a los autores de estos delitos les ofrece su personal posición de poder (cosa que tiene, por lo demás, su indudable peso). La razón principal está en la legislación penal, que a pesar de ello no es inmune a defectos, y en la inadecuación técnica, que sin embargo es de lamentar, de los aparatos de justicia.

No cabe perder otra oportunidad para incorporar en nuestro derecho las normas represivas de este fenómeno patológico en el derecho concursal, como ocurre en los demás países, por la peculiaridad que exhiben, que las distinguen de las demás previstas en el Código Penal: la especialidad y la organicidad confieren mucho más a la ley un carácter de auténtico *corpus iuris* relativamente autónomo y autosuficiente. Tal carácter avanza —continúa Provinciali—, al punto de no poder separar útilmente el tratamiento de la parte civilística de la penal y viceversa, así como no podría discriminar en la falencia las normas sustanciales de las procesales.

Aunque esta tarea no resulta simple, pues es interdisciplinaria de concursalistas y penalistas, debe enfrentarse con

coraje de una vez por todas, y no proseguir con manifestaciones de anhelos.

5. — *El proyecto de unificación civil y comercial en materia concursal.*

Aunque después de exhibidos los adelantos en la legislación comparada en derecho concursal, de lo cual se halla totalmente ausente el sistema patrio, resultan suficientes para resistir la iniciativa en el tema, me detengo sobre las novedades incluidas, que son de dos clases: unas de adecuación a la nueva situación, y otras originales de la Comisión.

Las tratamos brevemente, por su orden, por razones de tiempo.

5.1. — *Normas adecuadas de la ley 19.551.*

Los textos legales que han debido ajustarse a la nueva estructura no son muchos, a saber:

5.1.1. Art. 2º. — *Sujetos comprendidos.*

La regla precedente —innovando sobre la originaria de la ley 19.551—, expresaba: “Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible y las de existencia ideal de carácter privado” . . .

El Código Civil, en la nueva formulación del art. 30, elimina con buen criterio “las personas de existencia ideal”, pues simplifica los entes a las personas de existencia visible —también llamadas “personas físicas”, art. 51, 2ª parte— y las personas jurídicas, que pueden ser públicas o privadas, donde las últimas, a diferencia del sistema anterior —enunciadas explícitamente— son delimitadas por exclusión: las que no son personas jurídicas públicas, enunciadas por el art. 32, C. Civil.

Al evitar la caracterización de las personas jurídicas pri-

vadas, puede ser tal cualquier centro de imputación diferenciada que tenga capacidad y separación patrimonial, cuya medida y modalidades es lo que resulta en cada caso de la ley —art. 34, inc. 5º, Código Civil nueva redacción—; vale decir, quedan incluidas las sociedades regladas en la segunda parte de la ley 19.550, la sociedad irregular o de hecho, disciplinada por la sociedad civil, la sociedad civil, las asociaciones, cooperativas, etc.

#### 5.1.2. Art. 3º. — *Tribunal competente.*

En este dispositivo hay dos modificaciones de ajuste:

a) El inc. 3º sustituye conforme a lo expuesto, “personas de existencia ideal regularmente constituidas” por “Persona jurídica”, que se presupone debe ser privada.

b) Borra el anterior inc. 4º; “no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede, en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal”.

La supresión concuerda con la nueva estructura de las sociedades irregulares o de hecho, de la ley 19.550.

#### 5.1.3. Art. 155. — *Contratos asociativos.*

El art. 155 ley 19.551 aludía a la quiebra del socio gestor de la sociedad accidental o en participación, derogada por el proyectado.

Lo reemplaza por el siguiente: “*Contratos asociativos.* Las disposiciones precedentes sólo se aplicarán a las sociedades que sean de un tipo especial respecto de las reguladas en el Código Civil, en el Código de Minería y en la Ley de Navegación. Respecto de las sociedades reguladas en el Código Civil, sujeto a lo que se hubiera convenido en el contrato social, la quiebra de un socio no producirá su separación de la sociedad, ni la disolución de ésta mientras puedan seguir desarrollando útilmente las operaciones comunes. Lo dispues-

to en este artículo se aplica a las asociaciones y a las sociedades cuya regulación se remite a las reglas del Código Civil”.

El nuevo dispositivo legal no tiene exposición de motivos, y por otra parte no parece muy claro, desde la denominación “contratos asociativos”, ya que se refiere a las sociedades y asociaciones.

El mismo dispone, en síntesis:

a) Alude a las disposiciones “precedentes”, pero no se refiere a todos los textos a partir del art. 1º de la ley ni siquiera a los de la sección IV —Efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular— sino únicamente a los arts. 153 y 154 L. C. que miran el contrato de sociedad.

Es decir, producida la quiebra cesa la facultad de los socios de ejercer o hacer efectivo el derecho de receso, el cual, de carácter excepcional, sólo juega en algunos tipos sociales —sociedad anónima, art. 245; sociedad de responsabilidad limitada, arts. 157/5ª parte, art. 169, 2ª parte; en la transformación de sociedades cuando no se requiera unanimidad, art. 78; en la fusión, art. 85; etc.).

b) El derecho de receso sólo rige “para las sociedades que sean de un tipo especial respecto de las reguladas en el Código Civil, en el Código de Minería y en la Ley de Navegación”.

En forma negativa —criterio de la reforma— marca las sociedades que tienen vigencia, en definitiva, las sociedades del capítulo II de la ley 19.550.

En síntesis, no importa novedad alguna desde que el derecho de receso es reglamentado en dicha ley.

c) Otro tema diverso —efectos de la quiebra del socio— disciplina la segunda parte del texto, para las sociedades del Código Civil exclusivamente: los efectos de la quiebra del socio sobre el nexos social y sobre la sociedad.

En primer lugar, sujeto a lo que se hubiera convenido en el contrato social —aditamento obvio—, la quiebra de un socio no producirá su separación de la sociedad, principio

que contraría el art. 91, 2ª parte L.S. —habrá justa causa de exclusión por declaración de quiebra o concurso civil del socio, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada—, pero concordante con el art. 1736 del Código Civil “la incapacidad por hallarse fallido el socio, no causa su exclusión de la sociedad, si fuese sólo socio industrial”.

La conclusión tiende a la defensa de la empresa, en armonía con el art. 16 L.S., que niega que la nulidad o anulación de un vínculo produzca 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.

Sin embargo, cuando el socio haya aportado “medios comunes” —art. 1652, nueva redacción—, será desahogado de la parte, y por ende, excluido de la sociedad.

En segundo lugar, dispone que la quiebra de un socio no producirá la disolución de la sociedad, mientras pueda seguir desarrollando útilmente las operaciones comunes.

Esta regla para la sociedad civil no importa novedad alguna, desde que ni el Código Civil ni la ley 19.550 —art. 94—, declaran que la sociedad puede disolverse por la falencia de un socio.

d) En el tercer apartado, estatuye: “lo dispuesto en este artículo se aplica a las asociaciones y a aquellas sociedades cuya regulación se remite a las reglas del Código Civil”.

La formulación de la parte final del artículo 155 nuevo no es feliz, al hablar de “lo dispuesto en este artículo se aplica... a aquellas sociedades cuya regulación se remite a las reglas del Código Civil”, pues el reenvío no puede abarcar la primera parte que excluye las sociedades del Código Civil, y por ende, las regidas por esas normas. Debe comprender únicamente el segundo apartado.

Es decir, los efectos de la falencia de un miembro tienen vigor en las asociaciones —arts. 1681 y sgtes., nuevo texto—, y en aquellas sociedades donde juegan las normas de la sociedad civil, como la sociedad irregular o de hecho.

#### 5.1.4. — *Privilegios concursales.*

A raíz de la unificación de los privilegios civiles y comerciales, concursales y no concursales, fueron derogados varios textos —arts. 265 a 274 inclusive—, pero restan en la ley 19.551 dos textos sobre este tema.

##### 5.1.4.1. — *Artículo 263. Régimen.*

El artículo 263 primitivo, bajo el mismo título disponía: “Los privilegios en materia de concurso se rigen exclusivamente por esta ley. No se extienden a los intereses ni a los gastos y costas devengados para su cobro, salvo lo dispuesto en los artículos 266 y 270, inc. 1º”.

Dicho precepto, que en parte corre en el nuevo artículo 3879 del Código Civil, es reemplazado por el siguiente: “Los privilegios se rigen por las disposiciones del Código Civil”.

En verdad, nada nuevo trae, desde que habiendo unificado los privilegios en el Código Civil, no cabe echar mano de otras normas.

##### 5.1.4.2. — *Artículo 264. Acreedores del concurso.*

El otro texto restante es intitulado como la ley 19.551, “acreedores del concurso”, que son enumerados a igual que éste, en los siete incisos, excepto el encabezamiento.

La ley anterior rezaba: “Son pagados con preferencia a los acreedores del deudor, excepcionando a quienes tengan privilegios especiales, los acreedores cuyos créditos provengan de gastos necesarios para la seguridad, conservación y administración de los bienes y para diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio común. Se entienden que quedan comprendidos...”.

En tanto el sistema propuesto dice: “Tienen el privilegio que para ello dispone el artículo 3889, inc. 1º, del Código Civil...”.



El nuevo proyecto incorpora un cambio sustancial en estos créditos, confiriéndoles privilegio “general” —en colisión con los demás créditos del deudor, por causa o título anterior a la presentación (art. 30 L. C.)— retornando al art. 94, inc. 1º, de la ley 4156.

Este texto incluía entre los acreedores con privilegio general, aquellos cuyos créditos proceden de alguna de las causas siguientes: “1) Los gastos para la seguridad de los bienes, administración de la casa fallida y demás diligencias judiciales y extrajudiciales en beneficio común, siempre que hayan sido verificados con la debida autorización. . .”.

El artículo 264 actual de la ley de concursos merece reparos:

1) Nada justifica que esos créditos figuren aisladamente en el régimen concursal, cuando los privilegios del Código Civil comprenden numerosos créditos dentro del proceso concursal.

Así, el artículo 3880 del Código Civil nuevo regula la actualización de los créditos en la “quiebra”; el 3881 la forma de computar el privilegio por determinado lapso en el “concurso preventivo” y la “quiebra”; el 3882, situación de los créditos a quienes se les reconoce privilegio en un “concurso” que es mantenido en la “quiebra” y posibilidad de acumulación en el “proceso concursal”; el 3887, reserva de los importes de conservación, custodia. . ., en el concurso, antes de pagar los acreedores con privilegio especial; 3880, los privilegios generales rigen en caso de “concurso”, etc.

Ello resulta más inexplicable desde que se los equipara a “los privilegios generales”, por lo cual correspondía incluirlos directamente en el artículo 3889, inc. 1º del Código Civil y no remitir a dicho texto.

2) Disentimos con la denominación atribuida —acreedores del concurso—, aunque ello es heredado del sistema precedente.

No se puede hablar de “acreedores” ni del “concurso”.

Lo primero, porque el privilegio no se otorga en beneficio de la persona del titular —sujeto— sino de la causa u origen del crédito.

Antiguamente los privilegios eran personales, pero desde Domat y el *Code Civil* perdieron ese carácter, para convertirse en causales, como declara expresamente el artículo 2745 del *Codice Civile*: el privilegio se acuerda por la ley en consideración a la causa del crédito.

Ello constituye un principio generalizado en la doctrina nacional y extranjera, por lo cual no puede hablarse de “acreedores” sino de “créditos”.

Lo segundo, porque no obstante la amplitud del nuevo proyecto sobre las “personas jurídicas privadas”, la relación jurídica siempre debe entablarse entre “sujetos de derecho” —personas físicas o jurídicas— y nunca con “un concurso”.

Mantienen vigencia las palabras de Orgaz sobre el tema, que reproduzco por su elocuencia: “Frecuentemente los juristas suelen atribuir personalidad jurídica a ciertos conjuntos de bienes a los que la ley, con miras puramente prácticas, transitorias y limitadas, concede alguna reducida autonomía (generalmente procesal por medio de síndico o curadores); pero estos conjuntos patrimoniales, como la herencia yacente y las demás mencionadas en el texto, no constituyen centros activos de relaciones jurídicas sino meramente pasivos; no se constituyen para actuar jurídicamente sino sólo para liquidarse después de un procedimiento breve. Por otra parte, esos patrimonios y todos los demás que en doctrina se conocen con el nombre de ‘patrimonios separados’, no pueden ser ellos mismos personas por la razón decisiva, ciertamente, de que *pertenecen* a otras personas (al Estado, el heredero beneficiario, al titular de la empresa, a los condóminos, etc.). Como se ha señalado con entera propiedad, un patrimonio separado no puede constituir al mismo tiempo el ser de la persona y lo que ella *tiene*; persona es desde luego, el titular de un patrimonio, no el patrimonio mismo. . .”.

Lo manifestado, con respaldo de tan autorizada opinión, lleva a resistir hablar de créditos “del concurso”.

3) También resulta inadecuado el grado otorgado a esos créditos, entre los privilegios de los créditos contraídos por el deudor antes de la apertura del concurso.

Para que pueda hablarse de “preferencia” es menester que los créditos tengan el *mismo deudor*, como decía Vélez Sársfield en el título pertinente del Código Civil, “concur-rencia de los derechos reales y personales contra los bienes del *deudor común*”, supuesto que no se da en la especie.

No pueden ser calificados entre los créditos con privilegio general, donde figuran las deudas por capital anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebra: a) con instituciones o sistemas de seguridad y previsión social; b) por impuestos y tasas, no sólo por tener distinto deudor sino también diverso régimen, ya que los créditos sub examine no quedan sujetos a la verificación y graduación de créditos del artículo 33 L. C.

Por ello, Vélez Sársfield atisbó en la nota al artículo 3879 del Código Civil: “este privilegio no es en realidad sino un pago anticipado y necesario, hecho del conjunto de los valores destinados a los acreedores. Con este carácter aparece en el Derecho Romano...”.

En síntesis, no hay conflicto entre estos créditos y los del deudor, gozando de absoluta prioridad respecto de los últimos, como dispone el artículo 57 de la ley germana de concursos: deben ser satisfechos antes que cualquier otro crédito, por haber sido generados en interés de todos los acreedores concursales.

Estos créditos son prededucibles, como los llama la doctrina italiana.

#### 5.1.5. Artículo 315. — *Disposiciones derogadas.*

Concluyendo con las normas adecuadas a la nueva situación, se modifica el artículo 315, que incorporaba la ley al Libro IV del Código de Comercio y suprime la vigencia de la ley 18.832.

La redacción nueva es la siguiente: “Con el alcance de los artículos 313 y 314 se derogan las leyes 11.077, 11.719

y 16.587 y toda otra disposición legal o complementaria que se oponga a esta ley”.

El nuevo dispositivo legal no ofrece dificultad alguna.

#### 5.1.6. — *Conclusión sobre normas de adecuación.*

Dejamos anotadas las normas de la ley 19.551 ajustadas al nuevo estatuto proyectado, aunque debo observar que hay alguna improlijidad.

Hemos visto que los artículos 2º y 3º sustituyen “persona de existencia ideal” por “personas jurídicas”, de acuerdo con la nueva terminología del Código Civil —art. 30—, pero sin embargo, el artículo 5º, entre las personas que pueden usar el concurso preventivo, menciona “incluidas las de existencia ideal en liquidación”.

El artículo 6º trata de quién tiene la representación de las “personas de existencia ideal para presentar el concurso preventivo”, y el artículo 11 sobre “requisitos formales” el inc. 1º alude a “las personas de existencia ideal” regularmente constituidas... y “para las demás personas de existencia ideal”, etc.

#### 5.2. — *Nuevos textos agregados a la ley 19.551.*

A pesar de que el plan de reforma dijo que habría normas de adecuación de las leyes especiales a la nueva situación, se han introducido algunas pocas modificaciones, a saber:

##### 5.2.1. — *Artículo 44. Propuestas diferenciales para acreedores quirografarios.*

La ley 19.551 autorizaba propuestas diferenciales para los acreedores privilegiados —art. 45 L. C.—, introduciendo el mismo régimen para los acreedores quirografarios, en el artículo 44, que cambia de rótulo: antes era “falta de presentación y desistimiento”, mientras ahora habla de “propuesta para acreedores quirografarios”.

Allí, en la primera parte, agrega que la propuesta para los quirografarios puede ser “para clase de ellos que coincidan con la clasificación legal de las obligaciones en el pasivo o resulten de criterios que tengan en cuenta el origen, objeto, plazo u otras peculiaridades de los créditos que sean razonables a juicio del tribunal”.

Es decir, si bien como principio general la propuesta debe contener cláusulas iguales para todos los acreedores comunes, puede haber diversas clases para algunos de ellos, vg., proveedores, financieros, etc., tratando de facilitar soluciones, aunque no ha de mejorar mucho las conclusiones.

### 5.2.2. — *Artículo 45. Propuestas diferenciales. Acreedores privilegiados.*

El precepto legal inmediato, referido a los acreedores privilegiados, con técnica deficiente, establece la mayoría necesaria para los acuerdos diferenciales de los acreedores quirografarios, que en su caso, correspondía correr en el texto precedente.

El segundo párrafo, agregado por el Proyecto, dice: “El acuerdo que distinga entre clases de acreedores quirografarios requerirá, además de las mayorías exigidas por la Sección III, la aprobación de todas las clases de acreedores quirografarios. La aprobación de cada clase será por simple mayoría de capital y acreedores”.

La norma mal ubicada, dentro de las propuestas para acreedores preferenciales, cuando debió estar en el texto anterior, impone una doble votación de los acreedores quirografarios, que se efectuará conjuntamente, en su caso, para evitar demoras y especulaciones, aunque la ley guarda silencio, a pesar de que alude “además” de las mayorías de la Sección III, a la aprobación de todas las “clases”.

En consecuencia, es menester la aprobación de “todos” los acreedores quirografarios con derecho de voto de las propuestas de acuerdo conforme las mayorías de los artículos

55, 56 y 57 L. C., lo cual puede generar disputas en la hipótesis de que aquellas encuadren en dos o más de dichos textos.

Lograda la aprobación en general, cada clase debe aprobar su propuesta por simple mayoría de capital y acreedores, excluyendo los mencionados por los artículos 50, 2ª parte, y 51 —art. 52, 3ª parte—.

Esta innovación no ha de tener mucho éxito, complicando, por otra parte, la solución, como manifestamos.

### 5.2.3. — Artículo 142. Bienes de terceros.

Este artículo contempla la situación de los bienes que existan en poder del fallido, sin título destinado a transferir el dominio, como novedad en nuestro derecho, y en general, en la legislación comparada, añade un último párrafo: “Los bienes de los que el fallido tuviera dominio fiduciario o revocable se regirán por las reglas de los pactos respectivos”.

La ley concretamente mira dos supuestos de dominio imperfecto, que a diferencia de los previstos por el texto, hay transferencia de dominio, aunque *sub conditione*, según vimos *supra* N° 1.2.2.

En el dominio fiduciario, el fiduciario adquiere la propiedad, pero subordinada al cumplimiento de una condición resolutive o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, en cuyo caso debe entregar la propiedad al fideicomisario (art. 2662 del Código Civil).

El dominio revocable o resoluble —Freitas—, es el subordinado a durar solamente hasta el vencimiento de una condición resolutive explícita o implícita o de un plazo resolutorio explícito para el efecto de su restitución a su antiguo dueño, según la definición de Alterini.

En ambos casos, el deudor es titular del dominio, aunque sometido a condición, por la cual puede ser privado, ante la entrega a un tercero —fideicomisario—, o reintegro al dueño anterior.

¿Qué ocurre si el titular del dominio fiduciario o resoluble es declarado en quiebra?

La ley da una solución simple, “se regirán por las reglas aplicables en el pacto respectivo”, es decir, conforme al acto traslativo de dominio imperfecto.

Sin embargo, hay supuestos en que la revocación de la propiedad es *legis*, sin estipulación contractual, vg., la revocación de las donaciones, cuando el donatario no cumplió los cargos o condiciones impuestas a la donación —art. 1849 y sgtes. Cód. Civil—, o por causas de ingratitud del donatario (art. 1858 Cód. Civil).

Hay que distinguir según la condición o plazo se cumplió o todavía no: en el primer supuesto hay que entregar el dominio al fiduciario o restituirlo al anterior dueño, de lo contrario, habrá que esperar el vencimiento de la condición.





REFLEXIONES EN CUANTO A LA FUERZA  
MAYOR, LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN  
DEL CONTRATO Y EL CUMPLIMIENTO DE  
LAS OBLIGACIONES

(Proyecto de unificación de la Legislación  
civil y comercial)

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. José Domingo Ray*



## LA UNIFICACIÓN

Dentro del cuadro de actividades académicas y docentes que habíamos programado para este año y de las limitaciones impuestas por la tiranía del tiempo, en el mes de mayo incorporamos el estudio del Proyecto de unificación y modificación de la legislación civil y comercial.

No tenemos dudas de que el proyecto estimulará el estudio y consideración de temas fundamentales que se abordan en el mismo y esta reunión es una de las tantas de las cuales mucho se espera.

Ante todo, es oportuno señalar que nos pronunciamos en favor de la tesis de la unificación de las normas sobre derecho privado, sin perjuicio de las leyes específicas que deben existir y, en particular, algunas como las del derecho aeronáutico, de la navegación, que por su tipicidad y sistematización se impone regular en forma independiente <sup>1</sup>.

No sólo razones de tradición en el caso del derecho marítimo, sino la especificidad de la actividad navegatoria y aeronáutica aconsejan esa solución <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En nuestra conferencia de incorporación a la Academia de Derecho de Buenos Aires sostuvimos que el derecho de la navegación, cuya regulación figuraba en el Libro III del Código de Comercio, se vinculaba substancialmente con el derecho civil.

No hay duda de que la regulación de la navegación con fines de lucro es la más importante, pero la mayoría de las instituciones tienen su vinculación o traducen modificaciones a principios de instituciones de derecho civil.

Ver *El Derecho de la Navegación y el orden jurídico* y nuestro último trabajo publicado en la Revista "La Ley", del 7-10-1987.

<sup>2</sup> HÉCTOR CÁMARA, en un artículo publicado en la Revista de Derecho

Coincidimos con la tesis de juristas argentinos como Segovia, Melo, Yadarola y tantos otros que se han pronunciado sobre la conveniencia de la unificación del derecho privado<sup>3</sup>. Carlos Malagarriga, en julio de 1966, en su conferencia de incorporación a esta Academia de Buenos Aires, destacaba que más de veinticinco años atrás, en 1940, se convirtió a esa tesis, por devoción a quien había sido su maestro, el profesor Leopoldo Melo.

Malagarriga en esa Conferencia de 1966 decía que: "Se llegará quizás algún día a concretar en un solo cuerpo de doctrina nuestro derecho privado" y "que en un solo campo legal se rijan las relaciones que hoy gobiernan en lo que pueden hacerlo, dos Códigos separados"<sup>4</sup>.

Estamos frente a ese proyecto que Malagarriga consideraba que podía ser motivo de que se le tildara de utopista o, por lo menos de padecer, pese a sus muchos años, de optimismo extremado.

Así como estamos de acuerdo con la unificación, consideramos importante meditar sobre las modificaciones introducidas y que la consagración legislativa se concrete sin premura después de compulsar las reflexiones formuladas al respecto por las personas y entidades cuya opinión es conveniente recabar.

## II

### EL TEMA

Entre las numerosas modificaciones fundamentales que se introducen en el Proyecto a nuestro Código Civil y que

---

Comercial y de las Obligaciones, titulado "Una aproximación al Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial", recuerda que Ripert en su disertación de Belgrado en 1934 y que reitera posteriormente en *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (1946), habla de la comercialización del derecho civil (págs. 380-381).

<sup>3</sup> CÁMARA, en el trabajo citado en la nota anterior, hace una prolija cita de la doctrina en favor de la unificación de "las obligaciones y contratos" y de la unificación en general, citando a David, Freitas, Vivante y quienes han sostenido la misma idea en la Argentina.

<sup>4</sup> Ver CARLOS MALAGARRIGA, *El Derecho Comercial. Su perduración*

han despertado nuestro interés primordial, como la modificación a los artículos 16 y 1113 Cód. Civil, la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, la regulación de las obligaciones dinerarias, la legislación sobre sociedades, sobre la gente de mar, etc., formularemos en esta comunicación algunas reflexiones sobre las formas de exoneración de la responsabilidad por fuerza mayor y por ausencia de culpa y sobre la teoría de la frustración del contrato por el cambio de circunstancias y el cumplimiento de las obligaciones.

El Proyecto introduce un agregado en el artículo 514 del Código Civil, el principio de exoneración por ausencia de culpa y otra adición en el artículo 1204 del C.C., el de la resolución del contrato por la frustración de la finalidad del mismo.

Es decir que, al lado de la causal tradicional de exoneración de la responsabilidad y de la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, el Proyecto incluye dos nuevas fórmulas, una con respecto a todo tipo de obligación, la exoneración por ausencia de culpa (art. 514 C.C.), y la otra para las obligaciones contractuales, la teoría de la "frustración" del derecho anglosajón.

### III

#### CASO FORTUITO, FUERZA MAYOR Y AUSENCIA DE CULPA

1. El proyecto incluye en el artículo 514 un segundo párrafo que textualmente dice:

"Hay incumplimiento 'sin culpa' cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación."

---

*y sus alcances sobre el Derecho Civil, 1966. "Anales", años X y XI, 2ª ép., Nº 8, (existe separata).*

En el informe de la Comisión de la Cámara de Diputados se destaca que el incumplimiento "sin culpa" transita una vía intermedia entre las situaciones probatorias extremas, entre el "casus", la fuerza mayor o el caso fortuito, y la culpa probada y que el tema reviste fundamental importancia en la prueba que debe producirse para acreditar la exoneración.

2. En más de una oportunidad nos hemos planteado la distinción entre fuerza mayor o el caso fortuito que apunta al "casus", el hecho externo y la "ausencia de culpa" que sólo se puede demostrar mediante la prueba de que se adoptaron todas las medidas que razonablemente podían requerirse para el cumplimiento de la obligación.

La distinción no sólo tiene importancia teórica sino desde el punto de vista práctico, cuando se desconoce la causa del daño o cuando no se puede demostrar el "casus" que excluye la responsabilidad del obligado y el eventual deudor o responsable ha actuado diligentemente de acuerdo con la índole de la obligación.

3. Nuestro distinguido colega López Olaciregui señaló, en un trabajo publicado más de 40 años atrás, que autores como Savatier y los hermanos Mazeaud disientían acerca de la existencia de la distinción entre la causal de exoneración por caso fortuito o fuerza mayor y la referente a la "ausencia de culpa".

Decía que para Savatier la fuerza mayor es idéntica a la falta de culpa, que para los hermanos Mazeaud entre los dominios de la culpa y los de la fuerza mayor hay un terreno intermedio, el de la falta de culpa y que para Radouant y Bonecasse, en pura teoría, la fuerza mayor implica algo más que la falta de culpa pero, desde el punto de vista de la práctica, llegan a la conclusión de que los casos en que no ha mediado culpa están equiparados al "casus" <sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Ver JOSÉ M. LÓPEZ OLACIREGUI, *La fuerza mayor y la orden del Soberano ante la teoría de la responsabilidad civil* (cap. II), en la Rvta. "J.A.", t. 1944-IV, pág. 311.

Como hemos señalado, personalmente no tenemos dudas de que la prueba para obtener la exoneración, según una causal u otra, es muy distinta y de aquí la importancia del nuevo texto.

4. Algunos juristas han sostenido que la exoneración por ausencia de culpa solo debe admitirse en los casos de obligaciones de "medio"<sup>6</sup>, que de acuerdo con la tradicional distinción de Démogue se oponen a las de "resultado"<sup>7</sup>. No estamos de acuerdo con esta tesis porque esa clasificación apunta al objeto de la prestación y la fórmula de exoneración por ausencia de culpa es genérica para toda clase de obligaciones.

En nuestro derecho y en el comparado existen casos de obligaciones de "resultado", en los cuales el responsable puede exonerarse acreditando que no hubo culpa de su parte ni de sus dependientes.

En la Convención de Bruselas de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos (art. 4, párrafo 2, inc. q) y en nuestra Ley de Navegación (art. 275, inc. o) el transportador, considerado como responsable de una obligación de "resultado", se exonera acreditando que él y sus dependientes no incurrieron en culpa<sup>8</sup>.

En la Convención de Varsovia (1929) con su Protocolo de La Haya (1955) en el campo del derecho aeronáutico y en las Reglas de Hamburgo que se aprobaron en 1978 con la pretensión de sustituir a la Convención de Bruselas

<sup>6</sup> Ver FÉLIX TRIGO REPRESAS, "La responsabilidad civil en el Anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en Revista "La Ley", 13 de julio de 1987.

Ver capítulo V de ese trabajo en que se citan ejemplos en que nuestro Código Civil alude a supuestos de ausencia de culpa como eximentes de responsabilidad (arts. 578, 580, 584, 586, 611, 614, 642, 647, 888, 1113) para concretar su opinión de que la exoneración por la nueva causal sólo debería funcionar en el caso de obligaciones de medio.

<sup>7</sup> Ver JOSÉ D. RAY, *Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, 1964, N° 27, letra f), pág. 53 y N° 28, pág. 57. La distinción fue formulada por Glasson, Planiol y Saleilles y desarrollada por Démogue y bibliografía citada en pág. 53.

<sup>8</sup> Decíamos en la obra citada en la nota anterior que en el esquema de la Convención de Bruselas de 1924, el transportador compromete un "resultado", pero existe una causal que permitiría la tipificación de su obligación como si fuera de "medio".

sobre conocimientos, el transportador se exonera acreditando, respectivamente, que tomó todas las medidas que “razonablemente” podían exigirse para evitar el daño<sup>9</sup>.

No hay ninguna duda de que tanto para poner de manifiesto la ausencia de culpa como para probar que se tomaron todas las medidas necesarias o razonables para evitar el daño, debe recurrirse a la prueba de hechos positivos.

5. Con respecto al concepto de medidas “necesarias” o “razonables”, comentando las “Reglas de Hamburgo”, en el Seminario que en el año 1979 organizó la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, dijimos que el término “razonable” califica al término “medidas” que deben adoptarse para evitar el daño.

Señalamos que esta calificación de “razonables” mejora la de “necesarias”, establecida en la Convención de Varsovia de 1929 para el transporte aéreo, y que con esa calificación se quiere destacar que se deben adoptar las medidas adecuadas, las que debe tomar un buen transportador, en función de las circunstancias del caso para evitar el daño.

Refiriéndonos a la obligación del transportador, destacamos en ese Seminario que para apreciar si se han tomado todas las medidas que razonablemente deben adoptarse para tener por acreditada la ausencia de culpa, deben tenerse en cuenta tres principios fundamentales de carácter general.

En primer lugar, que cuanto más graves son las consecuencias de no adoptar el cuidado, mayor es la exigencia de tomar las medidas para evitar el daño.

En segundo lugar, que debe tenerse en cuenta el grado de probabilidad de que se concrete el riesgo y, por último, que la dificultad y el costo de adoptar las medidas exigibles para evitar el daño, pueden justificar que no se tomen las mismas.

Cuando se han adoptado las precauciones normales y

<sup>9</sup> Algunos autores como Rodríguez Jurado, Malbrán y Wetzler Malbrán consideran que la obligación del transportador es de “medio”, por la forma como puede exonerarse de responsabilidad, pero muchos otros, como Videla Escalada y Consentino entre nosotros, se pronuncian en sentido contrario.



las medidas que podrían ser requeribles en función de esos tres principios, el eventual deudor no debe responder. Deben considerarse como “medidas razonables” aquellas que tienden a evitar un daño previsible y sus consecuencias, siempre que su adopción no implique un esfuerzo y un costo que desnaturalice la prestación comprometida por el transportador <sup>10</sup>.

6. El doctor Félix Trigo Represas considera que, en vez de la prueba que requiere la nueva fórmula de exoneración, en cuanto exige demostrar que “para cumplir habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación” es preferible requerir que “el deudor tuviera que demostrar que obró en la emergencia con la prudencia, diligencia e idoneidad adecuadas a la naturaleza de la obligación”.

Esa fórmula es preferible —según el doctor Trigo Represas— en lugar de enfrentar al deudor “a la dificultad de tener que demostrar que para cumplir se habría necesitado una aptitud superlativa o extraordinaria, un esfuerzo o superación, o, en suma, algo fuera de lo común con relación a la conducta habitual o normalmente exigible”. Prefiere la fórmula adoptada en el artículo 1113: “el demandado para no incurrir en responsabilidad plena debe probar que de su parte no hubo culpa o que adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño” <sup>11</sup>.

Tanto la fórmula del artículo 514 como la del 1113 apuntan a un significado similar, es decir, a que el obligado puede invocar la ausencia de culpa (art. 514) o la limitación de responsabilidad (art. 1113) cuando adoptó las medidas que razonablemente pueden exigirse —como señalamos precedentemente— para cumplir con la obligación a su cargo.

Coincidimos con el doctor Trigo Represas en que es

<sup>10</sup> Ver JOSÉ D. RAY, *Los fundamentos de la responsabilidad del porteador*, en “Revista de Derecho Marítimo y Comercial”, publicación de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, enero de 1983.

<sup>11</sup> Ver artículo citado precedentemente en la nota 6.

preferible la unificación de la terminología para evitar interpretaciones disímiles, pero no estamos de acuerdo en que la nueva fórmula del artículo 514 suponga la prueba de un esfuerzo superlativo o extraordinario, es decir, algo fuera de lo común en relación con la índole de la obligación.

7. Antes de finalizar este capítulo no puedo dejar de referirme al artículo 1625 del Proyecto sobre las tareas de quienes ejercen una profesión liberal que en muchos casos son típicas obligaciones de medio.

Me eximo de leer el texto, al que ya se refirió el doctor Roberto Martínez Ruiz, señalando muy bien las consecuencias desfavorables del mismo, con respecto al ejercicio de la medicina, en especial, de las intervenciones quirúrgicas <sup>12</sup>.

En el nuevo artículo 1625 se establece a cargo del profesional la prueba de la ausencia de culpa, cuando en la práctica y hasta ahora, en función de los artículos 625 y 626, a los que remite el texto del Proyecto, el beneficiario del servicio es quien debe invocar la causa que determinó su reclamo por incumplimiento y el profesional debe probar que actuó con la diligencia razonable, de acuerdo con la índole de la obligación asumida, para así configurar la ausencia de culpa.

Es cierto que los profesionales deben actuar con cuidado en relación a la índole de su obligación y que muchas veces son negligentes, pero la inversión del cargo de la prueba, con cierta frecuencia, los pondrá injustamente en dificultades y en la necesidad de obtener un seguro, recargando los costos en una sociedad como la nuestra en una grave crisis económica. Los jueces deben afinar el concepto de

<sup>12</sup> Art. 1625. — Las tareas de los profesionales liberales están sujetas a las siguientes reglas, sin perjuicio de normas especiales imperativas:

1) Se aplican a ellas lo dispuesto en los artículos 625 y 626.

2) En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado "sin culpa" en los términos del artículo 514. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena.

3) La utilización de técnicas que se encuentren en estado de experimentación debe ser consentida expresamente por aquel a quien se preste el servicio.

responsabilidad, de acuerdo con la evolución actual, pero no creo que sea el caso de invertir el cargo de la prueba.

## IV

### LA FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO

En el año 1984 tuvimos oportunidad de exponer en esta Corporación con el doctor F. Videla Escalada la teoría de la frustración del contrato en el derecho anglosajón, explicar su origen, su evolución, su fundamento y los textos de nuestra ley y la doctrina prevaleciente que permitían su funcionamiento en el derecho argentino<sup>13</sup>.

#### 1. *Origen.*

El principio fundamental en el derecho contractual inglés era que el contratante estaba estrictamente obligado por la obligación asumida y que, a falta de una exoneración o limitación de su responsabilidad contractual, debía tomar a su cargo las consecuencias de la imposibilidad de cumplir esa obligación, frente al cambio fundamental de circunstancias posteriores a la celebración del contrato.

La decisión clásica fue dictada en 1647 en el caso "Paradine v. Jane", en que al inquilino se le hizo responsable por el pago del alquiler, a pesar de que había sido privado de la tenencia del bien por un enemigo del Rey y, por lo tanto, de su explotación.

Se dijo que cuando la ley crea el vínculo y el obligado legalmente no puede cumplir por circunstancias insuperables, la ley lo exonera de responsabilidad, pero si el propio interesado crea su obligación contractualmente y no puede cumplir por ser un accidente inevitable, debe responder por no haber previsto la cláusula de exoneración.

<sup>13</sup> Ver *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, 27 de septiembre de 1984. Abeledo-Perrot, 1985.

Es decir, la exclusión de la responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor funcionaba en el campo de las obligaciones extracontractuales pero no en el campo de las obligaciones convencionales como lo establece el sistema latino <sup>14</sup>.

Dos siglos después del caso “Paradine v. Jane”, en 1863, se planteó de nuevo el problema y se estableció el nuevo principio al decidirse, en el caso “Taylor v. Caldwell”, que habiéndose destruido materialmente el objeto de la prestación se frustraba el contrato y el obligado no era responsable del incumplimiento.

En ese caso el demandado había locado por cuatro noches un “music-hall” para conciertos y habiéndose destruido el local antes de la primera noche, a consecuencia de un incendio, el juez Blackburn sostuvo que el locador no era responsable por el pago de los daños y perjuicios al locatario porque la regla sacrosanta del cumplimiento estricto de los contratos sólo se aplicaba a las obligaciones de carácter positivo y absoluto, pero no cuando estaban sujetas a una condición expresa o implícita.

El juez destacó que las partes debían saber, desde la celebración del contrato, que su cumplimiento dependía de la existencia de la cosa objeto del contrato y que si ésta perecía, sin culpa del locador, no había responsabilidad de su parte. En otras palabras, que era algo implícito en la naturaleza de algunos contratos, que los mismos dependían de que existiera la cosa en cuestión <sup>15</sup>.

## 2. *Evolución.*

La nueva doctrina conocida con el nombre de “la frustración del contrato” se aplicó en otros casos, en las obligaciones *intuitae personae*, tuvo gran repercusión en el campo del derecho marítimo y se precisó en una serie de juicios, conocidos como los *Coronation cases* porque se plantea-

<sup>14</sup> Ver op. cit. pág. 9.

<sup>15</sup> Ver op. cit. pág. 12.

ron con motivo de la coronación que debía tener lugar en junio de 1902 y que se suspendió por enfermedad del hijo de la Reina Victoria que ascendió al trono con el nombre de Eduardo VII.

Tanto durante la guerra de 1914 a 1918, como durante la española y la segunda guerra mundial, así como con motivo del conflicto de Suez y de la guerra entre Irán e Irak se plantearon numerosos casos y los tribunales ingleses esbozaron distintas teorías para justificar la teoría de la "frustration" <sup>16</sup>.

### 3. *Concepto y fundamento.*

Se configura la frustración del contrato cuando por circunstancias extraordinarias sobrevinientes y sin culpa de ninguna de las partes, se produce un cambio en la naturaleza de sus obligaciones, transformándose en algo fundamentalmente distinto a lo que se tuvo en miras al contratar, es decir, que se convierte al contrato en algo diferente a lo convenido.

Es fundamental, en primer lugar, que no haya habido culpa de ninguna de las partes y, en segundo lugar, que las nuevas circunstancias desnaturalicen el sentido original de las obligaciones contraídas, para que el contrato pueda considerarse frustrado y relevadas las partes del cumplimiento de las prestaciones comprometidas.

Como fundamento se ha invocado la teoría de los términos implícitos, la de la desaparición del fundamento del contrato y la del cambio radical de la obligación. En realidad, lo que hay es un hecho sobreviniente, un cambio fundamental y objetivo de las circunstancias que configura la transformación de la obligación contraída en una completamente distinta <sup>17</sup>.

Cabe puntualizar que la doctrina no tiene por finalidad ser invocada para relevar a una de las partes de las con-

<sup>16</sup> Ver op. cit. pág. 15 y, en especial, 18 y sgtes.

<sup>17</sup> Ver op. cit. pág. 24.

secuencias normales de una especulación comercial imprudente y que para pronunciarse en definitiva hay que analizar el contrato por las circunstancias prevalecientes al momento de su celebración y las imperantes al momento de su ejecución.

Por ello se ha dicho que el "test" para determinar cuándo se configura la frustración del contrato debe ser de carácter objetivo y que una vez que se ha producido el acontecimiento debe ser declarado como tal, con independencia de lo que subjetivamente pudieran haber pensado las partes. Deben tenerse en cuenta los usos comerciales y lo que un contratante haría en función del criterio señalado<sup>18</sup>.

Si bien la tesis nace para suplir la ausencia de la exoneración por caso fortuito o fuerza mayor, en el derecho inglés, se extiende a aquellos casos en que por causas objetivas se desnaturaliza la obligación contraída, sin que pueda imputarse culpa alguna al obligado contractualmente.

En el campo del derecho marítimo es donde se desarrolló la teoría porque se aplicó a casos en que no se había producido la destrucción de la cosa ni la imposibilidad del cumplimiento de la prestación y ello se hizo sobre la base de la frustración de la "aventura comercial" que las partes habían tenido en miras al contratar<sup>19</sup>.

Volvemos a reiterar que la frustración de la "aventura comercial" no significa que se deba relevar al obligado de la especulación asumida al contratar o de una dificultad por el mayor costo que pueda implicar el cumplimiento de la prestación.

#### *4. El problema en nuestro derecho y en el Anteproyecto.*

A) En el derecho continental y en nuestro Código Civil especialmente, existen institutos y normas que son aplicables y pueden funcionar como equivalentes de la teoría de la frustración en el derecho inglés.

<sup>18</sup> Ver op. cit., pág. 34.

<sup>19</sup> Ver op. cit. pág. 36.

Ante todo, existe la exoneración legal en supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor sobreviniente, siempre y cuando las partes no hayan asumido contractualmente el riesgo de esos hechos.

Independientemente de esa diferencia fundamental, en otros casos pueden darse las mismas soluciones a que se llega en el derecho inglés con el instituto de la “frustración”, mediante la utilización de la teoría de la “causa fin”, consagrada en los artículos 500, 501 y 502 y concordantes del Código Civil.

Los artículos 1521, 1522, 1604 (incs. 3, 4 y 6) y 1640 son aplicación de la teoría en el campo de las locaciones <sup>20</sup>.

Sin perjuicio de la funcionalidad de esos textos, tampoco podemos dejar de mencionar las doctrinas de Windscheid, Oertmann, Kaufmann, Locher y Lehmann, sobre las condiciones y circunstancias implícitas y la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, que culminan con la teoría de Larenz sobre “la base del negocio jurídico y el cumplimiento de los contratos”.

El “standard” valorativo del artículo 1198 de nuestro Código Civil, en su redacción anterior y en la nueva, así como el agregado sobre “la onerosidad excesiva debida a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, en los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales y conmutativos de ejecución diferida o continuada” están en la tendencia de modificar el principio del cumplimiento estricto y literal de las obligaciones, cuando las circunstancias se han modificado fundamentalmente.

Es interesante analizar la evolución jurisprudencial de la interpretación del artículo 619 del Código Civil y del cumplimiento de los contratos ante el cambio de circunstancias, para comprobar cómo se han aplicado esas teorías del derecho continental, que tienen una finalidad equivalente o un parentesco con la teoría de la frustración del contrato en el derecho inglés <sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Ver op. cit. pág. 37, punto 4º.

<sup>21</sup> Ver op. cit. pág. 38. Ver nuestros trabajos sobre *Obligaciones de Valor*

En síntesis, se trata de una doctrina que tiende a resolver el contrato cuando por razones de fuerza mayor o por un cambio tal de las circunstancias se desnaturaliza objetivamente la obligación contraída ante circunstancias totalmente distintas a las que imperaban al contratar. Y como teoría que fue perfeccionada legislativamente en 1943. (Ver nota 22).

B) El Anteproyecto en el artículo 1204 expresamente establece la posibilidad de declarar la resolución del contrato por frustración de la finalidad del mismo "siempre que tal fin haya sido conocido o conocible por ambas partes, que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca y no derive de un riesgo que razonablemente tomó ésta a su cargo, en razón del sinalagma asumido" <sup>22</sup>.

Frente al texto transcripto debemos formular tres reflexiones que consideramos importantes.

En primer lugar, en la redacción adoptada en la primera parte del inciso correspondiente del artículo 1204 la "frustración" se vincula a la finalidad asumida por el contratante y la posibilidad de ser conocida por la otra parte, cuando el acento debe recaer en la aparición de una causa ajena que desnaturaliza objetivamente la obligación, según resulta de las palabras y exigencias que establece el texto legal en su parte final <sup>23</sup>.

---

y de dinero, publicados en la Revista "La Ley" y mencionados en el que se registra en el Diario del 14 de mayo de 1979 y la nota 38 de la obra que estamos citando.

<sup>22</sup> El artículo del Proyecto en la parte final hace una salvedad con respecto a las indemnizaciones que pudieran corresponder, con lo cual contempla la solución que dio el Parlamento inglés, en el año 1943, después del caso "Fibrosa", para consagrar la posibilidad de compensar a quien de otro modo sufriría un perjuicio injustificadamente. (Ver op. cit. pág. 30).

<sup>23</sup> La mayoría de los civilistas argentinos no han contemplado en sus obras la teoría de la frustración del derecho inglés con excepción de unas referencias que hace el doctor A. M. MORELLO, en su libro *Ineficiencia y frustración del contrato*, 1975.

En oportunidad de la Comunicación sobre el tema, coincidimos con el doctor Federico Videla Escalada en dedicarla al doctor Luis Esteban Negri Pisano, con quien hace muchos años intercambiamos puntos de vista al respecto.

Entre los autores españoles no podemos dejar de mencionar la obra de



En segundo lugar, la teoría se vincula al artículo 1198 en la redacción que figuraba en el Anteproyecto, tal cual se presentó a la Honorable Cámara de Diputados.

Y, por último, que el juego del instituto en los artículos 1198 y 1204 hace absolutamente innecesaria la modificación al texto del artículo 1197 del Código Civil, tal cual lo redactó Vélez Sarsfield.

## V

### EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Después de la síntesis que hemos hecho sobre el origen, evolución y fundamento de la teoría de la frustración del contrato y la posibilidad de su aplicación en nuestro derecho, debemos referirnos al agregado que el Proyecto introduce al artículo 1197.

En la mañana de hoy hemos escuchado elocuentes palabras de nuestro Presidente, el doctor Marco Aurelio Risolía, criticando este agregado efectuado al artículo 1197 del Código Civil <sup>24</sup>.

---

VICENTE ESPERT, *La frustración del fin del contrato* (1968), prologada por Luis Díez Picazo (ver nota 4 en nuestra citada comunicación).

El texto del Anteproyecto posiblemente se ha inspirado en la propuesta de Vicente Espert, quien concluyó su tesis diciendo textualmente:

"Aun cuando no estimo deseable una reforma inmediata y poco meditada del Código Civil, tarea que sólo se puede abordar tras larguísimo período de estudios y controversias, postulo la incorporación a un futuro Código de una normativa en la que aproximadamente se dijera lo que sigue:

"«Cuando al celebrar un contrato se haya expresado el propósito al que con carácter básico para una de las partes va a destinarse una de las prestaciones, y este propósito haya sido aceptado expresa o tácitamente por la otra parte, o al menos no lo haya rechazado, si, por causas sobrevenidas antes de la consumación total del contrato, dicho propósito resulta inalcanzable, o deviene inútil para el que lo esperaba, o lo ha alcanzado de modo no fraudulento por medios distintos, el perjudicado por la frustración podrá eximirse de prestaciones ulteriores abonando a la contraparte cuanto en contemplación al contrato frustrado ésta haya ejecutado o gastado, así como indemnizando una justa esperanza de ganancia, siempre que se solicite la resolución en un plazo de tiempo perentoriamente razonable a juicio de los Tribunales»".

<sup>24</sup> Artículo 1197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, si las

El nuevo texto hace depender el principio tradicional, que las convenciones son para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, de la vigencia al momento de la ejecución de las circunstancias que determinaron la celebración del contrato.

El cambio de circunstancias de carácter extraordinario invocable por vía de acción o excepción, está bien previsto en el artículo 1198 y en el 1204 al incorporar la teoría de la "frustration" del derecho inglés, pero la generalidad de los términos empleados en el agregado al artículo 1197 es censurable.

Si lo que el agregado quiere significar es lo que está previsto en los artículos 1198 y 1204 es innecesario. Y si lo que se pretende es establecer una causal genérica de revisión del contrato en función del cambio de circunstancias y que funcione autónomamente, es realmente perturbador.

En el mundo moderno y, sobre todo, entre nosotros, es normal que frecuentemente se produzca un cambio de circunstancias que si bien no justificará recurrir a la causal de "frustración", el eventual deudor se amparará a la luz del texto legal que criticamos, para solicitar la adaptación judicial del contrato.

Esta observación que formulamos en una de las reuniones de nuestra Corporación cabe reiterarla porque tenemos entendido que en el nuevo texto que tiene a estudio el Honorable Senado de la Nación se ha corregido el artículo 1197, manteniéndose la redacción de nuestro codificador, pero, en el encabezamiento del artículo 1198 del Proyecto, se in-

---

circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración, y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de haberse exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución.

Artículo 1204. La resolución puede también ser declarada por frustración del fin del contrato, siempre que tal fin haya sido conocido o conocible por ambas partes, que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca, y no derive de un riesgo que razonablemente tomó ésta a su cargo en razón del sinalagma asumido. Por imposibilidad definitiva o temporaria de cumplimiento de la otra parte.

Posiblemente esa referencia a la finalidad de los contratantes es consecuencia de la adopción del principio "causalista" (causa-fin) que es una de las posibilidades que pueden utilizarse para introducir en nuestro derecho actual la teoría de la frustración del contrato. (Ver nota 23).

roduce un nuevo párrafo que debe ser objeto de la misma observación que hicimos respecto al anterior texto del artículo 1197.

Textualmente dice el agregado que “si las circunstancias que condujeron a la celebración de un contrato no subsisten al tiempo de su ejecución, el contrato podrá ser adaptado judicialmente”.

Esa adición debe ser suprimida o aclararse que la facultad de solicitar la revisión sólo juega en la hipótesis que prevé el artículo, porque de lo contrario y atenta la generalidad de los términos subsiste la crítica que formulamos respecto al anterior texto.

En cambio, nos parece acertada la transferencia del párrafo correspondiente a la frustración del contrato del artículo 1204 al artículo 1198 que se refiere al cambio de circunstancias.

Prescindiendo de las posiciones doctrinarias extremas, liberales e intervencionistas, desde hace años —26—, hemos sostenido que al amparo de los artículos 21, 500 a 502, 953 y concordantes del Código Civil, es posible adoptar soluciones justas, siguiendo las doctrinas que hemos mencionado de Windscheid y Larenz entre otros y, en especial, la del cambio fundamental de circunstancias y la frustración del contrato, dentro del marco tradicional del artículo 1197 del mismo cuerpo legal <sup>25</sup>.

25 Decíamos treinta años atrás que los principios de los artículos 953 y 21 del Código Civil deben funcionar a manera de “standars reguladores” en aquellos casos en que, aplicando algunas disposiciones contractuales, se configure una arbitrariedad que contraría los más elementales principios de justicia y equidad.

Las teorías de la falta de objeto, del abuso de derecho, del cambio de circunstancias, de la causa de las obligaciones, de la equivalencia de las prestaciones, pueden servir de fundamento para anular o no aplicar aquellas cláusulas de los contratos que resulten evidentemente arbitrarias de acuerdo con las circunstancias del caso.

Señalábamos al comentar un excelente trabajo sobre “la razonabilidad de las leyes” como tema de estudio la vinculación que tienen todas esas teorías o “standards” que son aplicación de un principio general, la interpretación “razonable” de la ley.

Ver JOSÉ D. RAY, *Limitaciones a la transferencia de acciones*, publicado en la colección de Monografías de Abeledo-Perrot, 1960.

Ver comentario a la obra de JUAN FRANCISCO LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina* (2ª ed.), Ed. Depalma, 1970, “La Ley”, 4 de octubre de 1971, t. 144.

Los juristas que han utilizado esos instrumentos han podido ofrecer soluciones justas para ciertos problemas que se plantearon. Sin embargo, ello no significa que no estemos de acuerdo con el perfeccionamiento de los textos legales y así lo hemos destacado en estas reflexiones. Hacemos votos para que se continúe esta labor porque queda mucho por hacer y mucho por perfeccionar en nuestra legislación. Sin embargo, —reiteramos— así como debe cooperarse en el avance que la doctrina y evolución requieren, la reforma debe hacerse con prudencia, consulta y difusión antes de su consagración legislativa.

LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROYECTO  
DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN  
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Juan Carlos Palmero*



## 1. — IMPORTANCIA DEL TEMA

En la consideración de las diversas reformas que se proponen en miras a la unificación de la legislación civil argentina una de la mayor importancia la constituye la que se formula en materia de personas jurídicas.

La significación emana del tema, si se tiene en cuenta que estamos ante uno de los elementos que componen una relación jurídica válida. La determinación y disciplina del reconocimiento de los sujetos de derecho, constituye uno de los pilares de toda teoría general, tanto si se la mira desde el punto de vista de la persona física como en relación con la persona jurídica. Sujeto, objeto y relación, forman parte de una trilogía esencial, al igual que debemos afirmar —como lo enseña López Olaciregui— que cualquier institución en análisis, deberá reconocerse como sujeto, como objeto o simplemente como hecho y acto jurídico, lo que exige entonces prolijidad y evitar zonas grises o fronterizas que introduzcan inseguridad en el tráfico.

Estamos persuadidos entonces, sin dejar de reconocer la importancia de las decisiones adoptadas por el Proyecto, de que algunas de ellas, bien sea porque forman parte de lo que se llama “parte general” del derecho privado y por lo mismo base de cualquier relación con los derechos especiales, o porque constituyen una suerte de ontología misma de la teoría general, lo cierto es que a nuestro criterio constituyen un tópico al que debe prestársele especial atención, pues implica una alteración —parcial, pero no por ello menos profunda— del sistema vigente.

El tema de la personalidad, que siempre preocupó a los juristas y por rara paradoja parece destinado a mantener una suerte de polémica inacabable, alcanzó sin embargo ciertas etapas de relativa calma para volver, cada tanto tiempo, a desatar como el huracán vientos de fronda y así nuevamente a replantear discusiones que parecían haberse calmado definitivamente. Las modificaciones de los artículos 30 al 50 del Código Civil seguramente tendrán esta particular peculiaridad y entonces nos proponemos, con el espíritu más abierto posible, intentar analizar la cuestión con ánimo constructivo para que este meritorio trabajo llegue a transformarse en ley, pero sin dejar de señalar nuestros puntos de vista o incluso críticas a fin de efectuar un modesto aporte a esta trascendente cuestión que analizaremos a continuación.

## 2. — LA PERSONALIDAD COMO HERRAMIENTA DE RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD CONTRACTUAL

No es el caso de abordar el tema en profundidad, pero además del problema de la libertad, base misma de toda imputación normativa, el derecho moderno se replantea permanentemente la cuestión de la igualdad, como uno de los grandes interrogantes contemporáneos.

La existencia de un desarrollo económico vertiginoso, como consecuencia del industrialismo que conlleva inevitablemente a la producción y por lo mismo a la interrelación masiva, acelera el curso del derecho privado generándose una suerte de "comercialización" del derecho civil, fenómeno que ya fuera puesto de relieve por importantes juristas de nuestro siglo.

El correcto manejo de la libertad ocupó durante muchísimos siglos a los juristas para encontrar una adecuada correlación entre el elemento interno de la voluntad con sus formas de manifestación, para lo cual se espiritualizaron las instituciones y se intentó por todas formas que nadie fuese



responsable por algo que no quiso o no fue exactamente lo que había sido su decisión libre. Podríamos mencionar en este sentido innumerables ejemplos desde la *Lex Aquilae*, hasta toda la construcción moderna de instituciones como el dolo, el error, la lesión, imprevisión, etc.

Sin embargo esta nueva modalidad de la contratación masiva, acelerada, donde la autonomía de la voluntad se desmerece frente a fórmulas predispuestas o modos contractuales de adhesión, ha generado nuevas reflexiones acerca de la igualdad necesaria en toda negociación que cuando falta, o se halla desequilibrada, no es posible concebir una auténtica ecuación de justicia.

Y bien, entre las novedades del Proyecto aparece el criterio diferenciador entre personas físicas y personas jurídicas como una de las grandes herramientas capaces de establecer este gran lineamiento divisorio, creando una serie de soluciones tuitivas para las primeras en detrimento de las segundas sobre la base del establecimiento de una presunción en el sentido de que las personas físicas constituyen la parte más débil con relación a las personas jurídicas.

Resulta una forma original el empleo de la personalidad jurídica como elemento diferenciador y al respecto merece recordarse los aspectos señalados en las Notas Explicativas cuando se afirma que el acceso a una forma asociativa más compleja, presupone la existencia de asesoramiento letrado, y por qué no decirlo también de una relativa consistencia económica, todo lo que se transforma en elementos a considerar para el establecimiento de esta diferenciación.

De esta forma y teniendo en cuenta estas reflexiones, la persona jurídica serán considerada *presumptio legis* como la parte más fuerte con relación a la "persona física" al menos así resulta de algunas disposiciones que recordaremos a continuación:

El artículo 624 afirma: "...sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 953, los jueces podrán reducir los intereses adeudados por personas físicas cuando excedan en tal medida el costo habitual del dinero en los mercados financie-

ros para deudores y operaciones similares que deba considerarse que su estipulación constituyó un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor”.

En igual sentido: el artículo 1933 establece: “. . . las personas físicas sólo pueden dar fianza hasta una cantidad máxima de dinero, determinada al tiempo de constituirla. Esta cantidad podrá estar sujeta a ajuste por depreciación monetaria. Las personas físicas no pueden otorgar fianzas solidarias, ni renunciar a causales de extinción de la fianza o a los beneficios de excusión o división”.

Además el artículo 1197, e, D, “. . . si el no predisponente fuese una persona física, la interpretación se hará en sentido favorable a él. Se presumirá la liberación si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo; cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que le sea menos gravosa”.

En el lenguaje de las Notas Explicativas se afirma que esta propuesta debe ser traducida a la terminología propia del derecho privado, dado que “público”, “consumidor” y “empresa” no son en cuanto tales sujetos de derecho lo que lleva a la explicación del porqué se optó por este sistema basado sobre la diferenciación entre persona física y persona jurídica. De esta manera entonces la parte que por política legislativa se busca proteger, esto es, al público, o el consumidor, por no ser protagonistas formales del derecho, se los identifica con la persona física como criterio restablecedor de la igualdad contractual en el derecho contemporáneo.

Es correcta la solución. A nuestro criterio debemos reconocer que dentro del derecho universal se observa cada vez con más atención este fenómeno de la aceleración del derecho privado y las implicancias que tiene el poder económico frente al mero utilizador ocasional de sus servicios o productos. No nos parece desatinado intentar alguna herramienta un poco más sofisticada que la que nos ofrece el derecho tradicional, llámese límite objetivo de los actos jurídicos (artículo 953 del CC.) o las otras soluciones basadas

sobre la teoría de las nulidades o de los vicios propios e inherentes al acto jurídico.

El criterio empleado está dotado de una amplísima latitud y obviamente se podrían traer a colación innumerables ejemplos donde el tan loable propósito legislativo sería desvirtuado en la realidad, tal como sucedería con una asociación o sociedad pequeña dotada de personalidad, frente a un comerciante individual o persona física de gran fortuna; en una palabra, llevando el parámetro a situaciones límites. Obviamente esto es verdad, pero cuando se trata de establecer los grandes lineamientos, esas pautas más amplias delineatorias de dos realidades diversas, siempre se hallarán márgenes residuales de injusticia. Lo importante es saber si el parámetro, por su proximidad a lo que sucede en la realidad, es esencialmente justo. Y en este sentido nos parece que la solución se aproxima a la realidad, al menos según lo que sucede ordinariamente, todo lo que nos lleva a concluir que puede ser una proposición aceptable.

### 3. — NUDOS TEÓRICOS QUE ABRIERON DEBATES ACERCA DE LA PERSONALIDAD DEL CÓDIGO CIVIL

En las Notas Explicativas y quizás como una manera de justificar la profundidad de la reforma en materia de personas jurídicas ya que se alteran veintiún artículos, se afirma la necesidad de reformular reglas sobre las personas jurídicas "...que habían creado nudos teóricos que invitaron a debates supuestamente metafísicos y oscurecieron el carácter meramente instrumental o clasificatorio que esta expresión debe tener...".

Como se advertirá se alude a la necesidad de poner fin a una situación conflictiva sobre el tema y superar entonces los debates y las discusiones que había despertado la antigua regulación a lo largo de más de cien años de vigencia.

Esta afirmación resulta poco ajustada a la luz de lo realmente ocurrido en el tema de personalidad y desde este pun-

to de vista —entiéndase bien, por los conflictos— no parece justificada la necesidad de variantes como las que se plantean. Quizás las explicaciones no debieron fundamentarse en esta razón sino en otras que veremos seguidamente, que implican más un cambio de sistema que una necesaria corrección del existente. Entonces no se muestra necesario, al menos desde nuestro punto de vista, justificar la reforma en los nudos teóricos existentes sino más bien, en una adecuada armonización de algunas instituciones nuevas que se incorporarían al Código Civil.

Es verdad que el propio Vélez al momento de la sanción del Código Civil ya reconocía que se trata de una materia en constante discusión y por ello evitó definiciones sustanciales tomando el atajo de la caracterización por exclusión que permitía flexibilidad frente a un debate que se hallaba por entonces en plena ebullición.

No podríamos negar también que especialmente en los primeros comentaristas al Código se debatió mucho acerca de si el codificador había aceptado *in totum* la teoría de la ficción siguiendo las enseñanzas de Savigny o si al contrario, asentado en el precedente brasileño, sus artículos podrían ofrecer soluciones más pragmáticas y en cierta manera alejadas de cualquier ortodoxia de ese momento. Pero a ser sinceros, estos devaneos teóricos no tuvieron mayores implicancias en la vida diaria del derecho y de la jurisprudencia.

Si quisiéramos resumir acerca de los principales debates que se suscitaron en torno de la persona jurídica desde la sanción del Código en adelante, merecen destacarse dos cuestiones fundamentales:

a) *Responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas*  
(Art. 43)

Uno de los tópicos que había generado encendida disputa fue sin duda el famoso problema de la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica a la luz del viejo ar-

título 43 que textualmente expresaba: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

Era evidente que según una concepción basada en los estrictos principios de la ficción, resultaba imposible admitir que un ente cuya vida era otorgada por el Estado y en consecuencia, su objeto lícito y acorde con los principios y políticas supervisadas por la autoridad pública, pudiese llegar a infringir el orden jurídico vigente. Si ello ocurría, era problema del representante infiel, pero nunca un acto propio del sujeto con personalidad reconocida.

La teoría de la concesión, o sea lo que los franceses llaman de la “cualidad conferida”, unida a la aplicación de las reglas de la representación y por lo mismo la necesaria correlación que debe existir entre mandante y mandatario, y por último el principio de la especialidad, que actúa como brújula de todo ente colectivo, colocaban la posibilidad de la comisión de un cuasidelito por parte de las personas jurídicas como algo verdaderamente imposible.

Sin embargo la realidad comenzó a hacer sentir sus exigencias. El industrialismo y su principal consecuencia el maquinismo, multiplicó rápidamente los supuestos de daños ocasionados como consecuencia del hecho del hombre o de las cosas, y esto fue transformando lo que era una posición teórica en una afirmación vacua y carente de todo sustento práctico. Por ello la doctrina primero y luego la jurisprudencia no tardaron en hacerse sentir para corregir desviaciones que venían más de una heterodoxia conceptual que de una auténtica solución de justicia.

Por ello que a nadie llamó la atención que en la Reforma de 1968, el viejo artículo 43 quedara redactado de la siguiente manera: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las con-

diciones establecidas en el título “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

Pero de todo lo expuesto, podríamos decir que esta discusión ha perdido completo sentido en el mundo jurídico de hoy y prueba de ello lo constituye el hecho de que la reformulación del artículo 34 del Proyecto en su punto 2, mantiene la misma redacción con la única modificación de su parte final, cuya justificación debe hallarse en el necesario ajuste frente a la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, pues habría quedado haciendo un reenvío a un sistema derogado.

b) *Identificación de los términos persona de existencia ideal y persona jurídica*

A semejanza de lo ocurrido con la responsabilidad extracontractual, la Reforma de 1968 puso fin a un debate que había dividido la doctrina acerca de si los términos “personas de existencia ideal” y “persona jurídica” utilizados por la ley en el artículo 32, tenían un mismo significado o si al contrario, uno debía emplearse para el género mientras que el otro era reservado sólo a aquellos sujetos cuya personalidad derivaba de un acto concesivo y expreso del Estado.

Es interesante recordar que también se había cuestionado la clasificación sobre el carácter necesario o contingente de las diversas asociaciones ya que algunas que por su propia naturaleza aparecían a todas luces como necesarias, sin embargo en la práctica se las consideraba como contingentes o posibles, tal como sucedía con los entes autárquicos o descentralizados.

Volviendo sobre el primer planteo —que es el que en realidad tuvo entidad suficiente— la cuestión se suscitó como consecuencia de que el Código había tratado el fenómeno asociativo sobre sus paradigmas, es decir, la “corporación” y la “asociación” mientras que la realidad iba demostrando que aparecían una cantidad de personas jurídicas que no es-

taban expresamente reconocidas por la Ley y requerían su espacio dentro del sistema. En este sentido cabe mencionar a la sociedad civil, algunas sociedades comerciales, la sociedad de hecho y la irregular, las simples asociaciones, etc.

Frente a esta situación la doctrina se dividió en dos posturas bien definidas:

Por un lado Salvat se inclinó por la tesis de que si bien en el artículo 32 se mencionaba ambos términos separados por una conjunción disyuntiva, lo que daría a entender que se trataba de dos entidades diversas, la realidad demostraba que eran idénticas y que no correspondía tal disquisición.

En consecuencia, según este punto de vista, el Codificador no se atuvo tan ajustadamente a la letra como afirma la nota al Título Primero, en el sentido que se ha tomado de Freitas, sino que cambiando el criterio del *Esboço* se llega a una asimilación absoluta de los conceptos.

Sin embargo, la personalidad de la sociedad civil o de algunas sociedades comerciales tendría un carácter "limitado" ya que sólo están habilitadas para ejercer su capacidad en el campo de sus negocios, no pudiendo adquirir bienes a título gratuito ni poseer derechos de familia.

En otro orden, Busso, López Olaciregui, Llambías y otros distinguidos civilistas no compartieron el criterio del autor que comentamos y en cambio se han inclinado por la interpretación de que Vélez aceptó el temperamento de Freitas y estableció una diferenciación entre las "personas de existencia ideal", a quienes consideran como el género, con las "personas jurídicas", o sea, aquellas cuya personalidad emana de un acto expreso del Estado. Sustentaron esta posición en los artículos 272 y 273 del *Esboço* y en las Notas del juriconsulto brasileño a los artículos 17 y 273 de su Proyecto.

De esta manera, las personas de existencia necesaria y las de existencia posible, pero cuya personalidad provenía de un acto de concesión expresa por parte de la autoridad —tal como surge del inciso 5 del viejo artículo 33— alcanzaban la categoría de personas jurídicas.

En cambio todas aquellas otras que aparecían como una necesidad del tráfico, en razón del fenómeno conocido como de asociacionismo moderno y que por lo tanto no estaban explícitamente reconocidas en la enunciación del artículo 33, eran “personas de existencia ideal” revistiendo los caracteres propios del género. Obviamente las asociaciones civiles y comerciales se ubican dentro de esta caracterización.

Los argumentos los encuentran en el hecho de que Vélez reconoce haberlo seguido a Freitas, todo lo que parece corroborado a la luz de esta interpretación.

Además la realidad demuestra, con la fuerza contundente de los hechos sociales acerca de la existencia de entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, que no estaban en la enumeración de los artículos 33 y 34, y por lo tanto la única salida es la señalada, además de que el propio artículo 32 divide las categorías con la conjunción “o” lo que enfatiza aún más el carácter autónomo de ambos institutos.

Bouzat en su trabajo sobre *Las personas jurídicas y la reforma del Código Civil* registra una tercera posición que sería la de Spota quien, partiendo de la premisa de Salvat sin embargo establece algunas diferencias referidas a los alcances del concepto de persona jurídica que englobaría a todos los entes, sea que tengan reconocimiento o no para funcionar.

Así las cosas se llega a la Reforma cuyo primer y más importante efecto a este respecto fue el de hacer desaparecer por completo aquella discusión en torno a si “persona de existencia ideal” y “persona jurídica” tenían un mismo significado. A partir de 1968 ambos conceptos quedan unificados aunque es bueno reconocerlo, no se expurgó de la vieja definición del artículo 32 el empleo dual, separado por la conjunción disyuntiva “o”.

¿Cómo se llegó a la definición?

La ley 17.711 entendió cristalizar el principio de libertad corporativa a través de una reformulación de los artículos 33 y 46 es decir, se mantiene la división de las personas jurídicas según su carácter sea público o privado.



En el primer caso se hacen dos correcciones dignas de encomio: se aclara que se trata de la Iglesia Católica y luego se mencionan, para que no quede lugar a dudas, los entes autárquicos o descentralizados.

Con relación a las personas de carácter privado, en la segunda parte del artículo 33 cabe distinguir:

a) asociaciones y fundaciones que tienen por principal objeto el bien común, que tengan capacidad por sus estatutos para adquirir bienes, no dependan exclusivamente de asignaciones del Estado, posean patrimonio propio y hayan obtenido autorización legal para funcionar.

Dentro de estas asociaciones y fundaciones con autorización estatal, merece recordarse la ley 19.386 de Fundaciones, que implica una especificación normativa dentro de esta categoría.

b) asociaciones civiles y comerciales y demás entes que según la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización legal para funcionar.

Es evidente que esta enumeración, unida a las disposiciones del artículo 23 a) de la ley 19.550 que regula las sociedades de hecho e irregulares, como así el artículo 361 referido a las sociedades accidentales, completa el cuadro de entidades con fines de lucro que no tienen autorización expresa del Estado y su personalidad deviene de un "reconocimiento genérico".

c) por último, se crean las llamadas "simples asociaciones civiles y religiosas" del artículo 46, ahora llevadas a la categoría de sujeto de derecho y en consecuencia con personalidad aunque tampoco obtengan reconocimiento explícito. A éstas se les aplica subsidiariamente las reglas de las sociedades civiles.

Bouzat piensa en un tercer tipo de "simple asociación" que serían las que no se constituyeron cumpliendo con las formalidades del artículo 46 y en consecuencia, aunque con

un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada para todos sus componentes, ello no obstante no acarrearía la pérdida de la personalidad, de la misma manera que la sociedad irregular no difiere de la sociedad comercial colectiva en cuanto a que son sujetos de derecho, aunque cada una tenga una manera diferente de tabicar patrimonialmente a sus componentes.

Así las cosas diríamos que la ley 17.711 con una buena dosis de practicidad hizo realidad todos los beneficios de la libertad corporativa —generalmente característica que tipifica a sistemas jurídicos contrarios al régimen de la concesión— manteniendo la orientación regalista, aunque ahora ampliada a límites casi difíciles de concebir.

La superación por la Reforma de 1968 de la distinción entre “personas de existencia legal” y “persona jurídica” por la reelaboración de los artículos 33 y 46, sin embargo no mantiene una diferenciación en los preceptos que corresponden aplicar a quienes obtienen su personalidad por un acto expreso de la autoridad de control de quienes la consiguen como consecuencia del “reconocimiento genérico” emanado de la ley.

De esta manera, para los primeros resultan de aplicación los artículos 45 al 50 del ordenamiento vigente, mientras que para los segundos desde el 33 al 44. Este doble régimen deviene de la propia naturaleza del ente, y por ello las disposiciones aludidas reconocen este doble encuadramiento.

Por último, las categorías descriptas precedentemente tienen algunas implicancias en lo que hace a la aplicación de los artículos 1806 y 3735 en cuanto las que obtienen la autorización estatal del artículo 33, 2ª parte, están habilitadas para recibir bienes por donación, herencia o legado (artículos 41, 1804, 3734 y 3735) y su capacidad plena no tiene otras limitaciones que el principio de la especialidad (artículo 35).

Las asociaciones no autorizadas del artículo 46 que hubiesen cumplido con las formalidades de constitución, o sea escritura pública o documento privado certificado por es-

cribano público, tienen capacidad amplia pero con restricciones a la aptitud para adquirir bienes a título gratuito. Había a este respecto una cierta prevención de orden político por aquello del recelo de las "manos muertas". La Reforma de 1968 ha eliminado esta incapacidad de derecho de las simples asociaciones, limitándose a requerir que el ente colectivo "existiera" al momento de la donación de la institución hereditaria o del legado.

De todo lo expresado en el presente punto queda en claro, que los nudos teóricos no habían sido de tanta magnitud como para justificar una reforma integral. Más bien, reiteramos, si alguna explicación se pretende encontrar, lo correcto sería buscarla a la luz de la nueva regulación de los contratos asociativos, como así del abandono del sistema de la concesión para las personas privadas y de los necesarios ajustes con nuevas manifestaciones de personalidad.

#### 4. — EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA DEL DERECHO CIVIL EN LA CONCEPTUACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Del análisis de las Notas Explicativas surge evidentemente la preocupación de la Comisión por evitar una caracterización de la persona jurídica restringida, es decir limitada.

Nos parece sumamente elogiable que el Derecho Civil tome conciencia acerca de la necesidad de ejercer su soberanía sobre ciertos conceptos que tienen un carácter genérico y que por lo tanto deben poseer la elasticidad suficiente como para abarcar a todas y cada una de las especies.

Merece recordarse en este sentido la propia recomendación de Vélez en su célebre nota al artículo 33 cuando efectuando una crítica al Código de Chile, expresaba: "El Código de Chile no reconoce como tales al Fisco, a las Municipalidades, a las iglesias, a las comunidades religiosas ni a las sociedades anónimas por la razón de ser regidas por legislaciones especiales o ser personas de derecho público.

Freitas combate la doctrina y afirma que debe reconocerse la soberanía del Derecho Civil”.

Hemos dicho ya en otra oportunidad, precisamente en una conferencia en la Academia de Córdoba, que este problema debía tener una adecuada respuesta en el derecho moderno ya que el fenómeno del asociacionismo ha alcanzado un desarrollo inusitado por la proliferación de las más distintas y variadas especies, llegando a poner en crisis el concepto clásico de personalidad.

No es el caso que repasemos toda la evolución de la caracterización de los entes colectivos desde la vieja definición de Florentino hasta la elaborada por Ferrara pero sí en cambio merece destacarse, que precisamente cuando se construye la llamada visión “integradora de la personalidad”, por obra de una suerte de sincretismo entre los “normativismos” y los “realismos” parecía que las cosas habían llegado a un punto de relativo consenso, es decir, daba la sensación de que este debate entraba en aguas calmas.

Sin embargo, reiteramos, surgieron una serie de cuestiones que nuevamente desataron la crisis: hubo personas jurídicas de un solo socio tal como sucede en muchas partes del mundo. Se advirtió la existencia de sujetos de derecho carentes del substracto real, o sea no tenían patrimonio y su finalidad era el desarrollo de las bases de la producción de sus componentes. También se comenzó a reconocer entes que de ninguna manera tenían un ensamble en el ordenamiento legal; es más, hasta eran pasibles de una suerte de punición expresa, tal como sucedió con las llamadas sociedades de hecho irregulares. Aparecieron situaciones anómalas, o sea auténticos tipos reconocidos por la ley pero sin embargo no daban nacimiento a un sujeto de derecho que se diferenciara de sus componentes como ocurre con las llamadas sociedades accidentales. Por último, la posibilidad de que una persona jurídica sea totalmente sometida a la voluntad de otra o de un grupo económico, genera organizaciones de segundo grado, con una finalidad autónoma respecto de sus integrantes

quienes tienen que subordinarse a sus decisiones o políticas de quienes detentan la posición dominante.

Todo esto, unido al nacimiento de otros derechos con vida asociativa muy rica, como ocurre con el fundacionismo, el mutualismo, el cooperativismo, el asociacionismo sin fines de lucro, etc., han ido perfilando una auténtica crisis del concepto de persona jurídica que obliga, como hemos dicho anteriormente, a los civilistas a pensar seriamente en un ajuste de su construcción si es que se quiere mantener el ejercicio de su soberanía.

Y debe quedar en claro que cuando hablamos de soberanía del derecho civil no lo estamos haciendo con una visión meramente geográfica o de posesión de materias a reglamentar, sino porque resulta absolutamente imposible la construcción técnica del género, que implica el dictado de normas generales, aplicables supletoriamente en cualquier caso de falencia u omisión en las reglas especiales. La relación género-especie no es una exigencia de la ciencia jurídica o de la mera especulación científica sino al contrario, una necesidad hermenéutica, un equilibrio imprescindible si se intenta efectuar una correcta cadena de interpretación de los diversos casos que ofrece la realidad.

Las claudicaciones en este sentido por parte del derecho común abren un proceso de escisión de alcances peligrosos, ya que comienzan a declararse autonomías con justificaciones por sí mismas y estas provincias, con pretensiones de república, desvirtúan las diversas especies y generan efectos perniciosos tal como sucede cuando media una superposición indebida de normas generales a la solución de problemas que son comunes al fenómeno asociativo con fórmulas contradictorias. Podría en este sentido mencionarse como un ejemplo el tiempo que demoró el derecho societario para entender que la superación de la personalidad es un caso de abuso del derecho en los términos del artículo 1071 y 48 inciso 2 del Código Civil; o las complicaciones en la regulación de un sistema integral de nulidades, o de una cons-

trucción coherente de los vicios propios o inherentes al acto jurídico.

En base a lo expuesto, y sin renunciar a la necesaria amplitud en la construcción del concepto genérico como para que sea capaz de abarcar todas las figuras que ofrece el amplio espectro del fenómeno asociativo, es que se advierten algunos síntomas importantes que nos apresuramos a destacar y a elogiar.

Por un lado, se incorpora el reconocimiento de la unipersonalidad —sin que ello implique abrir juicio sobre el modo de reglamentarla— pero el artículo 34, 4, admite que pueden ser constituidas, o continuar con un solo miembro o ninguno, mientras tengan aptitud para funcionar, con lo que se soluciona aquella exigencia del grupo humano, o también llamada pluralidad personal, sin la cual resultaba imposible concebir la personalidad.

En el punto 5 del mismo artículo 34, se relativiza el grado de separación patrimonial, afirmándose que la medida y modalidades de la separación patrimonial de una persona jurídica es la que resulta en cada caso de la ley. Esta aclaración apunta a superar algunas concepciones que consideraban sólo la posibilidad de una separación patrimonial completa como ocurre en la corporación o en la fundación, tal como se desprende de las Notas Explicativas.

Estas afirmaciones merecen nuestra aprobación, sin perjuicio de que en la consideración particular del problema surjan algunas diferencias según podrá apreciarse en los temas que son materia de desarrollo más adelante.

## 5. — MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE LA CONCESIÓN PARA LAS PERSONAS PRIVADAS

Es evidente que la preocupación de la Comisión para evitar un carácter restringido de persona jurídica no se quedó sólo en las disquisiciones que formuláramos en el punto

anterior. Muy al contrario, todo parece indicar que se ha querido hallar un sistema que acuerda absoluta libertad a las diversas manifestaciones o a los modos de asociación privada de forma tal que el reconocimiento de su personalidad no emane de un acto concesivo sino de una caracterización de sus perfiles a la luz de la interpretación jurisprudencial.

A los efectos de corroborar estas afirmaciones transcribiremos algunos párrafos de las Notas Explicativas que demuestran con palmaria evidencia estas aseveraciones, a saber: "Es necesario evitar una caracterización restringida"; "Vélez trató a la persona jurídica por sus paradigmas: la corporación y la fundación donde funciona un sistema de separación patrimonial completo"; "En el campo de los sujetos fue extendido aunque no presentasen todas las características y en particular la separación patrimonial"; "En el lenguaje moderno el campo de los sujetos de derecho ha sido extendido hasta límites que parecían muy lejanos y alcanza todo lo que sea verbalmente personificable y reviste alguna forma de separación patrimonial: así condominio de propietarios, sociedad colectiva, sociedad irregular, sociedad de hecho, simple condominio privado"; "No todas las personas jurídicas son iguales y cada una queda sujeta a las reglas legislativas propias".

Como se advertirá nos parece claro que la Comisión se está refiriendo a que de ninguna manera debe quedarse el derecho al margen del desenvolvimiento de este formidable proceso que ha ido extendiendo las fronteras a límites antes impensados y con manifestaciones dotadas de tales peculiaridades que las hacen realmente de difícil encuadramiento.

A nuestro criterio, creo que la queja de que el Código sólo había tratado a la persona jurídica por sus paradigmas, es decir, la corporación y la fundación, alude al viejo problema ante las llamadas "personas de existencia ideal" y las propiamente "personas jurídicas" diferenciando aquellas que su personalidad emanaba de un acto expreso del estado de las que lo conseguían por una suerte de reconocimiento

genérico, al menos eso es lo que se desprende de la ejemplificación antes recordada.

Sin embargo bueno es resaltar que ese problema había quedado parcialmente resuelto —decimos parcialmente porque es evidente que sobrevivieron a la reforma de 1968 algunos artículos que quedaron en cierta medida fuera de contexto— cuando se reelabora el artículo 33 y se lo completa con el 46 de la ley 17.711 donde por un modo muy peculiar, sin abandonar el régimen de la concesión, se abre el camino al principio de libertad corporativa.

Nadie podría negar que por este mecanismo se incorporó o mejor se le dio tratamiento legal a los sendos reconocimientos jurisprudenciales que habían considerado como sujetos de derecho en forma indubitable a la sociedad civil, las sociedades comerciales, las sociedades de hecho o irregulares, el consorcio de copropiedad horizontal y las simples asociaciones civiles o religiosas, con lo cual se introdujo seguridad y certeza al derecho asociativo vigente.

A título de recapitulación cabe señalar que el sistema argentino se mantuvo siempre dentro de lo que genéricamente podríamos llamar “régimen de la concesión”, distinguiéndose dos etapas bien definidas, pero a partir de 1968 el sistema se amplió con tanta extensión que llega a superponerse con los de libertad plena.

Es bueno recordar que obviamente detrás de la tradición nacional aparecen las enseñanzas de Savigny, tomadas con algunas diferencias por Freitas, pero traspoladas al Código Civil con influencia notoria. Si se recuerda la ficción ponía énfasis en el reconocimiento del acto gubernamental como forma de otorgamiento de la personalidad, no sólo por razones dogmáticas sino también políticas en las que aparecía la preocupación sobre los comportamientos de las poderosas corporaciones medievales a las que había que poner límite e igualmente encontrar modos de supervisión por parte del gobierno.

La tradición regalista tuvo fuertes defensores en la Argentina. Nos permitiremos recordar los comentarios de Pe-



dro León, publicados en 1946, referidos al intento de la Comisión de Reformas de 1936 de crear las llamadas asociaciones inscriptas o sea, una suerte de mero empadronamiento para evitar la expresa autorización cuando afirmaba: "...Nos apresuramos a decir que no somos partidarios de las diversas concepciones del Estado totalitario, pero no cabe duda acerca de que ningún Estado puede permitir la existencia de personas jurídicas que desarrollen actividades en contra de sus fines" y concluye: "...sin el régimen de autorización previa no es posible conocer si se ha dado o no cumplimiento a la ley..." como así "...por todas estas razones estimamos que no se debe prescindir de la exigencia de la autorización gubernamental para el funcionamiento de las personas de existencia posible sin excepción alguna".

En homenaje a la verdad, salvo alguna expresión aislada, no hemos encontrado quejas importantes que cuestionen el régimen regalista y con mayor razón luego de 1968, cuando prácticamente los sistemas se superpusieron dado que hubo un reconocimiento amplio de la personalidad.

¿Qué es lo que ha hecho la Comisión?

En primer lugar, ha mantenido la enumeración de las personas públicas, con lo cual la personalidad del Estado en todas sus manifestaciones y de la Iglesia Católica devienen de un acto legisferante expreso, tal como se mantenía desde la sanción del Código con las leves reformas de 1968, contrariando en este sentido la otra tendencia que consideraba que el derecho civil sólo debía ocuparse de las personas privadas dejando las públicas para otros ordenamientos.

A renglón seguido ha conservado la anterior división bipartita, sólo que ahora se suprime la enumeración de las personas privadas que hacía el artículo 33, 2da. parte, completada por el artículo 46.

A estos fines, emplea un nuevo recurso de caracterización por exclusión en cuanto define a las personas privadas como aquellas que no son públicas, lo que ha despertado algunas críticas, sobre todo con el nuevo artículo 1684 que

permite el destino privado de los bienes de asociaciones con finalidades de bien común.

Resulta evidente que con respecto a las personas de carácter privado se ha producido un *cambio de régimen*, o sea, se ha pasado del sistema de la “concesión” al de la “libertad”, con lo cual desaparecen todas aquellas enumeraciones y especificaciones que establecían las formas con que se podía manifestar esta parte del fenómeno asociativo.

En cambio pretende mantener sin embargo, la diferencia entre la asociación y la sociedad, porque al parecer y según expresa manifestación de la Comisión, no era aconsejable variar un criterio que se reconoce como consolidado en nuestra tradición nacional.

Entonces, salvo en lo que respecta a la finalidad, existe plena libertad asociativa, aproximándose al régimen suizo, tal como veremos más adelante, o a los países de tradición anglo-sajona, tan poco propensos a este tipo de regulaciones.

En consecuencia ahora no tendremos más la certeza que se desprendía del régimen de la concesión, especialmente después de la enumeración que formulaban los artículos 33 y 46 y con ello, quizá sin expresarlo de una manera directa, se privilegia el valor libertad sobre el de certeza.

Estamos persuaddios además de que esta reforma guarda coherencia con el pensamiento de uno de los integrantes de la Comisión que siempre se quejó de un exceso de intervencionismo estatal en el sistema de regulación de nuestras asociaciones y sociedades. No debe resultar extraño entonces, que en materia de sociedad simple se adopte el modelo suizo —que se correlaciona con los artículos 52 a 89 del Código Civil de ese país— y lógicamente a los sistemas de derecho privado abierto anglosajones sobre los que muestra manifiesta preferencia.

¿Cuáles serán los resultados?

A) En primer lugar no queda duda alguna acerca de la personalidad de aquellos supuestos que derivan del reco-

nocimiento expreso de la ley tal como se desprende del artículo 32, 1.2 y 3.

Tampoco parece que haya incertidumbre con relación a todos los casos, sean sociedades, asociaciones o entidades donde la personalidad deviene de un acto expreso del Estado.

En igual sentido debe ubicarse a las sociedades típicas de la ley 19.550, las fundaciones de la ley 19.836, las mutualidades de la ley 20.321 y las cooperativas pese a la falta de enumeración por parte de la ley como se ha visto.

Podríamos decir entonces, a título de recapitulación, que prácticamente se reproduce el mapa asociativo anterior, ahora sin una mención especial, pero a nuestro criterio sin que quede margen para discutir al respecto.

B) Se advierte en cambio una zona de incertidumbre a partir del Título VIII, Capítulo I "De los contratos asociativos" y muy particularmente de los artículos 1648 a 1690, que corresponden al Capítulo I "Disposiciones comunes"; Capítulo II "De la Sociedad" y Capítulo III "De las Asociaciones".

Este flamante título del Código Civil, tal como surge específicamente del artículo 1648 comprende a todo contrato plurilateral, toda comunidad de derechos, toda asociación y toda sociedad, en cuanto no sean incompatibles con las reglas aplicables a las mismas.

Comenzaremos por las sociedades. Es evidente que a la luz de la nueva regulación, encuadran dentro de este precepto los supuestos que por el Código Civil correspondían a las sociedades civiles; también las llamadas sociedades de hecho o irregulares y las sociedades accidentales. Todo este amplio espectro de situaciones ahora tendrán cabida dentro de esta normativa, sin perjuicio de funciones supletorias que correspondiese aplicar al resto de las figuras especiales.

En el orden de las asociaciones, se ubican también aquellas que corresponden al actual artículo 46, es decir las simples asociaciones civiles y religiosas cuya personalidad no

deviene del acto gubernamental, y regladas por el artículo 1681 y concordantes.

En este mismo título deben incluirse los llamados “contratos plurilaterales”, obviamente subsumiendo dentro de este concepto todo ese amplio margen de situaciones aún no clarificadas por las lucubraciones científicas, sobre todo si se repara en la contraposición de los contratos de cambio con los de pluralidad organizativa.

Por último debe aplicarse a aquellas comunidades de derechos, desde el simple condominio precario, hasta algunos supuestos más complejos de vieja discusión como la masa hereditaria, la herencia vacante o la masa concursal.

C) El principio general —con relación a los supuestos del punto 5 b)— es que no tendrán personalidad, porque quedan regulados dentro del campo de las relaciones obligatorias o convencionales sin que den nacimiento a un sujeto independiente.

Pero a renglón seguido, y sin que deje espacio a ninguna duda se afirma en las Notas Explicativas: “Lo expuesto no implica que fue propósito de la reforma imponer una conclusión que la sociedad en la nueva regulación no es nunca una persona jurídica” y concluyen: “Es claro que pueden encontrarse en ella manifestaciones de separación patrimonial para saber si estos elementos son suficientes, dependerá del alcance del intérprete”.

A título de resumen: el principio general es que deben ser considerados como contratos, o sea que no son personas jurídicas, pero si el intérprete analizando las pautas normativas y el grado de separación patrimonial juzga que se ha accedido a la condición de sujeto de derecho entonces la personalidad devendrá como consecuencia de una elaboración netamente jurisprudencial.

Aquí aparece a nuestro juicio la primera observación: hasta tanto no haya pronunciamiento de los jueces todas estas situaciones serán o no personas jurídicas conforme lo

determinen los diversos pronunciamientos y esto acarreará inseguridad, sobre todo cuando la determinación de la personalidad reviste el carácter de presupuesto para la apertura de un concurso; la extensión de un proceso falencial; la posibilidad de acceder a formas de reorganización empresarial tales como fusión, escisión o división; para conocer los sistemas de participación, control o agrupamiento entre sociedades, etc., etc., al igual que con relación a los límites del artículo 30 de la ley 19.550.

También se advierte un contrasentido al afirmarse que no ha querido restringir los alcances de la personalidad, cuando ahora genera una mutación hacia la figura contractual de supuestos que en la legislación vigente son claramente personas colectivas, tales como las sociedades civiles (artículo 1684), las sociedades de hecho o irregulares (artículo 21, ley 19.500), las simples asociaciones civiles y religiosas (artículo 46), etc., etc. O sea el Proyecto retrotrae la situación de incertidumbre de tiempos pasados, con relación de entidades que habíanse abierto camino jurisprudencial a través de los años y de los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia nacional.

Merece también objeción la vuelta de las viejas discusiones acerca de la personalidad de las asociaciones sin reconocimiento estatal, pues abrirá nuevamente el debate acerca de su naturaleza y por sobre todas las cosas se desdibuja el carácter exclusivo de bien común conforme será materia de tratamiento en el punto N° 9.

No se han tenido en cuenta los avances que al respecto ha efectuado el derecho fiscal —tan presente en todo lo atinente al fenómeno de asociacionismo moderno— ya que la concepción del tributo como sujeto de derecho de las sociedades irregulares y de hecho ha abarcado incluso figuras donde se negaba expresamente que constituyesen una persona como sucede con los acuerdos de colaboración entre empresas o las uniones transitorias, hoy castigadas sin misericordia por el derecho fiscal.

Por último no advertimos la razón de mantener dos tipos de contrataciones asociativas independientes, una en el Código Civil y otra en la Ley de Sociedades, cuando lo lógico habría sido englobarlos en un mismo título ya que no revisitarían a la luz de la reforma diferencia substancial alguna.

D) A la luz de estos antecedentes, seguramente que de sancionarse el Proyecto en la forma en que está redactado, es decir abandonando el sistema de la concesión a través de un reconocimiento amplio de la personalidad, nos enfrentamos al problema de precisar cuándo los contratos asociativos dejan de ser tales y dan nacimiento a un sujeto de derecho con los atributos que le son inherentes por la ley.

En una palabra y más sencillamente: en qué circunstancia termina el acto jurídico, o sea la relación obligatoria y aparece a la luz del nuevo derecho una persona colectiva, algo así como el misterio del alumbramiento de la personalidad jurídica.

Nos parece entonces poco aconsejable mantener estas incertidumbres sobre todo porque las instituciones anteriormente comentadas, luego de tantos años de gozar de personalidad, incluso de un tratamiento semejante en otros derechos como el fiscal por ejemplo, ahora se los va a ubicar en el campo meramente contractual. Debe pensarse que transcurrió mucho tiempo de elaboración y en este sentido se arrastra una fuerza inercial nada desdeñable. Se nos podrá decir y con razón que no es la primera vez que una sociedad por una normativa tuvo personalidad y luego cambiada que fuera se le negó, como sucedió verbigracia en la legislación italiana e incluso la francesa. Pero lo que no ofrece discusión es que se atravesarán lapsos más o menos largos de inseguridad y lo más probable es que todo quede como era entonces.

Por todo ello, consideramos como poco aconsejable el mantener un sistema como el propuesto que generará dudas, incertidumbre o inconvenientes en el tráfico.

## 6. — CONCEPTO AMPLIO DE PERSONA JURÍDICA

Además de lo expuesto precedentemente, resulta conveniente reflexionar también acerca de algunas expresiones de las Notas Explicativas que pueden traer a discusión sobre si la Comisión tomó posición en la gran polémica que ha separado a los que explican la personalidad desde una óptica “substancialista” de quienes lo hacen en cambio con una visión “formalista” o meramente instrumental.

Es verdad que se trata de una discusión teórica, diríamos del campo de la especulación científica o doctrinaria, pero ello no es óbice para que evite preocupaciones de los estudiosos, sobre todo si se tiene en cuenta la larguísima evolución que la historia muestra en el desenvolvimiento o elaboración de los perfiles de esta institución, desde los tiempos antiguos hasta nuestros días y su repercusión sobre soluciones prácticas.

Por ello no puede dejar de llamar la atención cuando se afirma muy categóricamente que el antiguo derecho “invitó a debates supuestamente metafísicos y oscurecieron el carácter meramente instrumental o clasificatorio que esta expresión debe tener” o refiriéndose a la institución en estudio, aclara que “alcanza a todo lo que verbalmente sea personificable y muestre alguna forma de separación patrimonial”.

Por último y en este mismo sentido: “El nombre de la sociedad —ha sido dicho por la doctrina y jurisprudencia de varios sistemas jurídicos— funciona en estos casos por comodidad de lenguaje, como signo algebraico, como una anotación taquigráfica que sustituye el nombre de todos los socios que sería fastidioso de desarrollar en toda su extensión”.

Hemos recordado estos párrafos para que se aprecien los fundamentos de nuestra indagación y el porqué de una pregunta que parece correcto formularse a la luz de las expresiones transcriptas: ¿es que a partir del Proyecto debemos

afirmar que nuestra legislación se enrola en las corrientes “amplias” o “negativistas” de la personalidad?

Es posible avanzar aun más en este interrogante y considerar si realmente existe una correlación entre las expresiones vertidas en las Notas Explicativas, que siempre tienen alcances doctrinarios o de simple ayuda hermenéutica pero no obligatorias, con lo que efectivamente se desprende del nuevo articulado.

A los efectos de ubicar la cuestión en sus justos términos es bueno recordar que la historia de la persona colectiva demuestra con palmaria evidencia que su construcción no ha aparecido a la vida jurídica en un solo acto, como si irrumpiese en forma espontánea. El devenir de los tiempos, las distintas teorías jurídicas que pretendieron hallar una explicación de las mismas, fueron perfilando los elementos y características tal como se las aprecia en el mundo de nuestros días.

En consecuencia, para fijar los lineamientos más generalizantes se distinguen dos corrientes fundamentales: a) los “sustancialistas” por un lado y b) los “formalistas” o “negativistas” por el otro.

### 6.1. *Corrientes substancialistas*

Los primeros ocuparon varios siglos en la construcción o elaboración de su estructura. Diríamos a título de recapitulación que pasó —tal como nos enseña en una síntesis realmente magnífica Federico de Castro y Bravo— por las etapas que van desde la Persona Ficticia a la Persona Moral, Persona Colectiva, y Persona Jurídica; o sea todo un mecanismo de elaboración en base a poner énfasis en diversos elementos que después lograron integrarse en una visión unificadora.

No faltaron en esta evolución las aportaciones de determinados juristas que sobresalieron con respecto a otros, tal como sucediera con Florentino, según su definición, D.



46, L. 22 del Derecho Romano; las aportaciones de la glosa con Sinibaldo de Fliesco después consagrado como el Papa Inocencio IV; las meditaciones de Grocio y Puffendorf, la gran polémica de la ficción, representada en la persona de Savigny o el realismo u organicismo de Gierke. Por último no puede dejar de mencionarse, por ser la síntesis final de todo este largo proceso, la célebre monografía de Francesco Ferrara y de su definición tantas veces recordada: "La persona jurídica es la creación del pensamiento jurídico, fundada en la realidad social en virtud de la cual grupos humanos organizados en razón de sus fines están investidos de personalidad".

Ni los "ficcionalistas" con su énfasis en el perfil normativista (cualidad conferida) y sus implicancias en el campo de la representación y la responsabilidad, ni los "realistas" (cualidad inferida) y sus derivaciones con la concepción del órgano y de la responsabilidad, ni mucho menos aun los "integracionistas", a través de una elaboración formal pero asentada en el "realismo jurídico", mediante la subsumición del elemento fáctico y el normativo, dejaron de reconocer que la persona era algo más que una cuestión meramente instrumental o clasificatoria.

6.2. Así es que el "presupuesto normativo", importa uno de los componentes necesarios para la construcción del concepto de personalidad y que es bien sabido que un grupo humano no es susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones porque sea persona, sino que es persona en tanto y en cuanto la ley le reconoce semejante aptitud. Fueron precisamente los seguidores de Savigny quienes con mayor claridad subrayaron este perfil que emana del necesario reconocimiento legal.

En igual sentido, existe un "presupuesto fáctico" o material que se exterioriza en una doble dimensión: Por un lado se requiere la presencia de un grupo humano, una cierta pluralidad subjetiva en miras a la consecución de determinados fines capaces de adquirir autonomía con rela-

ción a los de sus integrantes; por el otro, es menester la configuración de un elemento patrimonial —real le llaman algunos autores— en cuanto se necesitan bienes para la consecución de los objetivos del grupo. Esta organización social fue principalmente destacada por los partidarios de la “realidad” sobre todo a partir de las enseñanzas de Gierke.

Como síntesis integradora de ambas perspectivas, los substancialistas encontraron la posibilidad de convertir una “realidad socio-económica” en una “realidad jurídica” cuya característica consistió en lograr la conformación de una suerte de sincretismo y así hoy —tal como magistralmente lo lograra Francesco Ferrara— muchos creen que la personalidad se confunde o subsume en una conjunción esencial del presupuesto “fáctico” con el “normativo”, dando lugar a una “realidad técnica”.

Como se podrá advertir el “substancialismo” en todas sus manifestaciones muestra su preocupación en torno a una indagación metafísica —no porque nos traslademos injustamente del campo de la ciencia jurídica al de la filosofía— sino concibiendo a esta palabra en el sentido de dar respuestas a las indagaciones ontológicas acerca de la razón de ser de las instituciones jurídicas.

Diríamos que cualquiera sea la corriente en la que el lector quiera ubicarse, en todo el “substancialismo” la persona encuentra una explicación que le permite al legislador o al intérprete determinar en cuáles circunstancias se configura el fenómeno de la personalidad.

Es decir, como si se tratase de las partes de un todo, cada elemento de la persona jurídica es apreciable con absoluta facilidad, como así resulta posible recorrer los pasos necesarios para llegar tanto a su composición como a su descomposición.

6.3. Estas consideraciones efectuadas en los puntos anteriores permiten hallarle explicación a una serie de fenómenos muy especiales que obviamente trascienden con creces el interés meramente académico de despejarlos a saber:

a) Aunque la ley no reconocía y lo que es más grave aun, encontraba formas de punición para castigar y desalentar a las llamadas sociedades de hecho —recuérdese la invalidez de las cláusulas para invocarse entre las partes y la precariedad de su existencia ya que cualquier socio estaba legitimado para pedir la disolución—su personalidad se abrió camino sin inconvenientes demostrando que existía un “ente” diverso de sus componentes, primero mediante sendos pronunciamientos de la jurisprudencia y a partir de la ley 19.550, art. 21 y siguientes, en el propio ordenamiento societario.

La sociedad de hecho es un ejemplo evidente de como el “substracto material” llega a imponerse sobre el componente “formal o normativo” no sólo obteniendo su reconocimiento sino logrando una normativa específica del instituto mediante una serie de disposiciones que disciplinan en su integridad este fenómeno socio-económico.

En igual sentido el derecho italiano nos demuestra cómo la llamada “società semplice”, que de las disposiciones del Código surge con evidencia que carece de personalidad, sin embargo, ello no obstante, buena parte de la doctrina termina afirmando lo contrario o sea aceptándola como sujeto de derecho sin atender al precepto legal.

b) Pero el tema es más profundo. Baste advertir las lucubraciones de la doctrina como así las cavilaciones de la jurisprudencia frente al problema de la llamada “sociedad ficticia”, o “sociedades de fachada”, meras apariencias completamente vacuas de contenido y creadas con ánimo fraudulento, o lo que es igual, las tribulaciones que sufre la teoría de los “vicios propios o inherentes del acto jurídico” cuando debe trasladarse al campo de los contratos plurilaterales que dan nacimiento a personas jurídicas.

En un esquema lógico coherente, resulta difícil descubrir lo que es falso, si no se establecen los parámetros de comparación con lo que es verdadero. Así no podemos saber cuándo hay simulación si no tenemos despejada la situación normal o correcta.

¿Cómo podría un juez advertir alguno de estos problemas sin recurrir a una noción aunque sea elemental de lo que para el derecho constituye la personalidad?

Es claro que una suerte de vaciamiento de su concepción motivada en una supuesta “desmaterialización” absoluta de la figura, podría llevarnos a pensar —razonando “a contrario sensu”— que el legislador tiene libertad para acordar a su simple y particular arbitrio tanto el reconocimiento como la negación de la personalidad, sin tener en cuenta ninguno de los elementos recordados, como si la ley —ahora sí— tuviera una suerte de fuerza “metafísica” para insuflar vida jurídica más allá de su necesaria y natural inserción en el mundo de la realidad socio-económica.

c) Ha quedado demostrado que puede haber persona sin el necesario reconocimiento legal, igualmente también hemos mostrado que la ley no basta, ya que existen casos donde la realidad se ha impuesto contrariando la letra expresa de la norma, todo lo que debe servir para advertir las dificultades que ofrece esta cuestión.

Pero es posible ahondar más la indagación en el sentido del otro componente de toda persona jurídica como lo es el “fin común o autónomo” del agrupamiento que la diferencia del de sus integrantes.

Parecía que este sentido teleológico de todo agrupamiento de personas reunidas en razón de la consecución de determinados objetivos estaba perdiendo presencia. Sin embargo el derecho contemporáneo ha abierto una serie de dudas y cuestiones a este respecto que merecen detenerse a reflexionar.

Es bien sabido que en algunos países como Alemania o Brasil se aceptan los llamados “agrupamiento de derecho”, o sea un conjunto de sociedades cada una de ellas con independencia formal pero sometidas al grupo y lo que es más curioso, el interés del conjunto predomina sobre el de cada integrante con evidentes consecuencias en los correlativos deberes de “lealtad” a sus respectivas sociedades de los di-

rectivos o administradores ahora no considerados con relación a sus representadas, sino con respecto a los intereses del grupo.

¿Es viable prescindir para siempre de esos elementos en una desmaterialización absoluta del concepto de persona jurídica?

d) Sin pretender agotar los casos que hemos traído a la consideración de los lectores, sólo pretendemos mostrar que la llamada “hipostación” o “mitificación” de la personalidad —válida en ciertos estamentos de la discusión teórica ante evidentes desviaciones de algunas concepciones que implicaron exageraciones— no debe manejarse con simplicidad pues sería algo semejante a pretender que más de dos milenios de discusión fueron absolutamente en vano.

#### 6.4. *Corrientes negativistas o formalistas*

En contraposición con las concepciones “substancialistas” es posible descubrir las “formalistas” o “negativas” de la personalidad. También algunos hablan de una noción “amplia” —la que analizamos— frente a la “restringida” o “estricta”.

Sería demasiado prolongado traer a colación los antecedentes que fueron delineando los perfiles de esta corriente doctrinaria la que tuvo un importante desarrollo en estos últimos años.

Hubo sin embargo algunas etapas que merecen recordarse como presupuestos lógicos para luego poder abarcar el desarrollo integral de su planteo doctrinario y legal.

Así originariamente estas ideas fueron una suerte de desprendimiento de otras vertientes que por haber extremado el razonamiento de la llamada teoría de la ficción, tan convencida de que el otorgamiento de la personalidad lo confería el ordenamiento legal, no pudieron concebirla más que por el arbitrio y disposición exclusiva de la ley, es

decir establecieron un predominio de la norma sobre el substrato.

En segundo lugar es bueno reconocer que el extraordinario auge del asociacionismo moderno fue mostrando manifestaciones de la personalidad tan extrañas y heterodoxas que lógicamente ayudó al desarrollo de las tentativas de considerar como personificable sólo aquello que el legislador quiere que lo sea, aun sin ninguna correlación con la realidad.

En estas referencias, merece recordarse como tendencia significativa, los esfuerzos de la teoría pura del derecho, particularmente mediante los estudios de Hans Kelsen en el sentido de la “descontaminación del derecho” de otras influencias tales como la economía, la sociología, la filosofía, etc., de manera de despejar verdades universales que constituyen las bases impescindibles de todo razonamiento científico. En una orientación muy parecida las disquisiciones de Ascareli sobre la diferenciación entre “empresa” y “sociedad”. “La personalidad —afirmaba el ilustre filósofo de Viena— es una impostación gratuita efectuada por el derecho tanto para los individuos humanos como sobre los substratos conocidos como personas morales”.

En esta misma línea de pensamiento nos recuerda Federico de Castro y Bravo al profesor René David, que en un trabajo sobre *La personnalité moral et ses limites* (Travaux et Recherches de L'institut du Droit Comparé) elaborado en conjunto con otros profesores, S. Bastid, M. Drobing, etc., asegura como conclusión de un estudio de comparación que las personas jurídicas no son verdaderas personas o, en todo caso, se diferencian sustancialmente de las personas físicas.

Es más, afirma que se trata de una “expresión desgraciada” que debe considerársela sólo como una mera fórmula cuyos efectos más evidentes son: a) que el asociado es tercero respecto de la entidad y, b) que los bienes sociales en relación al socio no son bienes ajenos o de otro.

Como se advertirá parece que estos lineamientos hu-

biesen logrado la “desmitificación”, prescindiendo de la “hipostación” y “ampliando” sus fronteras de tal manera que desaparecidos los substractos, la persona no es más que una mera fórmula, un paréntesis, un número algebraico, un signo taquigráfico, una expresión de simplificación verbal, pero no alusiva a la existencia de contenidos.

Si se escruta en un estudio detenido el pensamiento de Duguit y otros seguidores de estas tendencias, es factible apreciar una cierta agresividad contra el pasado, de tal manera que pareciese que las discusiones e indagaciones de tantos siglos fuesen más una rémora de la antigüedad, que la necesaria investigación de los elementos esenciales de una institución a través de la historia.

Así las cosas, a quien lea atentamente las Notas Explicativas le volverán a la mente estas doctrinas ya que “los debates metafísicos oscurecieron su concepto y el carácter meramente clasificatorio o instrumental que esta expresión debe tener”.

Parece claro que la Comisión ha mostrado ciertamente su inclinación por el concepto amplio de la personalidad, ahora —según su criterio— con alcances formales e instrumentales es decir opuesto a cualquier intento de caer en explicaciones metafísicas.

## 6.5. Conclusiones

La primera pregunta que corresponde formularnos es la siguiente: De aprobarse el Proyecto de unificación, ¿esto implica que la ley se ha enrolado en la concepción formalista o negativista, tal como afirma la Comisión?

A nuestra manera de ver la respuesta debe ser negativa. Esto significa que la discusión permanecerá abierta con la posibilidad cierta de continuar cada jurista convencido de sus propias argumentaciones como hasta ahora. Es más creemos que la reforma no introduce cambios a este respecto.

A) En primer lugar es bien sabido que el legislador puede incorporar elementos que ayuden al intérprete con aportaciones de antecedentes, precedentes o explicaciones científicas de su decisión, pero a los efectos de la solución justificable, sólo cuentan las “palabras de la ley”. Esto ya estuvo suficientemente experimentado con las notas de Vélez Sarsfield y abundantísima jurisprudencia en este sentido.

B) En segundo término, el artículo 32 del proyecto continúa sin cambio definiéndola por exclusión, lo que implica que la ley no toma posición doctrinaria alguna.

C) También es bueno señalar que si se analizan las pautas del artículo 34 del Proyecto se advertirá que con excepción de los ajustes necesarios para comprender algunas manifestaciones más modernas del fenómeno asociativo, se mantiene inalterable el principio de la “representación”, (podría haberse introducido la teoría del órgano como lo hace el artículo 54 del Código suizo); el de la “especialidad” del actual artículo 35; el de la “responsabilidad extracontractual” de la persona jurídica del artículo 43; el de la “capacidad amplia” con relación a los fines de su creación, y se ha aclarado ahora —además el de la unipersonalidad— ya que la medida y modalidades de la separación patrimonial es la que resulta en cada caso de la ley.

D) De todo lo expuesto se infiere que aunque las Notas Explicativas tomen una posición francamente formalista o negativista en lo que hace a la construcción jurídica de la personalidad colectiva es bien claro que estas afirmaciones no encuentran correlato lógico en la norma la que, como vimos, salvo ciertos cambios hechos en algunos aspectos, sin embargo no tiene consecuencias en este sentido.

E) Hay una observación que merece un párrafo especial. Hemos dicho ya, que se ha suprimido el régimen concesivo del actual artículo 33, 2ª parte, y 46 del Código Ci-



vil, para pasarse a un sistema de absoluta libertad corporativa con respecto a las personas de carácter privado.

Es verdad que en muchos casos —pese a esta omisión de clasificación— la personalidad continúa aún en el Proyecto emanando del reconocimiento expreso o genérico de la ley.

Pero con relación concreta a los llamados “contratos asociativos”, tal como se destaca con claridad en las Notas Explicativas, el otorgamiento o no de la personalidad será obra de la jurisprudencia según los antecedentes del caso.

Aquí aparece una contradicción que corresponde destacar: si la persona es sólo una mera fórmula, un paréntesis o un número algebraico; si se afirma con absoluta rigidez que la personalidad se ha desmitificado por este proceso de desmaterialización producido por los juristas modernos, ¿cómo harán los jueces para reconocerla si la ley no los menciona?

Me parece que se los está condenando a la búsqueda de un fantasma. Es que no se compagina un sistema de absoluta libertad que evita la existencia del *numerus clausus* con una posición auténtica, formalista o negativista, que importa siempre una desviación exagerada de la teoría de la ficción.

Recuérdese que los grandes propiciadores de estos sistemas abiertos son justamente quienes defienden la tesis absolutamente contraria, es decir, Gierke y todos los seguidores de la teoría de la realidad, que consideran la personalidad como una cualidad inferida y no como una cualidad conferida por la ley.

Si debajo de la ley no hay substrato ¿cómo podemos identificarla ante el silencio de la normatividad?

Pero esta contradicción, reiteramos, apunta a la concepción teórica que surge de las Notas Explicativas, pues estamos convencidos de que más allá de la incertidumbre señalada por el cambio de régimen, el debate científico acerca de la personalidad no sufre variantes significativas. Es

claro que mejor hubiese sido mantener la prudencia de Vélez cuando se trata de temas como el que analizamos en este punto.

## 7. — CONTRATO-PERSONALIDAD

Hemos visto el cambio de sistema adaptado por el Proyecto en materia de personas de carácter privadas del régimen de la concesión (artículo 33, 2ª parte y 46 del Código Civil) por otro abierto o de la libertad, genera la necesidad de saber en qué momento se produce ese misterio de la concepción donde una relación meramente obligatoria pasa a generar un sujeto de derecho diferenciado de sus componentes.

Es decir el ordenamiento en consideración agudiza una indagación que a decir verdad no es totalmente extraña al vigente aunque la enumeración detallada de los supuestos alivia los centros de mayor conflictividad.

Pero el artículo 1648 dispone que los contratos llamados genéricamente “asociativos” comprenden a toda comunidad de derecho, toda sociedad, toda asociación y todo contrato plurilateral.

Esto significa que cualquiera de estas figuras, si bien en principio están encuadradas dentro del campo de las relaciones meramente contractuales, en determinadas circunstancias pueden dar nacimiento a un sujeto de derecho.

En el terreno societario estarán en esta situación todas aquellas cuya personalidad no encuadra en las previsiones de la ley 19.550 y mencionadas en el punto 5.

Con relación a las asociaciones, se hallarán también en este supuesto todas las nacidas de una convención, que sin embargo no han obtenido autorización estatal para funcionar.

En la comunidad de derechos, continuarán los debates con relación a ciertas formas de condominio o indivisión de bienes como así en las masas hereditarias o falenciales.

Por último, el contrato plurilateral a la luz del proyecto podrá dar nacimiento —sin mayores cambios de base— tanto a una persona jurídica como a una relación meramente obligatoria bi o plurilateral.

Cabe entender entonces esta pregunta ¿es posible saber cuándo algunos de estos casos dará nacimiento a la persona jurídica?

A nuestro criterio —y en este sentido tomamos muy en cuenta las enseñanzas de Ferro Luzzi en su monografía sobre *I Contratti Associativi*— debe existir primeramente una base o substracto de organización.

La organización presupone generalmente —y no de forma necesaria— un grupo humano que efectúa una serie de prestaciones con un sentido de “convergencia” y “autonomía” que la diferencian del simple contrato de cambio.

Este sentido direccional de las prestaciones constituye un dato de real importancia pues mientras que en el contrato de cambio una va y la otra viene precisamente por la naturaleza causal del negocio, en los contratos que dan nacimiento a una organización las prestaciones se encaminan en una misma dirección: es decir, la formación del patrimonio de la persona colectiva.

También es factible formular alguna observación con relación al tiempo de estas prestaciones: mientras que en un caso el desplazamiento concluye por el intercambio de las mismas, en la otra situación hay un sentido de permanencia como sucede al integrarse un fondo, el patrimonio, o el capital, etc., de la personalidad.

A todo esto hay que agregarle una segunda y principalísima observación: toda esta organización sólo da lugar a una entidad (real o jurídica) si media una “finalidad común”; quizás para ser más exactos habría que afirmar una “finalidad autónoma” de forma tal de poder incluir el fenómeno de la unipersonalidad.

La “finalidad común” es la brújula que muestra no sólo la visión estática o estructural de la persona, sino también

la que facilita una perspectiva dinámica o funcional y permite controlar el grado de acatamiento a la "especialidad", o si en el transcurso de su vida genera o no una desviación o desnaturalización abusiva de sus fines.

Autores como Veaux que han trabajado años en el análisis de las sociedades fraudulentas o ficticias, escrutando cientos y miles de casos jurisprudenciales europeos y especialmente franceses, llegan a la conclusión de que el fin conforma la esencia misma de la personalidad.

Como decía Vallet De Goytisoló para entender algunos fenómenos actuales del derecho civil, no sólo basta fotografíarlos, sino también es necesario filmarlos, de forma tal que se asegure la congruencia estática y dinámica de todo sujeto colectivo.

El fin se divide a su vez en dos aspectos a considerar: uno meramente objetivo, que apunta a la necesaria correlación que surge del contrato con las metas propuestas, tal como se advierte con claridad en el campo societario o de las asociaciones: así resultará inviable que una sociedad exclusivamente de inversión se dedique al comercio o a la agricultura o que una asociación civil o religiosa desarrolle una actividad bancaria o financiera.

También en esta perspectiva el fin debe ser autónomo, o colectivo, es decir no puede darse una superposición de finalidades sin que ninguna vaya en desmedro de la otra, como ocurre en los casos donde una sociedad funciona a merced o es sojuzgada abusivamente a los intereses de quien detenta la mayoría y ejerce su administración, o cuando hay confusión de gestiones o de patrimonio.

La otra visión es de carácter "subjetivo", apunta a un elemento de tipo espiritual, consistente en la decisión o efecto colectivo de alcanzar esos fines en común, afrontando los riesgos de una empresa conjunta.

La finalidad autónoma o común, considerada tanto en su manifestación objetiva como subjetiva, constituye una nota esencial en la determinación de las diferencias entre acto jurídico y personalidad.

Sin estos elementos un juez no podría descubrir cuándo se encuentra frente a una persona jurídica, para dar vida al principio de libertad corporativa ahora introducido en el Proyecto, como también, tampoco le será viable apreciar cuándo se dan los supuestos de abuso o desviación previstos por los artículos 1071 del Código Civil y 54 de la ley 19.550 y 22.903 que genera la inoponibilidad frente a los terceros perjudicados.

Si se analiza con detenimiento el artículo 34.3 se determina que las personas jurídicas tienen en general la misma capacidad que las personas de existencia visible para los fines de su creación; quiere esto significar que capacidad y finalidad están ligadas teleológicamente lo que permite construir al sistema sobre estos lineamientos.

Ello no obstante, pensamos conveniente agregar el concepto de "autonomía" como un modo de consolidar más explícitamente las consideraciones que hemos desarrollado de manera de facilitar y agregar certidumbre a las nuevas y ampliadas funciones que tendrán los jueces si el proyecto se aprueba sin cambio.

Otra sugerencia a realizar, es que la 2da. parte del artículo 54 de la ley 19.550, se incorpore debajo del artículo 2 de la misma ley, para darle un sentido más general como fuera originalmente proyectado.

## 8. — PARTICIPACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES

Es bien sabido y no hace falta abundar en consideraciones acerca de la polémica que se desatara en la doctrina nacional en torno del artículo 30 de la Ley de Sociedades, en cuanto prohíbe toda participación de una sociedad por acciones en otra sociedad que no sea también por acciones.

No podríamos silenciar tampoco que el debate bajó indudablemente de tono cuando a través de la ley 22.903 se descomprime la situación creada hasta entonces mediante la

regulación de los Contratos de Colaboración Empresaria por medio de los cuales se dio cauce a una necesidad imperiosa del tráfico, en el sentido de lograr acuerdos para la realización de determinados emprendimientos, sin que ello obstara a que cada integrante mantuviese su autonomía y actividad normal.

En una palabra el "aggiornamento" del estatuto societario receptó los antecedentes que el derecho continental exhibía en materia de agrupamiento de sociedades por colaboración o lo que es lo mismo, las llamadas "joint ventures".

El Proyecto de Unificación ha establecido modificaciones importantes en este tema, que merecen ponerse de relieve, para lo cual formularemos una serie de consideraciones a partir de una comparación inevitable entre la situación actual y la que se producirá al aprobarse el mismo.

Creemos necesario recordar tres normas que deberán correlacionarse inexorablemente, si es que se quiere comprender en su conjunto, la nueva regulación de los agrupamientos de colaboración propuesta en la Reforma, a saber:

Por un lado el artículo 34, en cuanto dispone la capacidad de las personas jurídicas como igual a la de las personas de existencia visible para los fines de su creación; o sea se ha optado por el sistema más amplio posible a este respecto.

Con este dispositivo debe relacionarse el artículo 2 de la ley 19.550, que afirma "La sociedad es sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley", despejándose así cualquier duda acerca de la personalidad de las sociedades típicas.

Por último el artículo 30 es modificado en su última parte en cuanto dispone, "Sociedades por acciones. Incapacidad. Las sociedades anónimas y las en comanditas por acciones, no podrán formar parte de una sociedad de un tipo regulado en el Capítulo II de esta Ley que no sea sociedad por acciones".

El cambio surge a la vista: se ha reducido el campo de aplicación de la limitación sólo a las sociedades típicas, es decir las que enumera la ley de sociedades, y por lógica consecuencia, no media prohibición alguna para formar parte

de otros contratos o acuerdos asociativos, sean o no persona jurídica.

A los fines de tener una idea más precisa diríamos que en la situación actual, hay suficiente consenso en afirmar que una sociedad por acciones tiene prohibido formar parte de una sociedad de hecho, de una sociedad accidental o de una sociedad civil, todo sin perjuicio del resto de las tipologías descritas en la Ley de Sociedades que no sea la por acciones.

En el proyecto, en cambio, por obra de las modificaciones propuestas, los márgenes participativos se verán sustancialmente alargados en un sentido permisivo, según veremos a continuación:

Por un lado, se podrá emplear como hasta el presente las fórmulas de los llamados "Contratos de Colaboración Empresaria" previstos en los artículos 3, 6, 7 y subsiguientes de la Ley 19.550, que como es sabido abarcan tanto los Agrupamientos de Colaboración como las Uniones Transitorias de Empresas, sin que estos comportamientos importen el nacimiento de una persona jurídica.

Pero además de esta posibilidad, ahora les quedará expedita la celebración, sin que les alcance la prohibición del artículo 30, de los "Contratos Asociativos" del artículo 1648, es decir, tanto el de "Sociedad" (artículo 1652), el de "Asociación" (artículo 1691) y también toda suerte de contrato plurilateral o comunidad de derechos.

Obviamente por haberse suprimido las "sociedades accidentales" del actual artículo 361, como así la supresión de la figura del socio oculto mediante la reformulación del artículo 34 última parte de la Ley de Sociedades, también podrán adoptar estas formas sin que les pese restricción alguna.

En una palabra los andariveles de participación de las sociedades por acciones quedarán divididos, por una suerte de muro separatorio en dos grandes zonas:

- a) área general o civil, donde todo es facilitado y,

b) área específica o societaria, con restricciones sólo a las sociedades de una misma naturaleza.

Más sencillamente, el campo del derecho civil abrirá fronteras sin la regulación normativa más que la autonomía de la voluntad para receptor, no sólo metodologías que vehiculen agrupamientos por colaboración, sino también las por subordinación, abriéndose de esta manera un doble sistema que responde obviamente a una dual inspiración o basamento científico y doctrinal.

Se ha logrado de alguna manera que el "Derecho Continental", que podría ser personificado en las ideas de Halperin y el "Common Law" definido en el pensamiento de Le Pera, convivan influyendo uno, sobre el derecho societario, y el otro sobre el derecho común, lo que constituye a nuestro criterio una solución muy particular y poco razonable.

8.1. Lo primero que debe ponerse de relieve es si esta limitación del artículo 30, resulta genuinamente una restricción a la capacidad de derecho de las sociedades por acciones, o si más allá de que así objetivamente se exteriorice, en realidad forma parte de un sistema regulatorio de todo el fenómeno de participación societaria.

Decimos esto porque hay quienes lo miran como si se tratase de la introducción de una gravísima restricción a la autonomía de la voluntad, generándose una suerte de *capitis diminutio*, propia de las legislaciones antiguas, inconcebible en los tiempos actuales.

A nuestro criterio esto merece una reflexión, y pensamos que no debe considerarse al artículo 30 sobre esta dirección, sino al contrario concebirlo más bien como la norma base de toda una serie de regulaciones que tratan de disciplinar el fenómeno más amplio de la "participación o agrupamiento societario".

Si el tema se desplaza del ángulo estrecho de las incapacidades de derecho, y se ubica dentro de una perspectiva de vinculaciones o relaciones participativas movidas por el llamado proceso de "concertación económica", entonces el problema cobra otra dimensión, pensamos que se torna mucho



más comprensible y además se le quita ese reproche de afectar la libertad que nadie discute y todos los juristas queremos cristalizar de la mejor manera posible.

También corresponde señalar que el tópico de los comportamientos intersocietarios corresponde a una tendencia universal, cuya mayor o menor intensidad depende sin ninguna duda del grado de desarrollo económico y por sobre todo de la densidad patrimonial lograda en una determinada circunstancia.

Pero de una manera o de otra, en todos los países, el derecho muestra evidencias de que los estatutos societarios han debido ocuparse del agrupamiento porque gravita directamente en su desenvolvimiento interno de las llamadas economías de escala, en la talla de las empresas, y por qué no mencionarlo, en el tan mentado problema de la sociedad transnacional o multinacional.

A este respecto en el mundo se advierten dos sistemas jurídicos de tratamiento:

A) por un lado —y como en tantas otras instituciones del derecho privado— el Common Law, y en general el derecho americano —mucho más liberal a este respecto que el inglés— han abordado la cuestión sin una regulación específica. Aunque existen ciertos precedentes en la legislación anti-trust, o en la construcción de la llamada teoría de la *Disregard of legal entitys*, las metodologías de agrupamiento societario se desenvuelven sobre cauces flexibles y la autonomía de la voluntad juega un rol decisivo, moviéndose sobre pocas figuras de limitación y además muy difusas, tal como sucede con la *joint venture* y su relación con la *partnership* y la *corporation*. Las investigaciones científicas que efectuamos en alguna oportunidad para determinar con cierta precisión sobre las “*joint ventures*” arroja conclusiones de tanta latitud que sólo la fuerza de una tradición como sucede en los pueblos sajones, puede hacer que las mismas sean sin duda una herramienta de uso frecuente y de alguna manera adecuada a sus requerimientos.

B) Contrariamente puede apreciarse al derecho continental, que por cierto con sus diferencias —y por qué no reconocerlo en algunos casos diríamos que hasta notables— ha pretendido afrontar el problema de la participación societaria a través de una regulación normativa —más o menos prolija— que apunta a encontrar pautas generales tanto para las relaciones de primer grado (societarias) como así a las de segundo grado (suprasocietarias).

Francia, Alemania, Italia, España, la Comunidad Europea, son un ejemplo evidente de esta otra concepción que, sin desconocer la fuerza y la iniciativa de las decisiones privadas, que estimulan y activan el fenómeno participativo, ello no ha obstado para tratar de establecer dentro de lo posible ciertas reglas que aseguran una compatibilización entre la libertad con la certeza y por sobre todo, la transparencia del sistema.

En definitiva las opciones parecen delinearse sobre respuestas a un mecanismo de agrupamiento abierto o por el contrario reglado, tal como se puede inferir de la contraposición enunciada precedentemente. Es evidente además que la ley 19.550 originariamente y con posterioridad la ley 22.903, abordaron la cuestión sobre los modelos europeos, y de esta manera puede afirmarse que con excepción de la figura de los llamados “agrupamientos de derecho” —existentes sólo en Alemania y Brasil— sus disposiciones están acordes con las legislaciones más avanzadas del mundo, o según opinión de un destacado jurista francés, a la vanguardia de este momento.

Queda claro entonces, que de seguirse adelante con el proyecto convivirán con él dos regímenes diferentes, es más dos concepciones científicas dispares, una para la legislación societaria o sea la de los tipos regulados en el Capítulo II, de inspiración continental, y por otro lado la legislación civil o común se regirá conforme los antecedentes sajones del *Common Law*, donde no les alcanzará por obvias razones de buena técnica hermenéutica, ninguna de las normas especiales de jurisdicción sólo en el campo societario.

¿Cuáles son los fundamentos o razones por las que el derecho nacional se ha mantenido hasta el presente dentro de los lineamientos del Derecho Continental?

Más allá de la importancia de una tradición histórica y cultural a tener en cuenta por cierto, pero que no bastaría para justificar el sistema, resulta evidente que la legislación argentina ha abordado el fenómeno intentando compatibilizar los beneficios indudables de la mayor libertad asociativa, con los principios de certeza y transparencia, teniendo en cuenta no sólo una visión exclusivamente interna sino también el ensamble del país en el contexto universal.

Si se revisa el pensamiento de Halperin —mentor indudable del artículo 30— de ninguna manera se desprende el propósito de trabar el comercio ni afectar la autonomía de la voluntad, sino la preservación del principio de la tipología societaria, que de esta manera asegura que una sociedad por acciones no se vea en la posibilidad de quedar sometida a otras influencias que la desnaturalicen en su razón de ser como institución, tanto en lo que se refiere al régimen de control interno y externo, representación, responsabilidad y personalidad.

La *ratio legis* de la norma debe buscarse en el intento de impedir, a través de una participación societaria, que la sindicatura pierda la posibilidad de manejar la totalidad de los elementos de juicio referidos al control de legalidad, como de auditoría; que las abiertas o sometidas por cualquier causa al control del artículo 299 no la burlen por esta otra vía; que la representación se mantenga indelegable e indivisible en el órgano de administración, y no se vea compartida a través de otras personas que podrían adquirirla en forma indistinta según el tipo o la situación en que se haya trabado la relación; que la limitación de la responsabilidad perdure y no haya modos ajenos a la vida societaria de extensión de pasivo y extensión de quiebra por los que se alteren sus propias deudas; que los accionistas mantengan en plenitud sus derechos societarios a la información, participación, etc. de forma tal que la contabilidad arroje transparencia a la ver-

dadera situación que corresponde a esa sociedad, de modo tal que el mercado de capitales pueda seguir canalizándose por esta tipología específica; que no se genere una zona de confusión entre las metodologías de agrupamientos de primer grado con los de segundo grado, para que la lealtad de los directores y administradores como así los movimientos patrimoniales entre las empresas tengan la claridad y exactitud que corresponde.

Se podrá decir —y no sin razón— que en el Proyecto se suprime el fantasma de la sociedad de hecho, una de las razones de la limitación en análisis, pero también es verdad que la sociedad del artículo 1652 tal como está establecida en el Proyecto, no excluye varias de las dificultades enunciadas, al menos en principio, y mucho más aun si la jurisprudencia termina afirmando que ellas constituyen un sujeto de derecho.

Cuando en el seno de la Comisión de Reformas de la Ley 19.550 se debatió sobre si era conveniente o no la derogación del artículo 30, hubo en general acuerdo en defenderlo sobre el criterio de las razones expuestas, pero siempre impidiendo que esa disposición se transformase en un dique o corset que obstaculizara el movimiento económico, sino simplemente como una norma de referencia, pero de ninguna forma como una *capitis diminutio* de las anónimas.

Pero seríamos injustos si dijésemos que el agrupamiento societario se agota con este dispositivo. Mencionaremos otras normas que integran el conjunto de regulaciones del fenómeno participativo, de las condiciones que la ley establece para que una sociedad forme parte de otra sociedad cualquiera fuese el tipo de que se trate.

El artículo 31 con la finalidad de preservar la necesaria “especialidad” del objeto social, establece que ninguna sociedad cuyo objeto no sea exclusivamente financiero o de inversión, puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales; es decir na-

die puede negarlo, se intenta disciplinar en este aspecto del "fin común" una necesaria relación de coherencia que puede desnaturalizarse con la participación o agrupamiento.

Se prohibió a través del artículo 32 las llamadas participaciones recíprocas o cruzamientos ficticios para asegurar transparencia a estas vinculaciones y al mismo tiempo asegurar la intangibilidad del capital social, o sea el presupuesto fáctico de la personalidad. Esta directiva puede encontrarse en buena parte de las legislaciones modernas sin que nadie las considere un ataque a la libertad de empresa.

A veces la toma de contacto entre las sociedades no se hace en un acto, sino que se desenvuelve a través de un verdadero proceso que puede ser mensurado según el grado de profundidad. Así el artículo 33, 2ª parte, define lo que se entiende por "vinculación" que implica participación en más del 10 %, y a renglón seguido dispone que cuando se llegue a más del 25 % hay obligación de comunicárselo, a fin de que la próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del caso. Por supuesto, se busca aquí poner orden, de establecer parámetros ciertos y según nuestro conocimiento no se ha escuchado en la doctrina nacional, ni en la extranjera quejas sobre tales disposiciones.

La noción sobre "control jurídico" (art. 33, 2da. parte, ley 22.903) y la de "control de hecho" (art. 33, 2da. parte, ley 22.903) es ahora regulado en sus dos comportamientos más significativos por nuestro estatuto legal, en una actitud de reconocimiento del fenómeno más común a las metodologías de agrupamiento por subordinación.

Sin embargo la situación de control genera una serie de consecuencias a saber: obligación de ponerlo de manifiesto para reconocimiento de los accionistas en la memoria (art. 66); individualización por separado en la contabilidad y reflejo en los balances de créditos y deudas entre sociedades que forman parte del control (art. 63 b, 63 l a); incompatibilidades para ejercer la sindicatura de los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante (art. 286, 2da. parte).

Paralelamente la Ley de Sociedades regula mediante un agregado al art. 54, la explicación de la “inoponibilidad de la sociedad” cuando existan situaciones donde este control sea ejercido en forma abusiva, es decir sin perjuicio de terceros, con lo cual se disciplina la figura de la “superación de la personalidad” que venía siendo reconocida por la jurisprudencia nacional a través de una interpretación de los arts. 2 de la ley 19.550 y 1071 del Código Civil.

A estas regulaciones pueden agregarse otras metodologías de agrupación más rigurosas como lo constituyen la fusión y escisión del art. 82 y concordantes de la Ley de Sociedades en sus diversas manifestaciones, unido a otras instituciones propias de la reorganización societaria, completando el cuadro del tratamiento legislativo de los agrupamientos societarios o de primer grado.

La finalidad de estas regulaciones debe hallarse sin ninguna duda en la necesidad de disciplinar, regular, encontrar parámetros de certidumbre, arrojar transparencia a un fenómeno patrimonial lícito, de forma tal que sin vedarlos, sin prohibirlos, pero al mismo tiempo, sin ignorarlos, se compatibilicen dos valores imprescindibles de la vida jurídica: libertad y seguridad o certeza.

Se podrá decir que estas normas disciplinarias de los agrupamientos societarios no son necesarias. Igualmente es viable sostener que tampoco se precisan los tipos sociales, y extremando el argumento, en una situación absolutamente límite sería factible afirmar que basta para organizar un sistema de derecho privado la existencia de los arts. 1197 y 1037 (autonomía de la voluntad) y los arts. 953, 1071, 1072 y 1109 (márgenes de la licitud). Una posición semejante, consideraría como restrictiva de la libertad de comercio toda regulación de los contratos reglados o de las tipologías societarias, salvo quizás la sociedad anónima y la sociedad colectiva —tal como lo hace el Common Law— pero lo que nadie dejaría de reconocer es que esta orientación privilegia uno de los valores (el de la libertad) en detrimento del otro (el de la certeza).

Es evidente entonces, a la luz de los antecedentes expuestos que el legislador argentino tendrá que elegir si mantiene nuestro derecho dentro de los parámetros de la vertiente continental, de la manera como lo ha venido haciendo hasta ahora, o si por el contrario a través de las variaciones introducidas al art. 30, permitirá a través de la vía "civilística" una modificación sustancial de régimen para adoptar un modelo claramente sajón o del derecho consuetudinario americano "Common Law".

Mantener el sistema dual tal como ha sido propuesto, generará problemas. En primer lugar habrá dos metodologías de agrupamiento por colaboración, ahora superpuesta con respecto a la ley civil o a la ley societaria. Sin embargo la base económica será idéntica, sólo que en un caso y a través del art. 1648 o 1652 le bastará el convenio, incluso hasta verbal y los supuestos de las Uniones Transitorias del art. 377 de la Ley de Sociedades tendrán que ajustarse a la reglamentación allí especificada.

Es más la Unión Transitoria no da nacimiento a una personalidad mientras que la sociedad puede o no dar lugar a un sujeto de derecho, según lo disponga en el futuro la jurisprudencia.

Preguntamos, ¿tendrá algún sentido constituir un agrupamiento de colaboración en la orientación del art. 367 de la Ley de Sociedades, cuando puede hacerse lo mismo por la vía civil del art. 1648?

Aparte de esta indagación y la incertidumbre acerca del reconocimiento o no de la persona, se agregará otro factor a considerar: todas las disposiciones especiales o sea las que corresponden a la ley de sociedades no son aplicables al campo de los contratos asociativos, o la sociedad o la asociación.

Además si la jurisprudencia dispone que no son contratos y por ello generen el nacimiento de un sujeto de derecho, no tendrán que llevar contabilidad común, salvo la individual y siempre que se adecue a las nuevas disposiciones del art. 1016.

Se afirma también que si se cometen situaciones de abuso en la participación intersocietaria, existen herramientas para ponerle límite como sería el art. 2 y el art. 54 de la Ley de Sociedades, pero obviamente que estos dispositivos no resultarían de aplicación pues su ámbito quedaría reducido sólo a las sociedades típicas de la ley 19.550, y en este sentido, nadie podría negar que un juez tendría mejores elementos de constatación en el supuesto societario que en el general, tanto con relación a la prueba como así a la apreciación o detección de los comportamientos patrimoniales intersocietarios.

Tampoco creemos que todo el articulado mencionado (artículos 31, 32, 33, 66.6, 63 b, y 63 Ia, 226, 82 y conc. de la ley 19.550) serán aplicables a los agrupamientos efectuados por la vía civil lo que dará cauce a un sistema absolutamente abierto en este campo con todas las consecuencias que pueden derivarse tanto para la certeza como para la transparencia del sistema.

La solución es mucho más amplia que la que se intentara a través del art. 24 de la ley 21.778 que abrió cauces para los llamados contratos de riesgo petrolero que, salvo la suspensión en razón del objeto de la prohibición del art. 30, en lo demás estaban vigentes todos los dispositivos de la Ley de Sociedades.

8.2. Pero veamos ahora cuáles pueden ser las soluciones.

Es evidente que existe un problema y que Le Pera lo ha puesto de manifiesto en su libro sobre *Joint Ventures y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresaria* referido con las llamadas "*non incorporated Joint Ventures*", las que el art. 30 veda por la limitación general, salvo la excepción regulada a través de los "contratos de colaboración empresarial" (arts. 367 y concordantes de la ley 19.550).

Al parecer se formulan reclamos con respecto a la solución brindada por la ley 22.903 en mérito a no haber sido suficiente, y por lo tanto se insiste en la posibilidad de negociaciones abiertas en este sentido, para así evitar cualquier forma de limitación a la autonomía de la voluntad negocial.



El Dr. Le Pera formula en su libro una serie de críticas a la Reforma de 1983 y por lo tanto insiste en su planteo inicial en el sentido de que la prohibición cuestionada no encuentra salida ni por la sociedad accidental, ni por los contratos parciarios ni menos aún por las uniones transitorias o los agrupamientos de colaboración. Es decir, parece que la solución sólo es la que da el derecho americano, tal como surge explícitamente de sus elogios al sistema del *Common Law* donde según su criterio se encuentra lo que sirve o sirvió alguna vez y no esquemas dogmáticos que responden a construcciones o lucubraciones esquemáticas o científicas de los juristas continentales o europeos.

Los que estamos enrolados dentro de los lineamientos del derecho continental debemos ser sensibles a los beneficios de la libertad, de forma tal que el derecho no entorpezca el crecimiento de la economía y estimule la imaginación creativa de los empresarios individuales o colectivos. Por ello si alguien afirma que las soluciones de la ley 22.903 fueron insuficientes en materia de metodologías de agrupamientos de colaboración no societaria, debemos preocuparnos y tratar de hallar las soluciones posibles.

Pero de la misma manera, quienes se encuentran alineados en la otra concepción, deben comprender que existe una determinación cultural que gravita sobre nuestra idiosincrasia que de ninguna manera constituye sólo un capricho del estudioso, y que intenta parámetros de certidumbre o transparencia al problema de la sociedad socia.

De esta manera, si los "Contratos de colaboración empresarial" necesitan algunos ajustes, modificaciones o ciertos retoques que respondan a estas objeciones, nos parecería correcto que se profundicen para obviar cualquier modo de limitación de la dinámica grupal por colaboración.

Pero lo que no nos parece aconsejable es la sobrevivencia de una doble situación jurídica en materia de agrupamientos, una por la Ley de Sociedades y otra por el Código Civil. El ajuste y armonización de ambos sistemas abrirá un proceso en donde quedará afectada la seguridad,

la certidumbre y la transparencia del tráfico, lo que nos permite sugerir evitarlo de alguna manera.

## 9. — RÉGIMEN DE LAS ASOCIACIONES

Esta materia ha sufrido importantes modificaciones que merecen algunos comentarios.

Existen fundamentalmente dos corrientes en torno al concepto y regulación de las asociaciones. Por un lado se encuentran quienes las equiparan a las sociedades o las consideran como si fuesen sociedades de estructura corporativa. En una posición contraria, se alínean aquellos que advierten diferencias de composición irreductibles, tanto en lo que se refiere a la integración de sus elementos, como a la finalidad o a sus capacidades.

Obviamente estas diferencias hacen que en un caso el régimen normativo sea común entre ambas figuras y por lo mismo encuentran reglamentación dentro de una misma sección en los Códigos de Derecho Privado, mientras que en el segundo supuesto, cada una tiene un tratamiento legislativo autónomo.

El Código Civil no había definido la cuestión de una manera muy precisa y las reformas introducidas en 1968, si bien avanzaron algo, mediante el reconocimiento como sujeto de derecho de las simples asociaciones civiles y religiosas del art. 46, sin embargo no se logró una concreción perfecta.

El Proyecto se enrola indudablemente dentro de las posiciones que defienden la identificación, y es así que tal como lo señalan las Notas Explicativas y surge de su ubicación dentro del Título III, "De los contratos asociativos", se encontrarán sometidas a un sistema común, con perfecta comunicación hermenéutica y científica.

Esto no debe llamar a confusión cuando las Notas Explicativas expresan: "La tercera, fue mantener la actual distinción entre sociedad y asociación, que tiene entre nosotros

una penetración que sería imprudente para la ley contrariar”, afirmación que deberá interpretarse con relación a las finalidades de lucro o bien común pero no al sistema normativo de aplicación.

9.1. A la luz del Proyecto, el régimen de las asociaciones quedará organizado de la siguiente forma:

a) Por un lado las asociaciones del art. 1689, constituidas por escritura pública y cumpliendo las exigencias del art. 1690, evidentemente tendrán personalidad que deriva de la decisión gubernamental explícita.

Este artículo comprende a nuestro juicio las que son reguladas actualmente por el art. 33, 2º parte.

En este sentido observamos que nos parece un exceso formal la exigencia de la escritura pública, cuando en realidad toda la autorización se hará a través del instrumento público que surge de las actuaciones administrativas del Estado.

b) El resto de las asociaciones, las que no piden autorización y las simples asociaciones civiles y religiosas del art. 46, ahora se registrarán por las normas de la sociedad y en consecuencia en principio, no tendrán personalidad salvo que la jurisprudencia, evaluando las pautas del art. 34, se las reconozca.

Es decir, volveremos a esa situación tan bien presentada en el tratado del Dr. Eduardo Busso que describe las disquisiciones y dubitaciones que efectuó la doctrina y la jurisprudencia con relación al reconocimiento o no de las simples asociaciones como sujetos de derecho.

En este caso tiene importancia porque el acceso a la personalidad puede permitir o no, establecer por vía del acuerdo constitutivo, un régimen de responsabilidad limitada tal como lo dispone el art. 346 del Proyecto.

9.2. Hay otra variante que merece un comentario especial. El art. 1684 legitima por la vía contractual, o sea al momento

de crear la asociación, que los bienes excedentes luego de la disolución o liquidación tengan el destino que dispusieren los asociados.

Esto significa que es posible establecer, que una vez pagadas las deudas y liquidada la asociación, sus sobrantes patrimoniales se repartan entre sus integrantes.

A nuestro modo de ver esto relativiza el sentido de bien público de las asociaciones, sobre todo en un país donde se les acuerda un tratamiento impositivo diferenciado, cuando no en pocos casos reciben asignaciones o subsidios del Estado.

Creemos que este artículo deberá modificarse y mantenerse con su redacción actual en cuanto que las finalidades de bien común no pueden sufrir variante alguna por la vía contractual, manteniendo una división clara entre lo que corresponde a beneficios privados o bien público.

## 10 — SUPRESIÓN DE LAS NORMAS VINCULADAS CON EL COMIENZO Y FIN DE LA PERSONALIDAD

A los efectos del tema en cuestión es bueno señalar que el Código Civil y luego la Reforma mantuvieron vigente el régimen de la concesión en materia de otorgamiento de la personalidad jurídica. Sin embargo, en las modificaciones del año 1968, quedó un doble sistema de reconocimiento según proviniese de un acto expreso del Estado, o se lograra por una disposición de carácter genérico.

En el primer caso se encuentran las asociaciones y las fundaciones del art. 33, 1ª, o sea las que tiene por principal objeto el bien común y obtengan autorización oficial para funcionar:

En el segundo están las sociedades civiles y comerciales y demás entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos o contraer obligaciones del art. 33, 2ª parte y también las simples asociaciones civiles y religiosas del art. 46.

La diferenciación es importante porque hay disposiciones que les alcanzan a unas y no a las otras. Así, aquellas cuya personalidad emana de un decisión de la autoridad, se rigen por los arts. 45 y 50 y las restantes, por los arts. 30 al 45 del Código Civil, todo según lo expresa con mucha claridad Bouzat en su trabajo *Las personas jurídicas y la Reforma del Código Civil* publicado en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, número 27, pág. 111. Obviamente este doble régimen se produce como consecuencia de características asociativas diversas que justifican tal consideración particularizada.

El Proyecto suprime la mayor parte de las normas relacionadas con el principio y fin de las personas jurídicas, y muy en especial el art. 48 que siempre se caracterizó por tener riqueza doctrinaria y jurisprudencial, importante sobre todo porque implicaba la herramienta eficaz para corregir el abuso, desviación, desnaturalización o cualquier modo de eludir el principio de la especialidad que constituye el punto de conexión con el de capacidad.

Cabe preguntarnos entonces: ¿generará algún problema esta supresión?

Con relación al comienzo de la personalidad —cuando deriva de un acto concesivo— aparece ahora la norma del art. 1689 que permite a la decisión administrativa retrotraerse a la fecha de constitución o comienzo de sus actividades.

Como podrá apreciarse del examen de este dispositivo estamos en presencia de una importante delegación por parte de la ley a la autoridad de control, ya que podrá decidir sobre una triple variante a saber: a) la fecha en que se dicta la autorización o el Decreto pertinente; b) la de constitución por instrumento público según da cuenta el art. 1690, y c) la de comienzo de sus actividades.

En contraposición el art. 45 del Código Civil establece ciertamente que comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la esfera religiosa.

El art. 47 dispone que en los casos en que la autorización legal de los establecimientos fuese posterior a su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica, con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación.

En resumen entonces, ambos ordenamientos dejan pie el problema de la retroacción, pero en el Proyecto la fecha de autorización se contrapone ahora a la de constitución. Suponemos que esta variante tendrá que ser obviada por la primera opción aunque no estaría de más clarificar este concepto a los efectos de evitar cualquier interpretación equívoca.

En lo que hace al fin de las asociaciones como las que estamos aquí analizando, se ha suprimido toda reglamentación a este respecto, salvo que se aplique por analogía las disposiciones del art. 1678 referidas a la sociedad.

Advertimos que esta modificación provoca algunas falencias: la primera, desaparece como causal de disolución la "conveniencia a los intereses públicos". Sabemos muy bien que esta norma puede ser empleada como un modo de indebida injerencia en el campo de las personas colectivas o si se quiere herramienta de persecución política y ofrece un margen de peligrosidad, al menos por los antecedentes históricos.

Ello no obstante, no parece conveniente la supresión sobre todo si se tiene en cuenta que nuestro país como cualquier otro puede verse involucrado en un conflicto bélico y en tales circunstancias importa un instrumento digno de tenerse en cuenta ¿Con qué dispositivo legal el Estado habría podido avanzar sobre la propiedad enemiga? Si el país en guerra o sus súbditos manejan una asociación que actúa como espía habrá que esperar la sanción de una ley especial o podrá emplearse el actual art. 48, 2da. parte. Es obvio que al menos queda un vacío a este respecto.

A la luz de las reformas introducidas en materia de agrupamientos, nos parece aconsejable mantener como causal expresa de disolución "el haber abusado o incurrido en

trasgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización” pues en tal caso actuaría como la norma especial con relación al art. 1071. Es decir, en el esquema lógico del abuso de la personalidad que ocurriese a través de la vía del derecho civil, quedarían estos dos dispositivos: el art. 1071 que establece el principio general y su concreción particular a las personas jurídicas, art. 48, 2da. parte, abuso de la persona colectiva.

## 11 — ANÁLISIS DE LOS TEXTOS LEGALES

Luego de esta serie de observaciones generales sobre determinados aspectos del Proyecto en cuestión, debemos hacer un examen más detallado de la normativa del mismo, con relación a la definición, pautas o caracteres de la personalidad en vista al art. 34, que sirven para la identificación del instituto en estudio.

### 11.1 *Definición*

Con las modificaciones introducidas desaparece la vieja definición de persona jurídica del art. 30 del Código Civil que hace las veces de una suerte de basamento de una pequeña parte general del Libro I, Sección I de nuestro Código.

Igualmente se suprime el art. 31 que establece una división bipartita de la personalidad según pueda exteriorizarse de una manera natural —persona de existencia visible— o ideal, o jurídica. La enumeración de los derechos y deberes que pueden adquirir, en realidad no es más que una simple enunciación de poca factura. En contraposición se mantiene la definición por exclusión del art. 32, ahora algo perfeccionada en el art. 30 del Proyecto, al prescindirse de la doble denominación: Persona jurídica-persona de existencia ideal, que tanto había dado que hablar a la doctrina nacional según vimos en los puntos precedentes.

En el nuevo art. 51 permanece la antigua caracterización romana, haciéndose también aquí un retoque semántico para evitar que “persona de existencia visible” y “persona jurídica” llegasen a ser concebidos como criterios independientes.

De todo lo expuesto, más allá de la nostalgia por la desaparición de esa letanía jurídica, repetida por miles de generaciones de estudiantes, no vemos nada que afecte sustancialmente la situación, al menos en las cosas importantes: es decir la conceptualización legal indirecta, por la vía de exclusión, sin asumir posiciones doctrinarias por un lado, y una buena descripción del sustracto espontáneo de la personalidad natural, según la visión casi diríamos insustituible que habían logrado los romanos por el otro.

Como vemos entonces, en esta primera aproximación, podemos afirmar que la reelaboración de la caracterización de la personalidad a través de las definiciones legales no sólo que no cambia en nada lo existente, sino que a nuestro juicio se introducen retoques justificados y correctos.

11.2 Con relación a la clasificación del art. 32 del Proyecto, que afirma que las personas son públicas o privadas, nos permitimos formular una observación de tipo gramatical ya que parece más preciso hablar de personas de carácter público o de carácter privado.

### 11.3 *Pautas para determinar la personalidad*

Las pautas que determinan la personalidad están enunciadas en el nuevo art. 34, que a decir verdad nos parece bien logrado pues en pocas palabras se resume toda la casuística anterior, sin introducir cambios dogmáticos, salvo aquellos que fuesen menester en razón del reconocimiento de nuevas figuras como ocurre con la unipersonalidad, etc.

Comenzaremos por lo que se conoce en doctrina como el principio de la especialidad:



a) Especialidad;

El inciso 1 del art. 34 dispone que “se reputan actos de la persona jurídica los que realicen sus representantes en los límites de sus facultades”. Como se podrá apreciar fácilmente, se subsume en esta norma las disposiciones de los arts. 35, 36 y 37 del Código Civil con algunas pequeñas variantes de detalles; en el Código por ejemplo se habla de que los actos no deben exceder los límites de sus “ministerios”, mientras que en el Proyecto se emplea la denominación más genérica, facultades.

En resumen, estas variaciones resultan intrascendentes y podríamos asegurar la inmutabilidad y permanencia del principio de especialidad, tanto en lo que se refiere a una visión sustancial, como en lo positivo o formal, guardándose esa necesaria relación de coherencia que debe mediar, no sólo al momento del nacimiento sino también durante su desenvolvimiento; lógica que debe apreciarse entre la decisión y su capacidad o aptitud para estar legitimado con efectos reflejos sobre el ente ideal.

b) Personalidad;

La segunda pauta se refiere a la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica, tema que diera lugar a tantas discusiones según la antigua interpretación del art. 43 con las divergencias que se suscitaron con respecto a su fuente inmediata como fue el *Esboço* de Freitas.

En general se mantiene inalterable, tanto en el sentido como así en las propias palabras de la ley el texto actual del art. 43, reformulado por la ley 17.711, que acepta sin ambages la responsabilidad civil para los actos cometidos por los representantes o administradores, con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones. Diríamos que todos los precedentes nacionales se respetan intactos y esto es un hecho encomiable, pues se trata de una cuestión con muchas aristas teóricas e implicaciones prácticas que el derecho nacional ha sabido conjurar con una fórmula de buena factura técnica.

La pequeña modificación efectuada en su actual redacción obedece a la necesaria correlación que debe mediar con el nuevo régimen unificado de la responsabilidad civil, algo que naturalmente no podía dejar de efectuarse teniendo en cuenta la integralidad del sistema.

c) Capacidad;

El art. 341 afirma que las personas jurídicas tienen en general la misma capacidad de las personas visibles para los fines de su creación. Este dispositivo absorbe los actuales arts. 40, 41 y 42 del Código Civil, tomando como parámetros para establecer los alcances de la aptitud para ser titular de derecho o deberes, el mismo que el de las personas físicas. La regla será entonces la capacidad, y la excepción la ineptitud, a diferencia de otras concepciones particularmente normativistas que conciben la construcción del sistema sobre el enunciado contrario.

Por ello podríamos decir que aunque sustancialmente no se introduzcan variantes de significación, la fórmula del Proyecto resulta mejor lograda que la del Código, por su simplicidad y también por su precisión.

En este sentido es claro que la alusión que efectúa el Código en el art. 40, cuando dispone que los derechos de los miembros de una asociación son reglados por el contrato, por el objeto o por las disposiciones de sus estatutos, resulta a todas luces superflua y hasta confusa en relación al enunciado general del art. 41, del mismo modo la aclaración del art. 42 respecto a la personalidad para ser demandadas o para accionar civilmente, todas derivaciones de un mismo enunciado, sólo que concretadas a través de un casuismo desaconsejable.

Es también importante destacar que este inciso correlaciona capacidad con finalidad, lo cual sin lugar a duda resulta correcto. A título de colaboración nos parece necesario que se agregue la palabra "autónoma", porque justamente la autonomía de los fines constituye una de las notas esenciales de la personalidad, ya que exige que la entidad en-

cuentre justificación y fundamentos en sí misma, y en consecuencia se diferencia de cualquier manera de las finalidades que puedan tener individualmente cada uno de sus componentes.

El fin “autónomo” —repárese que antes de unipersonalidad podría hablarse de fin colectivo— constituye un elemento esencial, pues se transforma en la quilla permanente que guía a la persona jurídica tanto al momento de su constitución, como así en todos y cada uno de los actos de su desenvolvimiento dinámico.

#### d) Unipersonalidad;

El inc. 4 dispone que pueden ser constituidas o continuar con un solo miembro o ninguno, mientras tengan aptitud para funcionar.

El Proyecto se enrola en la llamada “unipersonalidad constitutiva” en el decir de Grisoli, avanzando sobre la tímida reforma que había logrado con respecto al Código de Comercio la ley 19.550 en su art. 94, inc. 8, en cuanto permite la “unipersonalidad ocasional o sobreviniente” siempre que se recomponga la pluralidad dentro del plazo establecido.

Es bien claro que se ha privilegiado el empleo de fórmulas ya aceptadas en el derecho moderno y que según sean o no reguladas en el marco del derecho en donde funcionen, pueden constituirse en herramientas idóneas para ir ampliando el fenómeno asociativo conforme a los requerimientos del tráfico moderno.

También es bueno reconocerlo, facilita un sinceramiento del sistema asociativo, evitando el empleo del “hombre de paja” o “prestanombres” para superar las exigencias de componer una pluralidad personal del substracto.

Sobre este mismo tema nos parece conveniente como se ha dicho en otro punto de este trabajo, que el Derecho Civil ejerza la soberanía de los conceptos generales y que de ninguna forma aparezca renunciando a la elaboración de una auténtica construcción formal. Recuérdese la visión inteli-

gente de Vélez que anticipándose a los tiempos y en la nota al art 50 menciona que ya en el derecho romano una *universitas* podía continuar con un solo socio.

Conviene aclarar que hay un párrafo del inciso que dio motivos a cierta sorpresa en algunos juristas que analizaron el tópico en el sentido de que podía constituirse una persona sin ningún miembro. Sin embargo las explicaciones dadas por los integrantes de la Comisión se basan en la idea de absorber también la figura de la fundación, en la que se encuentra generalmente un patrimonio afectado a los fines o propósitos del fundador. Ello no obstante no puede dejar de reconocerse que el asunto puede dar lugar a varias interpretaciones técnicas vinculadas con la especificación del abstracto personal de sujetos de derecho como el que comentamos, sobre si se trata de miembros o de destinatarios, y por fin si estos últimos no llegan a integrar la base del organismo social. Quizás más prudente sería obviar el tema y excluir del inciso el término "o ninguno" por las razones apuntadas y en miras a una mayor limpieza doctrinaria de las disposiciones de la ley.

En este trabajo no vamos a tratar integralmente los sistemas legislativos con que se regula el fenómeno en el derecho universal. Sin embargo es bueno destacar que tal como lo demuestra Grisoli en una magnífica monografía sobre la cuestión, y además algunas publicaciones recientes, la unipersonalidad ofrece formas de concreción diversas según la misma se acepte *ab initio* o devenga por una circunstancia "ocasional" durante la vida de la entidad. La tendencia más reciente abre camino a la primera variante que hasta hace poco parecía francamente minoritaria con relación a la segunda opinión.

Otra perspectiva la constituye el régimen de responsabilidad que le impone la ley a la persona en situación de unipersonalidad, advirtiéndose dos sistemas: uno que acepta la limitación y otro que al contrario impone la responsabilidad solidaria del único socio.

Sería muy extenso aquí abordar las conveniencias o desventajas de cada alternativa, pero lo importante es que el legislador sepa que tiene variables a escoger, y que en general las diversas normativas que han legitimado el fenómeno lo han hecho con un amplio margen de singularidad, es decir, por soluciones propias y adecuadas a las circunstancias donde deben imponerse a la luz del proceso de “concentración económica”.

e) Separación Patrimonial;

El inc. 5 determina que la medida y modalidades de la separación patrimonial de una persona jurídica es la que resulta en cada caso de la ley. Es evidente que la personalidad no está unida —como se creyó durante años— a figuras que reconocen un grado de separación completa. Dicho de otra forma a los efectos de una mejor comprensión, la mayor o menor tabicación de la responsabilidad de la persona con respecto a sus miembros no constituye una nota esencial identificatoria de lo que constituye el perfil del sujeto de derecho. En corroboración de lo aseverado, baste recordar que hay sujetos de derecho con responsabilidad limitada, con responsabilidad subsidiaria pero para que se abra la comunicabilidad es menester la excución de los bienes sociales, y por último responsabilidad solidaria e ilimitada. Sin embargo en todos los casos existe personalidad.

Como corolario de estas premisas, la personalidad no emana sólo del acto concesivo y expreso del Estado, ya que también puede inferirse del reconocimiento genérico de una *fattispecie* legal, e incluso llegado el caso, imponerse por vía jurisprudencial contrariando el mandato expreso de la ley como sucedió durante años con las sociedades de hecho y las simples asociaciones civiles y religiosas.

Este inc. 5 comprende las previsiones del actual art. 39 del Código Civil, en el cual se establece el principio de la diferenciación absoluta en los supuestos de las asociaciones y corporaciones, solución que exige un ajuste técnico conforme lo que muestra la realidad.

f) Responsabilidad de los socios;

La última previsión del art. 34 del Proyecto dispone que, “En principio ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer en cuanto tales las deudas de la persona jurídica”. Esta norma debe correlacionársela con la segunda parte del art. 39 del Código Civil, cuando dispone “Los bienes que pertenezcan a la asociación no pertenecerán a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros ni todos ellos estarán obligados a satisfacer los derechos de la corporación si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunados con ella”.

Es decir la diferenciación radica en que el inc. 6, del art. 34, reconoce un mayor rigor al afirmar “En principio” lo que es exacto ya que hemos visto las diversas posibilidades existentes: limitación absoluta, limitación con subsidiariedad lo que importa el beneficio de excusión y por último ilimitación solidaria.

Nos parece acertado el haber ajustado esta norma, pues es fácil encontrar aún juristas importantes que influidos por teorías extremas, o sin comprender la evolución de los tiempos siguen creyendo que la separación patrimonial, es una nota esencial de la personalidad.

#### 11.4 *Otras pautas*

¿Queda alguna pauta esencial que se haya omitido?

A) Un tema importante es el principio de la voluntad colectiva o el mecanismo de funcionamiento del comportamiento grupal a través de oposición, veto, mayoría o unanimidad. Aún en los sistemas más rudimentarios de asociacionismo siempre existió un modo de decisión colectiva que permitió las opiniones individuales en miras a la consecución de los fines comunes o autónomos propuestos.

El principio comentado sirve para imponerle a la persona una estructura unitaria, autónoma y diferenciable de

los comportamientos de sus integrantes y de los supuestos de confusión de administraciones o patrimoniales que transformen al sujeto en objeto de quien o quienes los ejecutan.

B) Se ha mantenido el concepto de representación. Quizás había que haber aceptado la incorporación de alguna manera del concepto de órgano, tal vez como una forma de absorber todo el fenómeno ahora tan complejo, y conforme lo hace sin temores el articulado del Código Suizo.

## 12 — CONCLUSIONES

Hemos analizado en el presente trabajo las coincidencias y las observaciones que nos merecen las diversas reformas introducidas a las personas jurídicas en el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial. Sería difícil hacer un balance, como así resumir las distintas conclusiones que, por lo demás, forman parte del análisis particular de cada uno de los tópicos. Pero lo que no podríamos silenciar es la intención de sumarnos a una importante corriente de opinión que comparte la aspiración de ver al Proyecto transformarse en ley, una vez que con el tiempo necesario la opinión de la cultura nacional haya hecho escuchar su voz, de forma tal que los legisladores dispongan al momento de la decisión final de la totalidad de los elementos de juicio que requiere un asunto de tanta transcendencia.





FUENTES DEL DERECHO  
EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN (Art. 16)

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Jorge Mosset Iturraspe*



1. — El proyectado artículo 16 dispone, de conformidad con el texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: “Si el caso no pudiera ser resuelto ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta la finalidad, las leyes análogas, los usos y costumbres y los principios generales del derecho, conforme las circunstancias del caso”.

Se ubica en la cuestión de las fuentes. Aunque el vocablo puede entenderse en diversos sentidos, el comúnmente aceptado es el que las destaca como forma de producirse o ser creadas las normas jurídicas. Empero, al primer análisis se pone de resalto que la palabra puede ser usada con dos alcances diferentes: como formas oficialmente autorizadas de manifestación del derecho, donde la fuente se muestra en sentido formal; y, además, como elementos del que las normas derivan su contenido, donde el acento aparece puesto en el sentido material.

2. — La modificación que se propugna comienza cambiando el objeto de la preocupación: es ahora “el caso” y no más “una cuestión civil”. Más allá que toda referencia debe ahora involucrar lo civil y lo comercial, la concreta alusión al caso encierra connotaciones de máxima importancia. El derecho aparece históricamente por vía de decisión judicial; el derecho privado romano ha sido un derecho del caso y es conocida la afirmación del ilustre romanista ale-

mán Schulz, de que “en el principio fue el caso”. Y si bien es exagerado reducir el derecho al derecho judicial, no es menos cierto que la hora cumbre del derecho, la hora de su verdad, es la de su aplicación por el Juez. Ello ocurre cuando se decide un conflicto de intereses, un supuesto de hecho, *tabbestand*, en la palabra alemana compuesta; *fattispecie* en la voz italiana y *operative facts* en lengua inglesa. Y la hipótesis mencionada se expresa mejor con el vocablo “caso” que con el vocablo “cuestión” que tiene un alcance más doctrinario, más teórico.

3. — El texto que sigue, destinado a señalar cuál es el derecho que el Juez debe tener en cuenta para resolver el caso sometido a su decisión, exhibe, en general, un claro avance respecto de la normativa vigente. La ley, que era considerada por muchos como la única fuente de derecho, al menos desde el ángulo formal —puesto que es obvio que el legislador como medio de producción de la norma pública no trabaja en el vacío, *in vacuo*, sino que deriva sus ideas de varias *sources* o fuentes materiales— llevando así a alguno de nuestros juristas a confundir “legalidad” con “juridicidad” e “ilicitud” con “ilegalidad”, comparte ahora ese sitio con otras dos fuentes: usos y costumbres y principios generales; con lo cual el derecho argentino se ubica decididamente entre los ordenamientos pluralistas.

4. — Empero, la pluralidad y confluencia de las *sources*, puesta de manifiesto con la supresión de la frase “y si aún la cuestión fuera dudosa”, no significa la aceptación de una igualación de todas las fuentes con olvido de la jerarquía de la ley. La aludida preeminencia late en las entrañas mismas del sistema jurídico, de base no romanizada, al cual adherimos. Ello no significa desconocer que los principios generales actúan como informadores de todo el ordenamiento y, por tanto, iluminando también a los preceptos legales. Ni ignorar que los usos y las costumbres pueden reglar determinadas situaciones, no por mediar un vacío o laguna legal, sino con base en un reconocimiento a su jerarquía

prioritaria. Este último es el caso del artículo 1190, últ. parte: “No podrán probarse exclusivamente por testigos aquellos contratos que sea de uso instrumentar”.

5. — En la tarea de desentrañar el significado y alcance de la ley, o sea de proceder a su interpretación, con el objeto de aplicarla a la solución del caso en litigio, el operador ha de comenzar por atender a las palabras de la ley. Es sabido que la ilusión de encontrar por esta vía un sendero fácil y sencillo está hoy superada. Las palabras tienen, por lo común, diversos sentidos y el intérprete ha de resolver cuál de ellos debe admitirse; esta labor no puede considerarse ya como una interpretación estrictamente literal. Las palabras de la ley deben enriquecerse con el contexto, interpretación sistemática, con los antecedentes históricos y legislativos y con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. Todo ello no significa otra cosa, en nuestra opinión, que atender al espíritu y a la finalidad de la ley.

6. — Si por “espíritu de la ley”, expresión de la redacción originaria, se entiende el sentido y contenido inmanente de la misma, el alma de la ley, por “finalidad”, vocablo que agrega la reforma, se aprehende su intencionalidad, la eficacia o resultado de su aplicación. Es indudable que ambas referencias apuntan a superar el puro literalismo. Pensamos que los métodos de interpretación de la ley, se combinan y resumen en el finalista. Su eficacia explica el carácter siempre progresivo de la jurisprudencia. Los fines de la ley constituyen un capítulo de uno de los temas fundamentales de nuestro tiempo: los fines del derecho. Frente a una construcción casi incausada del derecho, en la cual el Juez, como hacedor de derecho del caso se mostraba como desentendido de los resultados de su actuación, imputables exclusivamente al legislador, la norma en examen, al considerar la resolución del “caso”, pone el acento en el finalismo.

7. — La analogía no es fuente sino criterio de interpretación y de aplicación. Las leyes análogas —y no “los prin-

cipios de leyes análogas”, en la medida en que las leyes no contienen “principios”, sino una regulación general, sobre la base de mandatos y prohibiciones— son las que contemplan supuestos semejantes, aunque no idénticos al supuesto específico o del cual se trata; entre uno y otro media, además, identidad de razón, que el intérprete considera suficiente para que la aplicación de la ley análoga esté justificada.

8. — La averiguación de las soluciones más convenientes, así como del sentido y alcance de las normas, a través de los usos y costumbres, es una constante de la reforma; muy lógica si se piensa en la trascendencia que ambos, usos y costumbres, han tenido, desde siempre, en el derecho comercial. A ellos se refiere el art 1155, 3: “El contenido del contrato se integra con: . . . 3. Los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto fueren aplicables”; y el art. 1197, en punto a la interpretación del contrato: “f) los usos y costumbres del lugar de celebración”. Es decir, que su jerarquía en punto a interpretación e integración es común a las normas públicas y privadas.

Los usos sociales son, como afirma De Diego, las prácticas de la vida, morales, religiosas, económicas, sociales, etc. El sustrato del uso es la repetición y el hábito, lo mismo que sucede con la costumbre; es un comportamiento repetido en circunstancias determinadas. Se distinguen de la costumbre porque no llevan consigo ninguna idea coercitiva; les falta la *opinio necessitatis*. La costumbre, a su turno, como fuente de derecho, es aquel uso manifestado en actos reiterados y constantes que produce una regla de derecho. “La norma creada e impuesta por el uso social”, en expresión de De Castro. Empero, los usos, sin propia fuerza normativa, pueden producir efectos jurídicos por disposición de la ley; son los usos normativos, interpretativos o suplementarios. El art. 16 es ahora la norma legal que abre las puertas a los usos y a las costumbres, como fuentes formales del derecho —el art. 17 exige la referencia legal— y lo hace

de una manera genérica y en la triple función antes recordada.

9. — El reformador mantiene la expresión “principios generales del derecho”, tal como fue plasmada por primera vez en el Código Civil austríaco de 1811 y como fuera incorporada al Código de Vélez, sin aditamentos o agregados. Ello resulta destacable frente a la autoridad del código civil italiano de 1942, que optó por una aclaración de neto corte positivista: “según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. De donde puede inferirse que los principios generales aludidos son tanto los del concreto ordenamiento argentino, como los del denominado Derecho Natural, preconizados por Del Vecchio y que pueden sintetizarse en la fórmula: “principios generales de justicia”.

10. — El texto concluye haciendo un llamado a la aplicación del derecho, extraído de las diversas fuentes, “conforme las circunstancias del caso”. Ello significa, en palabras de Llambías, “. . . ampliar el horizonte de la actividad judicial, liberarla de la máquina neumática que en su torno pueden formar los esquemas puramente legales y facilitar su consulta y su servicio a la vida misma del hombre, protagonista y destinatario del derecho”.

Y si bien es verdad que “las exigencias de la equidad” no aparecen mencionadas expresamente, hay sobradas razones para considerarlas implícitas: en el concepto clásico la equidad es la justicia del caso y a las “circunstancias del caso” alude la norma; la equidad mira a la finalidad de la ley, también recordada en el precepto y, por último, la equidad se ubica por encima de los preceptos legales existentes, para buscar desde allí, en los principios generales, la solución justa, evitando la iniquidad o injusticia manifiestas.





PERSONAS JURÍDICAS, CONTRATOS,  
SOCIEDADES ESPECIALES  
Y PROCEDIMIENTO EN EL PROYECTO  
DE UNIFICACIÓN

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Emilio Cornejo Costas*



## PERSONAS JURIDICAS

Sin entrar en la disquisición diferenciadora entre sujeto de derecho y persona jurídica, y en que estas últimas requerirían autorización para funcionar, tratamos ambos conceptos como sinónimos y efectuamos las siguientes reflexiones críticas al proyecto de unificación, que por un lado parece ampliar el concepto según surge del art. 33, 30 y de las notas explicativas y propone que “la denominación de persona jurídica se aplique a todo sujeto de derecho que no sea persona física”, excluyendo toda categoría intermedia, hasta quizás el condominio según señalan los autores del proyecto, pero resulta que este criterio carece de unidad, pues en las mismas notas explicativas y en ciertas normas, especialmente las referidas a sociedad simple, el carácter de sujeto de derecho va a depender de la decisión del intérprete, y el elemento que éste deberá tener en cuenta para ello será el de la separación patrimonial. La desarmonía sobre esto se hace mayor cuando se expresa por un lado “que se evita establecer cuánta separación patrimonial será necesaria para que el Juez declare que hay persona jurídica”, se señala que se recepta la idea de “separación patrimonial completa”, y que las medidas y modalidades de esa separación serán las que surjan en cada caso de la ley. Estas contradicciones se agudizan si advertimos que se mantiene por disposición de la ley el que las agrupaciones societarias no son sujetos de derecho, cuando lo congruente con la propuesta del proyecto hubiese sido que sea el intérprete el que determine ello y no la norma.

Y así podrá resultar que un Juez diga hoy que la sociedad "A", en un juicio determinado, no es sujeto de derecho, y que en otro juicio otro Juez el mismo día diga que la sociedad "A" sí es sujeto de derecho.

Amén de las inseguridades e incertidumbres que todo esto significa, creemos que se está confundiendo mayor o menor capacidad, grados de responsabilidades de los miembros de una persona jurídica, con personalidad. O sea que un sujeto de derecho puede tener mayor o menor aptitud, sus miembros pueden responder ilimitadamente o no, etc., que no es lo mismo que si se es o no se es sujeto de derecho, hoy sí mañana no, para esto sí, para esto no, una especie de persona jurídica "fantasma". *Tal carácter de sujeto de derecho debe surgir principalmente de la ley sólo excepcionalmente del intérprete.*

Por lo tanto opinamos que no se recepte la propuesta del proyecto y creemos que los "debates supuestamente metafísicos y oscurecedores" que existieron con el actual régimen, según dicen las notas explicativas, permitieron —los debates— llegar a clarificar y tener un sistema sobre personas jurídicas que no ofrecen mayores dificultades, que es mejor mantener, y que no ha sido objetado ni en jurisprudencia ni en doctrina en sus líneas generales.

## INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Nos parece muy bien que se trate de receptar algo ya insinuado por nuestra jurisprudencia como lo es la regulación de los contratos con cláusulas predispuestas y que sea en favor de la parte más débil (*favor debitoris*).

Con la aclaración precedente expresamos nuestro asombro ante la propuesta que trae el proyecto para un nuevo art. 1197. Somos concientes de que no se puede bajo pretexto de un absolutismo de la libertad contractual, permitir injusticias e institucionalizar desigualdades, pero nuestra doctrina y jurisprudencia con aplicación fundamentalmente

de los arts.1071 2ª parte, 1198, 21, 953 y 954 del C. Civil y 217, 218 y 219 del C. de Com., viene manteniendo un principio clave en nuestro sistema jurídico como lo es la libertad contractual y evitando que ésta a su vez encubra situaciones límites e irrazonables, logrando así armonizar autonomía contractual y equidad.

Pero ahora la propuesta va más allá, muchísimo más allá que una sintética sistematización de los citados artículos del Código Civil y Código de Comercio y que además resulta innecesario refundir en una norma y menos con tanta casuística.

Se generará una incertidumbre, no sería exagerado señalar que ningún contrato quedaría firme y hará complicadísimo para un Juez dictar una sentencia. En cambio con nuestro actual sistema, si bien es cierto a veces con algo de lentitud, han recibido solución equitativa hasta abusos como los que resultaron de contratos basados en la famosa circular 1050. Existen también con la propuesta de unificación para este tema fallas técnicas como por ejemplo de qué manera el Juez determinará cuándo el contrato es de interpretación restrictiva, pues las pautas mencionadas en las notas explicativas "contrataciones entre empresas (dicho sea de paso digamos que los que contratan son los dueños de la empresa a través de sus representantes, pues ellas no son sujetos de derecho) con profesionalidad y adecuado asesoramiento" carecen del mínimo de precisión y se sumerge en una ambigüedad, impidiendo que un Juez pueda tener, aunque escasamente, una señal de objetividad.

En concreto la reforma del 1197 y de otras normas interpretativas a las que varios señores académicos se han referido, resultan inconvenientes y defectuosas por lo que no merecen ser receptadas en nuestra legislación, máxime teniendo en cuenta que dicha norma es un "comodín" que aparece permanentemente en toda relación jurídica.

## CONTRATOS ASOCIATIVOS

También acá tenemos que ser sintéticos y evitar repetir lo ya dicho por otros señores académicos en este caso lo expuesto por el Dr. Richard.

En primer lugar apreciamos que se haya dejado sin efecto la propuesta del 1691 de que la sociedad extranjera se regiría por la ley del lugar de su constitución, y que se mantenga el actual 124 de la L.S.

Observamos como inconveniente lo dispuesto en el 1648 por el cual las normas generales del título VII que comprende las disposiciones comunes de los contratos asociativos y las del capítulo II de sociedad se aplicarán a todo contrato plurilateral, comunidad de derecho, asociación y sociedad, que no obstante la salvedad de “en cuanto no sean incompatibles con las reglas especiales aplicables a las mismas”, va a ser causa de serios conflictos. Mencionemos uno para empezar, la misma norma citada 1648 ya considera distinto, al menos lo enuncia como dos supuestos no iguales, a un plurilateral y a la sociedad, y no como una especie dentro del género.

Vamos al tema de sociedades simples para llamarlas de alguna manera y expresemos algo más allá, o complementariamente de las excelentes exposiciones de los señores académicos Richard y Videla Escalada.

La doctrina y la jurisprudencia habían llegado después de una larga evolución a considerar que la sociedad civil es un sujeto de derecho. Ahora según surge de las notas y del articulado el principio es que no lo son.

No nos parece mal la idea de revitalizar la sociedad civil caída casi en desuso, pero tenemos muchas dudas, máxime que los autores del proyecto hablan de modernización, que la solución sea tomar como modelo una normativa prácticamente centenaria como lo es la suiza. Asimismo queremos pensar que hay algún error cuando en las notas explicativas se dice que se decidió transcribir literalmente la legislación suiza para que el intérprete pueda tener a su disposición la doctrina y jurisprudencia elaborada en dicho

país, pues como advertirán señores académicos, el legislador está obligando al Juez, al abogado, al profesor, etc., a que estudie y domine el idioma alemán, francés e italiano que son los oficiales de Suiza, conseguir los textos pertinentes, y que alguien le señale cuáles son los indicados, para que pueda conocer y manejarse en el nuevo Derecho Societario Argentino. Y si todo esto fuese poco señalemos que tal transcripción literal no es tan así. No quisiera aburrirlos con citas pero puedo expresarles con total seguridad que hay normas del Código suizo que no han sido respetadas en el trasplante, e incluso lo contradicen como ha podido apreciarse en la exposición del Dr. Videla Escalada.

## SOCIEDADES ESPECIALES

Muy escuetamente haremos referencia a este tema. Compartimos la idea del proyecto en cuanto a la intencionalidad de que el control de legalidad societario sea fundamentalmente efectuado en sede judicial.

Referente a la sociedad de un solo socio y sin entrar a discutir en esta oportunidad el tema, tan claramente explicado por el Sr. Académico Dr. García Belsunce, creemos que la idea de que sea solamente para las S.R.L. y S.A. según surge de los propuestos arts. 146 y 165, se extiende y generaliza a todos los tipos societarios al regular en el art. 1 que "habrá sociedad a los fines de esta ley cuando una o más personas . . .", pues de esta manera no podrá evitarse una colectiva con un solo socio, pues lo permite la norma general y no lo prohíbe la especial. Y se planteará la discusión en las comanditas y capital e industria, que por sus características requieren dos socios, pero que por el art. 1 propuesto podrá argumentarse lo contrario. Así la sociedad de un solo socio requiere el complemento y retoque de otros artículos de la ley como por ejemplo el 160, párr. 3º, el 114, etc.

No coincidimos con el proyecto en la propuesta de que las sociedades irregulares y de hecho pasen a regirse por las

normas de la sociedad simple, que cambia sustancialmente su tratamiento, como por ejemplo —además de la falta de personalidad— el principio de que cualquier socio la obliga, de la responsabilidad ilimitada, se pasa a que la normalidad sea que la sociedad y los socios no se obliguen. Sinceramente no conozco ningún artículo, ninguna conclusión de Congreso o Jornada que propugne algo ni siquiera parecido, para dejar sin efecto un régimen, que salvo pequeñísimos aspectos, ha logrado mucho consenso a partir de la reforma de 1983.

Advertimos también, además de un reemplazo de la voluntad contractual y *affectio societatis* inicial por la del Juez, una confusión entre regularización y transformación, pues si lo que se quiere es que la sociedad simple, la de hecho e irregular puedan transformarse es mejor decirlo expresamente. Ya que con el texto propuesto del art. 74 en una interpretación literal quedan excluidas las que ya tienen un tipo, incluidas las irregulares. Además no sabremos si en el caso de una sociedad de hecho que resuelve hacerse por ejemplo S.R.L. habrá regularización o transformación a tenor de los arts. 24 y 74 propuestos ya que no guardan armonía entre sí, sino por el contrario se contradicen.

## EL PROCEDIMIENTO DEL PROYECTO

Como final de mi participación en los debates de esta VI Reunión Conjunta, quiero recordar algo que en realidad debe ser lo primero, como lo es la necesidad de consulta del proyecto a toda la comunidad jurídica organizada, como bien lo ha dicho en nota al Sr. Presidente del Senado, la Academia Nacional de Córdoba y creo también la Academia Nacional de Buenos Aires, al igual que muchas organizaciones como el Colegio Público, y el Colegio de Abogados de Buenos Aires. Espero que la Cámara Alta de la Nación tenga una actitud distinta a la de Diputados y pueda con la recepción de trabajos y de opiniones, reelaborar el proyecto



con media sanción, y poder lograr así un mejor cuerpo legal y con el mínimo de consenso. No propongo una discusión sin término, de ninguna manera, pero sí señalo que no estamos en estado de emergencia en nuestra legislación privada, como para que se justifique el apuro de algunos. Es decir que en líneas generales nuestra legislación privada vigente es buena, aunque no está mal, al contrario, adecuar varias de sus normas a los nuevos tiempos, e incluso hacerlo también mediante la unificación, tan propiciada por la mayoría de nuestra doctrina, pero que sea lo mejor posible. Por tal motivo no me parece adecuada la comparación que se quiere hacer con Vélez, por diversas razones, algunas de ellas obvias, que eximen de mencionarlas y otras como ser que entre ambos Códigos el trabajo demandó alrededor de siete años, que había acuerdo sobre las fuentes, que se consultó a muchos abogados y estudios jurídicos, que representaban la cultura jurídica de esa época, que nos regíamos por una legislación vieja ni siquiera vigente en España, que recién teníamos una Constitución y comenzábamos nuestra organización nacional, y que las pocas voces como Alberdi, Quintana y Navarro que objetaron por ejemplo el Código de Comercio tuvieron poco eco, en cambio ahora en otras circunstancias totalmente distintas con toda una trayectoria en doctrina y jurisprudencia, con leyes como la de sociedades que sirven de modelo a proyectos incluso de Europa, queremos, de la noche a la mañana, cambiarlo casi todo, oyendo poco. En efecto se trata más que de una reforma chica, de algo así como una sustitución de nuestro sistema jurídico por otro. Que podrá ser mejor o peor, pero que responsable y seriamente exige debate.

Es por lo precedente que creo conveniente concluir con la remisión al excelente trabajo *La eficiencia congresional y las comisiones legislativas* que el Sr. Académico aquí presente Dr. Ricardo Haro ha publicado recientemente en "E.D.", 120-971, donde condensa también citas de otros Académicos, como Sagüés, Ramella y de otros conocidos juristas como Vannossi, Castells, dice entre otras cosas el Dr. Haro: "Es mejor

que las leyes trascendentes sean sancionadas después de un debate público y no que surjan de los oscuros cubículos de los gobiernos de facto o de comisiones asesoras que se reúnen en secreto, con una total ausencia de la opinión pública en la sanción de las leyes y del consenso del pueblo tan necesario a fin de obtener la obediencia moral a la ley. Los miembros de la Comisión deben tener una 'apertura mental', para receptor, en forma habitual, los aportes, inquietudes y soluciones de la opinión pública en general, y en especial, de todas las personas, grupos o instituciones culturales, profesionales, sociales, económicas, etc., que de una u otra forma estén comprometidos con ese sector de la vida social y que ya no aceptan ser 'convidados de piedra' ni resignan su 'protagonismo' al momento de tomarse las decisiones que les afectan".

# CONTRATOS ASOCIATIVOS

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Efraín Hugo Richard*



I. — En esta aproximación al proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, que la Academia de Córdoba nos ha honrado pidiéndonos que formalicemos ante esta Asamblea, trataremos de dar unidad a nuestros pensamientos en relación a los contratos asociativos y a la sociedad simple, vinculándolos con temas generales también introducidos por la Reforma.

No podemos dejar de iniciarlos con nuestro reconocimiento. Un particular recuerdo a las enseñanzas recibidas de nuestros maestros, Héctor Cámara aquí presente y Francisco Quintana Ferreyra que nos contempla desde la trascendencia.

Reconocimiento a los Diputados que promovieron este Proyecto y a sus ocho asesores-redactores por el sistema presentado. No sabemos si esta Reforma ha de ser sancionada, pero no tenemos duda del efecto vivificador que ha generado en el Derecho Privado argentino.

La creatividad de la movilización a través de estudios, cursos, análisis conjunto de civilistas y comercialistas, con la consiguiente discrepancia creativa, es ya un balance positivo que nadie podrá discutir.

Personalmente debemos expresar nuestro agradecimiento, por habernos motivado a intentar algunos estudios en forma orgánica. De todas formas sólo intentamos presentar nuestra particular óptica en esta VI Reunión Conjunta de Academias de Derecho, recibiendo vuestras críticas y colabora-

ciones para formalizar una apreciación integral de los puntos en examen.

II. — Es nuestra impresión que una de las modificaciones más importantes al derecho privado argentino es la operada en torno a los contratos asociativos.

En realidad el tema está vinculado con la decisión inicial de unificar los Códigos, circunstancia que obliga a reconstruir el dualismo conceptual originario de sujetos o de actos, hoy basado en la organización. La Reforma escoge el dualismo conceptual empresa-consumidor, que por la dificultad en su materialización normativa, recoge con los conceptos normativos persona jurídica-persona física.

Ese nuevo dualismo conlleva en la Reforma la reformulación del instituto de la personalidad jurídica, del estatuto del empresario —que limita al empresario individual y al de las sociedades típicas—, y a una autonomía superlativa de la autonomía de la voluntad en torno a los llamados contratos asociativos.

Esa concepción transforma la materia de los contratos asociativos, con sus reflejos sobre la organización empresarial, interempresaria y las leyes de sociedades y de concursos, al constituir —a nuestro criterio— la reforma más profunda en el derecho privado, pues no se limita a la unificación de las sociedades civiles y comerciales, sino que introduce una profunda reforma en el sistema nacional.

III. — Hace un año, en la V Reunión Conjunta nos referimos a gran parte de los temas que hoy podrían ser materia de nuevo repaso ante el Proyecto de Unificación, conforme la inspiración que nos generaron otras reflexiones de los señores académicos, en esa labor constante de construir en conjunto.

Sostuvimos lo avanzado de la concepción de la personalidad dentro de nuestro derecho, la más avanzada que conocemos dentro del derecho escrito, que con criterio funcional daba adecuado resguardo a la organización empresarial,

tanto en lo interno para componer los intereses que se conjugaban en el contrato de sociedad, como los intereses de los terceros que se vinculaban con el nuevo ente, logrando la autonomía patrimonial, y la consiguiente preferencia sobre esos bienes. Analizamos la posibilidad de existencia de centros imputativos que no alcanzaran a generar una nueva personalidad y también los efectos de la concepción de la personalidad, que no estaba vinculada a la separación patrimonial absoluta del patrimonio de los socios, punto que era resuelto por el tipo de personalidad, o tipo de sociedad. Congruentemente con ello sostuvimos que no debía incurrirse en el error de dejarse arrastrar por el lenguaje en la idea de “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, sino en el efecto normativo del art. 54, ley 19.550, que correspondía a determinar la inoponibilidad de los efectos del tipo en cuanto a la responsabilidad del socio, manteniendo plenamente la personalidad.

Esa distinción entre inoponibilidad de la tipicidad e inoponibilidad de la personalidad, nos lleva a incursionar sobre la temática de la sociedad nula, la sociedad irregularmente constituida y la sociedad en formación, construyendo el sistema.

IV. — También en los recuerdos, decíamos al clausurar el III Congreso de Derecho Societario, en Salta, creyendo interpretar el mandato de todos los asistentes “Una ley de Corporaciones, o un Código abierto sobre las mismas permitiría abordar integralmente la problemática de la creación de sujetos de derecho... en protección de los terceros que contrataron oportunamente..., tratando integralmente entre otros libros a las Sociedades, y sistematizando las regulaciones de ciertas actividades societarias a través de su objeto... El primer paso de un proyecto tan ambicioso puede ser el reclamado unánimemente uniformando las sociedades civiles y comerciales, de fácil factura, que sólo se corresponde a una concepción histórica y regulando el contrato plurilateral de organización asociativa...”.

En ese mismo Congreso, en el panel que tuvimos el honor de integrar con Fargosi, Alegría y Odriozola, señalábamos, sin pensar que estaríamos tan próximos a tal trascendentes acontecimientos: “Una última reflexión en orden a la relación clásica persona-patrimonio como unidad insoluble, que genera vacilaciones en torno tanto a la desestimación de la personalidad como en relación a la política de grupos o concursos, en resguardo particular de los terceros que contrataron en relación a determinado patrimonio-sujeto. Así como se acepta tradicionalmente la idea de un patrimonio individual, de uno colectivo y de otro funcional o especializado, sujeto a determinado fin o patrimonio de afectación; en la concepción finalista o funcional puede aceptarse la existencia de diversos patrimonios o mejor dicho de centros de imputación diferenciada. En ese rol los peculios, el bien de familia o patrimonio de reserva frente al patrimonio de lucha, las masas concursales nacionales y extranjeras, la sociedad conyugal. Claro que cada patrimonio o *universitas juris* tiene un titular, pero pueden configurar centros de imputación diferenciada sobre los que concurren acreedores diferentes, tal como lo concebido para la sociedad de hecho. Esta apreciación solucionaría la problemática de los agrupamientos, soslayando la temática de la personalidad. También soluciona el problema de la extinción de la sociedad cuando subsisten derechos u obligaciones vinculadas a ese centro de imputación diferenciada”.

V. — El Proyecto de Unificación inicia muchos senderos, además de aquél en que ya nos ha puesto a caminar.

Aun sancionado no se agotará en él la sistemática del Derecho Privado.

Todos los institutos deberán ser puestos en estudio. Será necesaria una actualización progresiva y constante, pero al mismo tiempo meditada de aquellos modificados o que resultaron aparentemente indiferentes a la visión del legislador.

Uno de los caminos a recorrer será intentar un procedimiento de sistematización de las normas dispersas para con-



figurar el nuevo derecho comercial. Entendemos que implica un proceso de unificación bajo bases firmes, en el que la Reforma en definitiva sólo implique la base instrumental de futuros procesos de integración, tanto del Derecho Privado interno, como facilitando la internacionalización contractual o por Tratados. Y como hemos expresado en numerosas oportunidades y desde los mismos "Anales" de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba nuestra vocación a la unificación de los sistemas, no podemos en estos puntos sino recibir con espíritu abierto el Proyecto y tratar de brindar nuestros aportes para ajustar el sistema a los principios aducidos en las Notas Explicativas, como así también al que se conforme con la unidad del sistema jurídico argentino.

La empresa no podrá estar ausente del espíritu de las normas, aunque éstas recojan ese fenómeno de organización social y económica en forma diversa. La idea de empresa late con fuerza inusitada en la formulación del Proyecto. Todo un resguardo a la posibilidad de organización de la actividad interna e interempresaria, de los grandes emprendimientos, de los agrupamientos de subordinación y colaboración, configurada en los contratos asociativos o de organización.

Adherimos a posibilitar la capacidad creadora de las fuerzas de la comunidad: trabajo, capital, técnica, imaginación, esfuerzo... , con todo lo que ello conlleva en la democratización de la vida interior de la empresa, como reacción al espíritu individualista y reforzando —a la par que la economicidad— el principio de solidarismo que debe alentar a la actividad empresaria.

En este punto, sería conveniente que la Reforma estructurase acabadamente un sistema de información (contabilidad, publicidad y registro), basado en una valoración de simplicidad, transparencia de los negocios, como expresión de esa solidaridad y como forma de ética social, y conforme a ella, uniese en la solución a empresario individual y social.

Como definición parece clara una negativa a toda posibilidad de mantener una economía subterránea, marginal o paralela que impida que el Estado pueda cumplir sus fines

y funciones para con la comunidad. Reiteramos que la organización empresaria debe insertarse dentro de un mundo que pretende ser racional, con una participación integrativa como modelo ideal de democracia.

VI. — El nuevo dualismo que ha de dar base al nuevo derecho comercial, es concebido adecuadamente por la Reforma en la relación consumidor-empresa, conceptos extra-normativos y de origen económico que —para evitar investigaciones de hecho conforme señalan las Normas Explicativas de la Reforma—, son plasmadas normativamente en la relación persona física - persona jurídica.

En relación al consumidor -persona física se generan una serie de tutelas contractuales (en torno a la interpretación de los contratos predispuestos, fianzas, intereses, títulos a primera demanda), que desbordando el principio sería también aplicable al empresario individual conforme el concepto del art. 1016 C. C. ref., siguiendo el art. 1 de la ley de sociedades y art. 2182 C. C. Italiano, donde se concibe la idea de empresa. Idea de empresa que no es otra que la forma de desenvolver el objeto social de las sociedades o de la actividad del empresario individual.

Se acepta también por las Notas Explicativas que la empresa estará normalmente organizada como persona jurídica.

La personalidad jurídica aparece como un medio técnico jurídico o de política legislativa para aseguramiento de la empresa o del contrato que da origen a la organización jurídica de la organización económica, y al mismo tiempo como tutela de los intereses de terceros que contratan con la misma.

Esa tutela a los terceros obtiene diversa respuesta de la política legislativa: la configuración de la personalidad jurídica como un centro de imputación de créditos activos y pasivos con capacidad autogenerativa, o como un centro de imputación de preferencias de ciertos créditos (sociales o comunes) sobre los bienes afectados a la empresa (comunes). Esta es la solución que se otorga en favor del

trabajador sobre bienes de terceros afectados a la actividad empresaria, o la que el Proyecto genera en el art. 1658 ref. C.C. en favor de los acreedores de la sociedad civil sin personalidad, sobre los bienes comunes (sociales) que se encuentran en el patrimonio del socio obligado, para protegerlos en la relación con los acreedores individuales del socio, en la liquidación del patrimonio único, al no generarse la separación por el recurso técnico de la personalidad.

Nos referimos a la personalidad como una forma de poner un paréntesis en torno a ciertas relaciones patrimoniales activas y pasivas, sea con aquella locución o la de sujeto de derecho, medio organizativo, tipo societario, persona ideal o moral, etc., etc. Obviamente que cuando no se configura ese centro, el legislador puede proteger los intereses de los terceros que contratan con esa "organización" con el recurso técnico de las "preferencias", que también generan una suerte de "centro de imputación", pero sin generar una distinción de patrimonios separados.

El tema de la personalidad, pese a que los intereses de los terceros puedan resolverse de aquella manera, mantiene interés, para determinar si la sociedad civil o los contratos asociativos pueden o no ser beneficiarios —en la cabeza de los socios o representantes que actúen por los mismos— a las tutelas de las personas físicas, o la posibilidad de ser demandados como patrimonio separado, y particularmente a la posibilidad de su concurso o quiebra. Todo ello sin duda generará la necesidad de las investigaciones de hecho en sede judicial para elucidar la cuestión, como requisito previo a la aplicación de normas o a la determinación de los derechos de concurrencia de los acreedores "sociales" e individuales de los integrantes de la relación asociativa.

## VII. — CONTRATOS ASOCIATIVOS Y SOCIEDAD

Reglando los contratos asociativos en dos figuras: la sociedad y la asociación, se introduce la reforma más profunda en el sistema jurídico argentino, el marco de toda la actividad económica de una o más personas con un fin u objeto común. Se ha tratado de mostrar el nuevo sistema en sus aspectos vinculados a la empresa y a la persona jurídica. En la reforma a la ley de sociedades se introduce la sociedad de un solo miembro, y en la Reforma al Código Civil se mantiene la relación contractual de dos o más personas.

Apartándonos de la personalidad jurídica —tema que no abandonaremos—, pero adentrándonos en una de las formas negociales, descartando dentro del campo de las personas jurídicas privadas a la fundación —que no es motivo de este trabajo—, ingresamos en el ancho marco de la libertad asociativa. Usaremos indistintamente el término libertad asociativa o libertad corporativa, atendiendo a que del uso de la amplia autonomía de la voluntad para crear figuras asociativas, no nace necesariamente el recurso técnico de la personalidad jurídica, usado normalmente como sinónimo de corporación. También usamos con cierta identidad los términos sociedad y asociación, por cuanto el primer artículo con el que la Reforma regula esta figura (1681), señala que “se rigen por las disposiciones precedentes” o sea de la sociedad.

La expresión libertad corporativa la reservaríamos para el caso de la creación de un sujeto de derecho, correspondiendo el término libertad asociativa a la autonomía de la voluntad para generar relaciones de organización con fines comunes y no un sujeto de derecho. Adaptamos la terminología no a nuestra concepción, sino a la asumida por la Reforma.

Libertad corporativa que ahora deberemos ampliar a la libertad contractual para generar figuras asociativas. Figuras asociativas de las que no derive necesariamente la creación de un sujeto de derecho, conforme los términos de la Reforma, que varía fundamentalmente el esquema actual,

no sólo en torno a la ley de sociedades, a través de la unificación del derecho de las sociedades y la creación de un sistema general y residual en la llamada sociedad simple, general o civil, en el que se introduce el concepto amplio de sociedad.

Se trata de un campo que podríamos definir como aquel en que personas físicas o jurídicas tienen en común proponerse, autónomamente —en forma negocial y no por imperio de la ley— la consecución de finalidades en las que subsumen idénticamente intereses dispares, actuando concertadamente conforme al contrato en su cumplimiento. Se organiza así una disciplina del grupo o potencial grupo en el ordenamiento para un fin determinado en el contrato (fin social, o colectivo, o común).

## VIII. — TUTELA DE LAS RELACIONES ASOCIATIVAS

Esas relaciones asociativas deben formalizarse sobre tres directrices básicas, que concebimos siguiendo a Lehmann, Ferrara y nuestras ideas sobre conservación de la empresa y conservación de la sociedad:

1. Máxima estabilidad de la sociedad y de la empresa social, eliminación y subsanación de nulidades, independencia de aquellas de las vicisitudes personales de los socios, conservación de la empresa en supuestos de disolución, reconocimiento de la relación societaria aun en casos de cuestionamiento del tipo (inoponibilidad de los efectos del tipo y no de la personalidad).

2. Ordenación de las relaciones internas societarias para asegurar la cooperación en el fin común, limitación de la imputabilidad de los actos de los administradores y representantes de la sociedad a los congruentes para el cumplimiento del objeto social, deber de fidelidad y de no competir.

3. Ordenación de las relaciones externas, dando seguridad y certeza respecto de terceros en cuanto a la generación de los débitos sociales, protección del patrimonio social frente a los mismos socios y sus acreedores, protección de los acreedores sociales frente a los individuales de los socios, técnicas de publicidad basadas en la registración o en la apariencia (establecimientos abiertos al público).

## IX. — ASOCIACIÓN CONTRACTUAL

La sociedad es, conforme a doctrina generalizada, una especie en el concepto más amplio de asociación, dentro del concepto usado por el Código Civil Español en su art. 35, con referencia a las personas jurídicas, y que puede circunscribirse en que asociación es toda unión voluntaria duradera y organizada de personas que ponen en común sus fuerzas para conseguir un fin determinado.

Como unión voluntaria, la relación asociativa resulta derivada de un acto negocial, acto que por su finalidad podría ser nominado como acto asociativo. Así la adhesión que presta al contrato societario quién adquiere acciones o el contrato de suscripción de acciones. Queremos centrar la atención en la naturaleza negocial, unilateral o contractual de la constitución de la sociedad.

No es necesario reiterar el principio de la autonomía de la voluntad para generar personas jurídicas o negocios atípicos que siempre hemos sostenido.

Quizá sea el momento de anticipar que entrevemos la existencia de un fundamental desencuentro entre la doctrina dominante que inspiró el derecho societario argentino y la actitud que la recepción de la misma genera en el espíritu del reformador. La misma está referida a la llamada libertad corporativa.

Lo señala Camisar, en el debate en la Cámara de Diputados, sosteniendo que en el régimen actual existe sólo una isla de legalidad dentro de un mar de ajuridicidad. Lo

que debe traducirse como que la legislación actual encorseta la realidad, la que margina imponiéndole la ilegalidad.

Le Pera refiere la cuestión en la Introducción a su libro *Joint Venture y Sociedad*. Lo transcribimos para una mejor comprensión del espíritu que ilumina la reforma: "En los países que consiguieron evitar la bifurcación del derecho privado en civil y comercial, o que regresaron al código único, la regulación genérica de la sociedad, bajo la denominación de sociedad simple para distinguirla de los tipos especiales, precede a los tipos especiales y cubre todo fenómeno asociativo no recogido por aquellos. Hay una legislación que parece tomar una posición distinta. En la Argentina a partir de la ley de 1972 que, se considera, constriñe todo fenómeno societario a algunos de los tipos especiales permitidos, sin que ninguno sea un tipo genérico que cubra lo que no alcance a ser un tipo especial. Ocurre así una transformación por la cual lo que en otras legislaciones son reglas sobre sociedad en general pasan a ser reglas generales para los tipos especiales de sociedad. . . . Recuerdo de mis días de teoría del derecho la discusión de si era posible ("lógicamente posible") un sistema de normas basado en el axioma de que todo está prohibido, salvo que esté expresamente permitido. Cualquiera fuese la respuesta a ese interrogante como problema de lógica formal estoy convencido de que el principio no es bueno como propuesta de política jurídica. . . . Y aunque siempre es posible pensar que es el resto del mundo el que está errado, no debemos aceptar que tal es precisamente el caso sin agotar los esfuerzos de la investigación. Ese esfuerzo es el que propongo en este trabajo, convencido de que si podemos identificar la noción de sociedad, su evolución y sus umbrales, podremos también percibir los principios y los dogmas que condujeron a la actual clausura de la legislación argentina, que no es el resultado de un momento del legislador, sino la póstuma realización de una escuela del pensamiento jurídico nacional que tomaba, desgajado del sistema a que pertenecía y, en consecuencia, sin percibir su real función dentro del mismo, todo cuanto en

otras legislaciones y en otros autores pudiera servir a la concepción de un derecho comercial cerrado detallista, omnirregulador, autosuficiente y expansivo (preferiblemente a costa del derecho civil), que era responsabilidad del legislador pensar por todos e imponer a los demás”.

Hemos compartido esa preocupación de Le Pera, con él mismo, en un curso que organizáramos, y en nuestras ponencias y posiciones tendientes a evitar la amputación de la autonomía de la voluntad, que se generaba por una actitud personal más que legislativa. Por esta razón, entendemos que este importante autor toma como insalvable cierta doctrina y no las normas leídas con un criterio más amplio, pues el texto se desprende del legislador, como dicho autor señala en el libro referido. Con este criterio hubiera sido menos traumática para algunos la Reforma, bastando con reforzar algunos aspectos y poner límites a la responsabilidad no asumida expresamente por los socios.

De allí nuestra aceptación de las mismas propuestas que formulaba Le Pera y que sostuvimos: el carácter genérico de la sociedad civil, la subsistencia de la relación asociativa de hecho, irregular, nula o atípica, de la sociedad de plazo vencido, de transformar la sociedad típica en sociedad civil y viceversa, la indiferenciación del objeto para la constitución de una sociedad civil, la exclusión de la sociedad en participación o de los negocios participativos de la limitación del art. 30 L. S., incluyendo en esa exclusión a la sociedad civil. Sosteníamos la plenitud de la generación de contratos típicos o atípicos por el efecto jurígeno de los operadores mercantiles y la autonomía de la voluntad, como el efecto valorativo de la jurisprudencia cautelar. Tratábamos de rescatar la autonomía de la voluntad en cuanto no afectara a los terceros, y en pleno ejercicio de la responsabilidad.

Y quizá este es el único punto en el que se innova con el nuevo régimen: no el de la libertad, sino el de la responsabilidad. El uso de figuras asociativas mixtas o complejas, con denominación social y exteriorización de varios socios, no genera necesariamente la responsabilidad de los mismos.



O sea que la libertad corporativa, y asociativa, alcanza su máxima expresión.

Libertad que rescatábamos en la posibilidad de crear negocios participativos no típicos, al sostener que las sociedades por acciones podían participar de sociedades o negocios en participación, no alcanzados por el art. 30 L.S. Sosteníamos que podían crearse las mismas relaciones jurídicas que permitieron la “unión transitoria de empresas” o los “contratos de colaboración empresaria”, las que podían alcanzarse por medio de aquel negocio. Esas dos figuras aparecen como figuras típicas al lado de las que podían otorgarse, aquellas eran inscribibles, éstas no aparecían con esa necesidad. También sostuvimos esa posición en el IV Congreso de Derecho Societario, a la par que afirmábamos que la inscripción no alteraba las figuras y que a lo más implicaba una inversión de la carga probatoria en cuanto a la existencia y exactitud de lo así publicitado. Esta posibilidad sin duda se ampliará con la aplicación de las normas contenidas en la reforma.

Es que el sistema societario —juntamente con el sistema contractual— se puede actualmente interpretar en dos planos, que serán enriquecidos por la reforma: un plano conservador, con figuras típicas, inscribibles, y otro plano innovador, presto a responder a los requerimientos del mundo de los negocios, capaz de absorber las figuras atípicas, mezcladas o no con las típicas, con baja publicidad. No formalizamos un juicio de valor, sino que exhibimos la opción.

Nuestra preocupación son los terceros que contratarán con esas “sociedades” con o sin personalidad, con o sin afectación patrimonial diferenciable. Diferenciable para separar los requerimientos de los acreedores individuales de los socios, de los acreedores generados por el funcionalismo del contrato asociativo, temas a los que nos hemos referido en el capítulo precedente.

## X. — LOS SISTEMAS DEL DERECHO COMPARADO

Giron Tena en su *Derecho de Sociedades*, explicita en una breve evolución del derecho europeo la estructura del “Proyecto de Código del Pueblo alemán”, que dedicaba el libro VII a “Las asociaciones”, donde recogía todas las figuras asociacionales —de la parte de sociedades y de personas jurídicas— si bien marcando en títulos distintos las diversidades menores. El sistema contiene: unos principios generales en su título I, un tratamiento genérico de la sociedad en el II y de la asociación en el III, para marcar las dos construcciones dogmático jurídicas fundamentales posibles de los diversos tipos, con lo que se supera la posición dada a la sociedad simple en los ordenamientos suizo e italiano, pues con posterioridad reseña los tipos mercantiles y de asociaciones en el título IV, rematando el sistema con las Fundaciones en el título V.

La reforma ha seguido los pasos del derecho suizo e italiano, Códigos de las Obligaciones y Civil, en los que la original sociedad “civil” fue normada como figura residual de cualquier relación societaria intentada, inclusive frustrada. La denominan sociedad simple.

El examen del derecho comparado impone hacer una advertencia al lector. No puede intentarse una lectura fragmentaria del sistema de cada país, pues existen tres variables asumidas por cada legislación:

1. La extensión del concepto de personalidad o sea de la generación de un sujeto de derecho que separe el patrimonio de las agresiones de los acreedores individuales de los socios.

2. La extensión del concepto de sociedad: amplio o restringido.

3. La exigencia de determinada organización cuando existe una empresa.

Con esa advertencia y lo primario de la clasificación que proponemos para aquel examen, observamos que en el derecho americano la "*corporation*" tiene personalidad, carácter restringido y puede organizarse para sociedades con o sin fines de lucro. La "*partnership*" carece de personalidad reconocida normativamente, aun cuando la otorga la jurisprudencia en ciertos supuestos de separación patrimonial en resguardo de terceros, engloba cualquier relación asociativa que quiera someterse a ella, registrando el concepto de sociedad y asociación con criterio amplio, sea que las actividades tengan o no fin de lucro. Se resguarda en todos los casos los derechos de los terceros que contrataron con la *partnership*, obligando solidariamente a sus componentes, incluso al socio aparente —teoría de los propios actos o del estoppel o apariencia—.

En el derecho francés se constata un criterio estricto de la concepción de la sociedad con fines de lucro y de la asociación sin fines de lucro, con o sin personalidad conforme su impermeabilidad patrimonial, careciendo de personalidad las personales en el sistema normativo, aunque reconocidas en caso de liquidación.

En el derecho alemán (art. 705 del C. Alemán) se registra un concepto amplio de sociedad, que puede o no tener fines de lucro, sin otorgar personalidad que se organiza con sentido estricto, generándose la misma para las sociedades de capital con impermeabilidad patrimonial, en forma similar a la del sistema americano y francés.

En el derecho suizo se registra un sistema similar al alemán, pero recogiendo normativamente la construcción doctrinaria de este último derecho.

Con identidad e inspiración en el sistema suizo se dicta el Código Civil Italiano, que impone organizar en sociedades inscriptas las que realicen actividad mercantil y excluye del criterio amplio de sociedad a los negocios de co-interesamiento y a la sociedad en participación.

## XI. — SISTEMA DE LA REFORMA

¿Y cómo estructuró la Reforma la unificación del Derecho Societario sobre la que menos controversia registran las discusiones sobre la unificación del derecho privado?

Reguló una sociedad civil, que podemos llamar en esa forma o simple (derecho italiano) o general, como base de todos los contratos asociativos, y a su vez de todas las formas societarias que no alcanzaran a constituir una sociedad de tipo determinado o en los casos en que correspondiera desestimar el tipo.

Previamente a la regulación de la sociedad en el Código Civil, al derogar el originario Título VII, la reforma lo tituló *De los Contratos Asociativos*, con un capítulo I de Disposiciones comunes, el II De la Sociedad, el III De las asociaciones y el IV De las sociedades y asociaciones constituidas en el extranjero, culminando con la reforma a la ley de sociedades, ajustando su terminología y principios a la unificación.

En la reforma a la ley de sociedades se limita básicamente a autorizar las sociedades típicas con responsabilidad limitada de una sola persona, remitirse al Código Civil en el régimen de nulidad, de documentación contable, de sociedades constituidas en el extranjero (punto éste que fue dejado de lado en el proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados). También una adecuación sobre la calidad de sujetos de derecho de los contratos de agrupamiento empresario, sobre los que se dispone que “no son sociedades ni sujetos de derecho” como señala actualmente, agregando que esta dogmatización es “a los fines de esta ley”, punto que merece algún reparo. La eliminación de toda referencia al socio oculto y a la sociedad de hecho: si bien la sociedad de hecho habría desaparecido, ¿a qué nos referimos cuando encontramos en la reforma que la sociedad puede ser probada por cualquier medio de prueba, o sea por testimonio? Claro que la sociedad de hecho podrá existir, lo que ha desaparecido es la responsabilidad del socio no actuante

de la sociedad de hecho, de acuerdo con la ideología que inspira a la reforma de no generar responsabilidad en ningún supuesto por la mera formalización y participación en un contrato asociativo, incluyendo el de sociedad. La derogación de las normas sobre la llamada sociedad en participación o accidental, que queda incluida dentro de los contratos asociativos.

Por último, en este comentario general, pero como pieza fundamental de la unificación, la derivación a la sociedad del Título VII segunda sección del Código Civil: *Sociedad Simple*, del régimen de las sociedades no regularmente constituidas conforme uno de los tipos especiales de la ley 19.550, que ya anticipáramos.

Este examen de la reforma permite algunos otros de los comentarios que integran este análisis preliminar. Los anticipamos: sobre la personalidad, sobre los contratos asociativos, sobre los alcances de la remisión de la ley 19.550 a la sociedad del Código Civil y sobre la nulidad de las sociedades.

Una metodología a intentar para un análisis integral —que en el caso se soslaya— es la de dejar en claro los principios para, de seguido, establecer las normas más convenientes en servicio de esas abstracciones, síntesis de conceptos que debería cumplir el rol de unificadores por la simplicidad de los mismos, superando ciertos conceptos dogmáticos nacidos a la luz de la evolución histórica en la configuración de la idea de persona jurídica y sociedades.

## XII. — CONCEPTO DE SOCIEDAD

Los conceptos de sociedad podemos focalizarlos en uno estricto y otro amplio.

### 1. *Concepción restringida de la relación societaria*

Quizá el concepto estricto es más fácil de comprender por nuestra formación y los antecedentes normativos que aún reglan la materia.

En cambio es más difícil de establecer el concepto amplio de la relación asociativa, no sólo para fijarla normativamente, sino para adoptar una decisión de política legislativa.

No es que hayamos sido ajenos a los conceptos amplios de las relaciones con cierto carácter asociativo, particularmente para nosotros que hemos afirmado la libre creatividad de contratos (contratos atípicos con o sin reconocimiento del medio social), sino que conceptualmente, por facilitar nuestros esquemas o por encasillar mejor (o peor) las relaciones, preferimos marginarlos de una relación asociativa estricta, y aun como contratos plurilaterales de organización, preferimos señalarlos como negocios parciarios o de participación (llamados sociedades accidentales o en participación).

No hay duda de que la legislación civil y comercial argentina había conceptualizado la relación societaria dentro de la posición que en el derecho comparado podríamos fijar como criterio restringido o estricto. Sólo el atisbo de la sociedad accidental —no sujeto de derecho—, rompía ese esquema, que la mayoría de la doctrina trataba de cerrar haciendo aplicable a esa relación participativa dentro de las limitaciones que el art. 30 LS impone a las sociedades por acciones.

Por supuesto que no compartíamos ese criterio, pues la llamada sociedad en participación no podía encuadrarse dentro del criterio estricto de la relación asociativa elegido como política legislativa por nuestro sistema actual. Sí en cambio cabía dentro de un criterio amplio de sociedad, aceptado en el derecho comparado, y que podía receptarse doctrinariamente en los correspondientes sistemas legislativos, pero no en el nuestro.

Dentro de ese criterio estricto de sociedad, la misma podría caracterizarse por los siguientes elementos:

1. La manifestación externa.
2. La constitución de un patrimonio común.
3. La durabilidad.
4. El carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación.

## 2. *Concepción amplia de la relación societaria*

Pero por encima de este concepto estricto, que de por sí puede ser globalizante de todos los tipos e inclusive constituirse en un tipo abierto y también actuar como forma residual de otro contrato de sociedad típica no logrado, suele situarse otra concepción, base de ciertas formas elementales asociativas. Se trata de la concepción amplia de sociedad.

En el derecho alemán y partiendo de la figura genérica del art. 705 del Código Civil, la doctrina ha constituido un concepto capaz de recoger las formas más rudimentarias o de configuración de la autonomía de la voluntad más modernas, así como para constituirse en el régimen residual de las otras formas societarias. El art. 705 dispone “Por el contrato de sociedad, los socios se obligan recíprocamente a promover la realización de un fin común en la forma establecida por el contrato y, especialmente, a efectuar las aportaciones convenidas”.

Se subraya así el origen contractual, el carácter común del fin y la colaboración o comunidad para su consecución. Ese régimen no alcanza aun a perfilar la existencia de un patrimonio “en mano común” —distinto del de los socios— que se instituye para las sociedades jurídicamente publicitadas.

La sociedad civil de la concepción germánica, envuelve a cualquier manifestación societaria en tanto y en cuanto no se configura un tipo societario concreto.

Quedan bajo el palio del concepto genérico las sociedades con fines no económicos, de fines económicos ajenos a la actividad empresarial o comercial, formas de uniones de empresas, sociedades ocasionales, sociedades internas, y negocios atípicos con finalidad común.

El derecho suizo capta legislativamente esa concepción germánica en torno a la sociedad simple, siguiendo el sistema latino en cuanto a las sociedades típicas, que alcanzan personalidad cuando son inscriptas.

El concepto de sociedad simple es recogido por el art. 530 con el mínimo de elementos, o sea dentro de la concepción más amplia. Las sociedades son por lo menos sociedades —nuestro concepto en torno a la nulidad absoluta, que luego desenvolveremos—, para después ser —en todo caso— también sociedades típicas.

Esa orientación del legislador suizo fue seguida por el legislador italiano, incluso hasta terminológicamente con la locución “sociedad simple”, pero conserva en la definición de sociedad el carácter lucrativo del fin perseguido, por lo que se sigue la concepción latina.

La concepción genérica es tanto mayor cuanto menos requisitos se exigen para configurar la relación societaria, los que podrían concretarse como:

1. Fin común u objeto común.
2. Actividad negocial u origen negocial, no legislativo, o sea una forma de imputación diferenciada promovida por los socios y no de origen legal, imputación que puede o no llegarse a generar.

Se incluyen así también fines no económicos y meramente de goce, resultando de ese concepto germánico que el fin económico corresponde exclusivamente a la sociedad y el fin no lucrativo para la asociación. La sociedad anónima es típicamente corporativa —personalidad jurídica—, pero su fin económico es evidente.

En cambio la fórmula corporativa deviene excesivamente intensa pero no prohibida, para el caso de dos personas que intenten realizar asociativamente fines no lucrativos, o meramente de organización no exteriorizado como sociedad, ese fin no se corresponde con ninguna necesidad de política legislativa.

Lo que sí parece como claro es que la relación societaria es negocial, normalmente derivada de un contrato. En el proyecto siempre contractual para la sociedad civil, y de origen negocial —aunque puede corresponder a un negocio constitutivo unilateral— para la sociedad típica de responsabilidad limitada y por acciones. La declaración unilateral



importa un contrato abierto, por la posibilidad de receptor a otro u otros socios en la relación organizativa-corporativa.

El fin lucrativo y destino final de los bienes, no parece entonces indispensable en la noción jurídica, correspondiendo a una decisión de política legislativa, ya alejada de nuestro sistema, tanto por las disposiciones del Código Civil como por el art. 3 de la ley de sociedades.

El nudo funcional, o de fin común, o carácter común del objeto social aparece como fundamental.

El patrimonio común no aparece como un elemento de la esencia de la sociedad, sino cuando es indispensable para alcanzar el objeto común. Por ello es posible una relación asociativa donde los socios sólo comprometan su trabajo personal para alcanzar el fin social, expresándose la solidaridad en la puesta en común de ese trabajo, que podrá ser requerido directamente por el otro socio, sin necesidad de que lo reclame la sociedad (su patrimonio, el nuevo centro imputativo). El punto aparece referido en el art. 531 del Código suizo no recogido por la Reforma. Obviamente que la falta de patrimonio obstará a la generación de la personalidad jurídica.

Este concepto amplio permite configurar como sociedad un contrato de organización de actividades independientes, pero con una finalidad común: vender un producto, ligando la actividad del fabricante y del vendedor, sujetos —empresas— independientes, ligados por un contrato asociativo al solo objeto común indicado. Por supuesto que tampoco nacerá un sujeto de derecho.

En el derecho español se ha aceptado que las sociedades tienen normalmente personalidad, pero al lado de ellas puede haber otras que no la tienen, como es la sociedad cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios (art. 1669 C.C. del que resulta no que no sean sociedades, sino que no tienen personalidad jurídica). Se regirán por las disposiciones sobre la comunidad de bienes, pues las sociedades internas existen, pudiendo sostenerse que dentro de las sociedades —con criterio genérico— existen tipos publicitados y tipos no

publicitados, correspondiendo a estas últimas un tratamiento patrimonial propio del de la comunidad de bienes, si tuviere patrimonio. Lo que no existirán son relaciones jurídicas societarias externas, pues cuando la sociedad se publicite en el medio jurídico se generarán relaciones imputables a la misma.

Con ese mismo principio, la ocasionalidad de la relación asociativa no la desluce, y se encuentra comprendida dentro del esquema presentado por el legislador suizo, no constituyendo un tipo en sí mismo.

Es difícil perfilar una conceptualización de la sociedad con valor universal, debiendo limitarnos a hacerlo dentro de una legislación determinada. El problema resulta arduo frente a un cambio fundamental en la legislación como el que se propone.

### XIII. — EL CONCEPTO AMPLIO DE SOCIEDAD EN LA REFORMA

La Reforma recoge el criterio amplio de sociedad, con efecto sobre la ley de sociedades y todos los contratos plurilaterales. El art. 1652 del punto, que sustituye el concepto restringido del art. 1648 C.C., expresa: "Sociedad es el contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común".

De la versión consulta del Código suizo, art. 530, la versión de la Reforma sustituye "convienen" por "se reúnen", término más genérico y que involucraría situaciones de hecho con amplia repercusión entre partes. Por otra parte, la situación de hecho implica consentimiento de quienes se reúnen.

También sustituye "sus esfuerzos o sus recursos" por la indicada expresión de "con esfuerzos o medios comunes". Por último, la Reforma prefirió la "finalidad común" —fórmula aún más amplia— a la suiza de "objeto común".

Con esta amplitud del proyecto de unificación, quedan

involucrados en el concepto sociedad el negocio parciario, la sociedad ocasional, el negocio accidental y en participación, y otros contratos de organización.

Recalcamos que los negocios asociativos no aparecen perfilados como relaciones lícitas que no alcanzan a configurar una relación societaria, expresando en aquél el concepto genérico y en ésta el concepto estricto. Casi nos permitiríamos señalar que todos los negocios asociativos, incluso los que puedan generarse del condominio o del mutuo pueden involucrarse en el concepto de sociedad esbozado en el mismo, como así otros negocios de organización bilateral como ciertas relaciones de licencia y franquicia.

Así será difícil descartar la figura de la sociedad en contratos mixtos o unidos, o de pactos atipificantes unidos a figuras parciarias, atento al carácter amplio del concepto de sociedad esbozado. Entre ellas la figura del mutuo con diversas formas de riesgo y participación previstas en el art. 2248 del proyecto.

Las Notas Explicativas expresan que: "Se las puede tratar como sociedad cuando se considera que un socio puede participar en las utilidades y no en las pérdidas, como en el derecho justineano y hoy en el alemán y suizo. Son un contrato de 'co-interesamiento' en el Código Civil italiano. Son préstamos o *partnership*, dependiendo del 'control' que quien suministra el capital adquiera sobre la conducción de los negocios y otras circunstancias, en el derecho angloestadounidense. La intención de la Reforma no es declarar que estos acuerdos serán siempre un mutuo, sino que tales pactos no impiden automáticamente la acalificación del contrato como tal. Por otra parte, el nuevo régimen de sociedad quita al encuadramiento las graves consecuencias que tendría si, por ejemplo, se hubiera establecido la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios".

Como se advierte el tema implica ingresar en los contratos complejos, constituido por elementos de hecho, de distintas figuras contractuales nominadas y típicas, que generen un problema de interpretación de los mismos. Se los de-

nomina también como contratos múltiples, que no son estudiados sistemáticamente en nuestro derecho, constituyendo uniones de contratos, contratos mixtos, contratos con prestaciones subordinadas de otras especies de contratos, usándose a veces indistintamente la nomenclatura de contratos múltiples, complejos o mixtos, y suscitándose importantes problemas de interpretación.

La eventual aplicación de las reglas de la sociedad podrá traer importantes derivaciones interpretativas en la relación mutuante-mutuuario, y con terceros.

El tema debe vincularse a la regulación de los contratos atípicos en el proyecto, adecuadamente legislado, sobre la base de que atipicidad no implica ilicitud. Tampoco lo significa dentro del actual sistema pese a las palabras de Camisar en el Diario de Sesiones del día 25 de junio de 1987.

En ese punto se encontrarán los contratos parciarios, a los que nos referiremos más adelante, en este mismo capítulo.

#### XIV. — LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

La Reforma se refiere a los “contratos asociativos” en el Título VII del Código Civil, y en el Cap. I “Disposiciones comunes” art. 1648 hace aplicables las disposiciones de ese título a “todo contrato plurilateral”, que luego resulta asistido por las disposiciones del “Contrato de sociedad simple”, por ser el único normado como base en ese título.

Esta relación de género a especie entre contratos asociativos (sociedad simple) y contratos plurilaterales obliga a hacer una pequeña indagación sobre ciertos criterios terminológicos, conforme a criterios doctrinarios, que desarrollaremos sucesivamente: 1) contratos plurilaterales y contratos organizativos, 2) acuerdo o contrato, para en el punto 3), esbozar un intento de clasificación. Por ello se advertirá un lenguaje errático y difuso al referirse a cada una de las clasificaciones, cuando no reiterativo.

##### 1. Contratos plurilaterales y contratos organizativos.

La clasificación entre contratos bilaterales y plurilaterales no responde a la cantidad de sujetos sino a la cantidad de partes que intervienen en el mismo. Santos Cifuentes expresa que parte y persona no suelen coincidir, pues varias personas pueden estar de un solo lado —*ex uno latere*—, pero no frente a frente. Luego, es el número de partes en el negocio jurídico, y no el número de personas o voluntades, el que determina la unilateralidad, bilateralidad (si son dos) o plurilateralidad (si son más de dos), en función de las situaciones o posiciones en que los sujetos pueden hallarse, debido a la interacción de intereses que en el negocio jurídico se regulan. Cuando hay dos o más centros de intereses, es decir partes distintas en la constitución del negocio... o bien con intereses paralelos que encuentran en el negocio jurídico el medio de actuar en una sola dirección, el acto es plurilateral.

Los contratos asociativos, atento el criterio amplio de la Reforma serían aquéllos —luego volveremos sobre el punto— con “finalidad común” (art. 1652, ref.).

Como surge de esta primera visión, los contratos plurilaterales pueden o no ser asociativos. La novación subjetiva con delegación pasiva perfecta de deuda, implica la participación del acreedor y del deudor delegante y delegado, o sea de tres partes distintas, lo que configura como plurilateral a ese negocio.

Al referirnos a los contratos plurilaterales asociativos, lo estamos haciendo en el sentido indicado de que las partes actúen con intereses distintos aunque paralelos.

Farina define sintéticamente la posición: Según la teoría neocontractualista caben los contratos en dos grandes grupos: los contratos de cambio y los contratos de organización. El contrato de organización se ubica dentro de los contratos plurilaterales.

Explica Fontanarrosa en el segundo tomo de su *Contrato Comercial Argentino* que los contratos asociativos presentan una fisonomía distinta a los de cambio. En ellos las partes, sin afectar sus intereses individuales, en lugar de ponerse de frente a la otra en posición antagonónica, se unen con la fina-

lidad de perseguir un objetivo común. Ese objetivo común es el que siendo de naturaleza funcional, cuando trasciende al mundo exterior genera la existencia de un centro de imputación diferenciada o persona jurídica. Por tanto, sigue ese autor, la causa de la prestación de cada parte no se halla en las contraprestaciones de los demás, no existiendo el sinalagma clásico, sino en la participación que cada contratante se propone obtener en la gestión de todas las prestaciones asociadas. Hay un objeto o finalidad común que se persigue mediante la colaboración de todos los asociados, que tratan de satisfacer por esa vía sus propios intereses individuales. Pero Fontanarrosa está definiendo exclusivamente a los contratos de asociación y sociedad, dejando de lado a los negocios parciarios o en participación, y las otras formas que señala la reforma que pueden tener los contratos asociativos: de comunidad. Pero sí señala que los contratos asociativos son plurilaterales. La reforma destaca que los contratos plurilaterales son asociativos, debiendo señalar que se trata de los plurilaterales asociativos o plurilaterales de organización, pues no todos los contratos plurilaterales son de organización y existen contratos de organización bilaterales cerrados (p. ej., algunos casos de licencia, etc.).

Se señalan como determinantes de esos contratos: la posibilidad de que intervengan más de dos partes (aunque luego dentro de la sistemática de la ley de sociedades incorpore la sociedad originariamente de un solo socio), el ser contratos abiertos o pasibles de ser abiertos, el no haber exacta equivalencia entre las prestaciones y contraprestaciones, la atipicidad de las prestaciones de las partes —que es quizá el elemento más subrayable dentro de la estructura y concepción de la reforma—, y que permiten la organización de grupos o categorías. En relación a estas dos últimas características, el autor al que seguimos con algunas libertades —Fontanarrosa—, reafirma que en los contratos con prestaciones recíprocas, las mismas son típicas para resguardar su naturaleza y el sinalagma. En cambio en los plurilaterales las prestaciones son atípicas, pudiendo aportarse bienes en

propiedad, en uso, aportar trabajo, puede tener ciertas vinculaciones con locaciones o préstamos, etc. Correlativamente sirve para organizar grupos o categorías: sociedades, sindicatos de accionistas, consorcios, etc., que mantienen una existencia más o menos duradera de la colectividad de los asociados, que puede sobrepasar su vida o limitarse a un instante, por la realización de un negocio en común.

Los contratos asociativos tienen como elemento común corresponder a la posibilidad negociativa y mantenerse en el ámbito interno de las relaciones contractuales entre los otorgantes, no trascendiendo al exterior o siendo indiferentes para el monto externo, reglando sólo las relaciones entre los contratantes. Una forma de ellos es el negocio parciario o en participación —mal llamado sociedad en partición o accidental, que en cuanto suma ambas características desvaloriza las posibilidades del negocio parciario y conflictúa con la posible existencia de una sociedad de hecho—.

## 2. Acuerdo o contrato.

Se dubita entre si el negocio constitutivo de una sociedad es un acuerdo o un contrato. El acuerdo sería un acto unilateral, pero Romano-Pavoni entiende no aceptable ese criterio. Si las partes son varias, esto es si son varios centros de intereses, no se puede decir que exista una sola parte por la razón de que sus respectivos intereses no estén en ese momento en conflicto. En el caso se trata de intereses solidarios, en el sentido de que no existe un conflicto entre los intereses de una parte y los intereses de la otra.

Ello no obsta a que en algunos casos exista un negocio unilateral como es el caso de la sociedad de armamento en el derecho comparado de la navegación, o la sociedad unipersonal que autoriza la Reforma.

Graziani, en su *Diritto della società*, señala que se trata de un contrato con comunidad de fin u objeto. Ese es el elemento fundamental en los contratos de organización, no la existencia de distintos intereses, incluso en la negociación del contrato —obtener mayor utilidad—, todo conflicto de intereses se subsume a la comunidad de fin u objeto, que se co-

responde a la causa en este contrato, en la especial categoría de motivaciones de las partes para acercarse por este contrato para la finalidad prevista.

Se trata sin duda de una finalidad que, normalmente —mas no necesariamente— corresponderá a la organización jurídica para una actividad económica o comunitaria. Habitualmente esa finalidad corresponderá a la organización de una empresa, determinada a través del objeto del contrato (o de su finalidad). Como señalaba Colombres el objeto de la sociedad es una forma de referirse o de darse la empresa. Se trata de un elemento contractual concreto, necesario aún para el concepto más amplio de sociedad receptado por el derecho alemán y suizo, y adoptado por el proyecto de unificación.

Messineo, en su conocido *Manual* traducido al castellano, expresa: “Contratos de colaboración o de cooperación. . . . Entre estos. . . se suele enumerar también al grupo de los llamados contratos asociativos; más recientemente llamados de organización. De éstos formarían parte la sociedad en sus varias subespecies, la asociación en participación, algunos contratos agrarios (aparcería, colonato, aparcería de ganado), y, desde un cierto punto de vista, las coaliciones económicas, conocidas bajo el nombre de consorcios. El fenómeno asociativo es innegable. . . .” Vittorio Neppi en la introducción a la obra de Messineo separa las sociedades y los consorcios entre empresarios de los contratos, pues duda de que la sociedad tenga la verdadera sustancia del contrato, si bien acepta que fue concebida por el legislador como un contrato plurilateral (género).

Por contrato plurilateral se quiere entender el contrato en el cual pueden participar —inicialmente o después de la formación del mismo (argumento del art. 1332 del CCI)— varias partes. El carácter del contrato plurilateral es que las partes persiguen una finalidad común. Claro está que debe distinguirse la naturaleza contractual del acto constitutivo, de la naturaleza colegial del acto de funcionamiento de la relación asociativa, si bien en muchos casos puede asumir carác-



ter contractual, cuando los socios resuelven por unanimidad aun en contra de lo dispuesto en el contrato para viabilizar los actos colegiales imputables a la sociedad y vinculantes para los socios

Señalamos entonces que, dentro del esquema del derecho italiano, el contrato plurilateral de organización es un género dentro del cual podemos localizar la especie contrato de sociedad (contrato de organización asociativa o plurilateral asociativo). Obviamente que al no regularse el contrato plurilateral —punto que había sido criticado al legislador del año 72 de la ley 19.550—, la regulación del contrato asociativo como género resulta una decisión de política legislativa.

El art. 1652 del punto al reemplazar el término “acuerdan” del art. 530 del Código suizo, por “se reúnen” ha querido remarcar el carácter contractual. El mismo está evidenciado no sólo en el título VII que regula los contratos asociativos, sino en el mismo artículo donde especifica: “Sociedad es el contrato. . .”, aclaración que no usa al definir otras relaciones contractuales.

### 3. Otro intento de clasificación.

Los contratos de comunidad de fin, son también mencionados como contratos de coordinación, contratos de afiliación o de integración, que permiten englobar a las formas más primitivas y elementales de contratos de interés o finalidad común, que no constituyen sociedades en sentido amplio.

En otra clasificación se reserva la expresión de contrato de “organización” a aquél en el que subyace una organización económica, al que se le fija una normativa jurídica contractual, que de exteriorizarse y generar una afectación patrimonial dará nacimiento a un sujeto de derecho. Carlo en *Il contratto plurilaterale associativo*, afirma que el contrato con fin común *tiende* —el subrayado es nuestro— a crear un ente colectivo.

Con un concepto amplísimo de sociedad, como el que acepta el Proyecto, parece difícil sustraer alguna forma contractual generada para una finalidad común. Pero debe ad-

vertirse que muchos contratos de licencia, concesión y agencia, ahora asociativos, son bilaterales y no necesariamente plurilaterales.

En otra oportunidad señalamos la posibilidad de distinguir entre los contratos de finalidad común a aquéllos de administración (condominio, consorcio de propietarios, sindicación de acciones), de organización (negocios participativos, *joint ventures*), de colaboración y organización (agencia, filial común, unión transitoria de empresas, contratos de colaboración empresaria o de agrupamiento) y los propiamente de organización asociativa de los que nacia un sujeto de derecho (sociedad en sentido estricto, exteriorizada como tal en el mundo jurídico).

Nos permitiríamos agregar, recordando muchas lecturas, que los contratos podrían clasificarse por las prestaciones en contratos de cambio o de integración o colaboración. Igualmente por los intereses, en forma similar, en contratos de cambio o de organización.

Por las partes podrían ser considerados bilaterales o plurilaterales.

Los contratos organizativos no necesariamente son plurilaterales. En ese sentido los contratos de agencia, concesión, distribución, licencia, franquicia, donde existen relaciones complejas, entre ellas de mandato en interés común, constituyen técnicas de agrupación de empresas, integrando procesos, con control, dirección y asistencia, con grados diversos de participación, aunque aparezcan como contratos combinados, complejos o mixtos, que implican contratos de integración muy refinados.

Esos contratos organizativos podrían subclasificarse en de comunidad o de administración (comunidad de bienes, condominio), de participación (negocios participativos), de colaboración e integración (sociedades internas, agencia, filial común), colegiales (o de organización de sistemas de decisión interna: sindicación de acciones), o asociativos. Dejaríamos para estos últimos la generación de un sujeto de derecho, con patrimonio. Todos estos contratos organizativos

tienen en común —sean plurilaterales o bilaterales (cerrados)— la finalidad o interés común de las partes —léxico del art. 1649 del Proyecto—. A su vez pueden o no tener patrimonio o fondo común, pueden o no exteriorizarse como relación contractual o como sociedad (contrato).

En esta clasificación, que es una de las muchas que pueden ensayarse, recorreremos un camino por los de organización hasta alcanzar el de organización asociativa que genera un sujeto de derecho en interés de los terceros contratantes (y de la empresa o fin común).

La clasificación de la Reforma importa partir de un criterio amplio (asociativo-plurilateral) que no distingue entre aquellos que generan o no un nuevo centro imputativo.

El sistema es válido, no obstante lo cual dejamos expuesta otra vía. La misma habría encontrado su plenitud normativa en normar los contratos organizativos en el Capítulo I, centro de referencia de la libertad de organización, y regular en el Capítulo II una sociedad simple.

## XV. — LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS EN EL PROYECTO

La reforma modifica el título VII de la sección tercera y los artículos 1648 al 1690 del Código Civil, referidos a la sociedad civil, otorgando al nuevo título VII el de “De los contratos asociativos”.

Bajo la regulación genérica de los contratos asociativos que inicia el art. 1648 del Proy. se señala que sus normas se aplicarán “en cuanto no sean incompatibles” con las reglas especiales aplicables a los mismos, quedan involucrados —suponemos que como especie—:

1. “todo contrato plurilateral”;
2. “toda comunidad de derechos”;
3. “toda asociación” y
4. “toda sociedad”.

De la redacción aparece la sociedad como una especie de los contratos asociativos, pero por la especial política legislativa seguida en el proyecto subsume todos los demás tipos en cuanto no existan disposiciones incompatibles. Así el art. 1681 referido a “toda asociación” determina que “se rigen por las disposiciones precedentes” o sea, por el capítulo I “disposiciones comunes” —salvo en cuanto al trámite del art. 1651—, y por el capítulo II “De la sociedad”.

Dentro de ese esquema podría entenderse que el contrato asociativo ha sido regulado como género, pero ese contrato en sí mismo no tiene prácticamente regulación, y el título VII, inclusive por la remisión de las asociaciones, queda subsumido prácticamente en el capítulo II “De la sociedad” que tiene la matriz que regirá —salvo disposición incompatible— todo contrato plurilateral, toda comunidad de derechos (no necesariamente negocial), y —obviamente por disposición expresa y contenido del título— toda asociación.

Resulta importante fijar ese criterio de regulación, que se compadece —dentro de la técnica seguida por el proyecto— con la adopción de un criterio amplio del “contrato de sociedad”, si bien esa generalidad no se aviene con la regulación de la sociedad de un solo socio, reservada para los tipos especiales del tipo sociedad, de responsabilidad limitada y anónima, que autorizan el negocio jurídico unilateral o la declaración unilateral de voluntad como suficiente para el negocio constitutivo del nuevo centro de imputación diferenciada que configuran esos tipos de relación societaria.

La Reforma permite fijar la atención en los contratos con “comunidad de fines u objeto”, con un sentido muy amplio sobre el que habrá que aplicar los conceptos doctrinarios que primariamente hemos enunciado.

No existe duda —salvo la sociedad unipersonal originaria— de que la relación societaria es contractual y nace de un contrato plurilateral. Y en relación con la constitución por un acto unilateral asociativo, el mismo queda abierto plurilateralmente, como hemos afirmado. De todos modos en el cuerpo del Código Civil no se regula la sociedad como “acto uni-

lateral” sino como contrato. La reserva de ese recurso técnico para constituir sociedad de responsabilidad limitada o por acciones parecería converger en la “idea de empresa”. Afectar un patrimonio a una actividad empresarial, asegurando su desarrollo y la prenda común de los acreedores sociales (de la empresa).

## XVI. — LAS NORMAS SOBRE CONTRATOS ASOCIATIVOS

Hemos hecho referencia precedentemente al art. 1648 del Proy. Insistimos en que la aplicación de las disposiciones “de los contratos asociativos” a “todo contrato plurilateral” debe ser entendida con referencia a los “plurilaterales de organización” o a los “plurilaterales asociativos”, sin que por ello queden excluidos del concepto de “sociedad” amplio, los contratos bilaterales de organización.

Antes de ingresar a las normas en particular, nos referiremos a figuras que quedan involucradas dentro de ese concepto amplio.

### 1. *Los negocios participativos y los negocios parciarios*

Estos negocios quedarán involucrados en la noción amplia de sociedad, que viene de abarcar a todos los negocios donde puede existir finalidad común, que quedan englobados dentro del concepto de sociedad que hemos referido, así están comprendidos tanto el negocio parciario como el participativo.

El negocio parciario es el que otorga una participación en el resultado del negocio, normalmente de las utilidades.

Puede consistir en un mutuo en los términos del art. 2248 del Proy., en un depósito irregular, en un arrendamiento—parte del precio de la locación puede consistir en un porcentaje en el negocio—, en una relación meramente obligatoria o real cuando se promete el uso o el goce de un inmue-

ble o de un derecho real. Si se agota allí casi se mantendría dentro de los negocios de intercambio, aunque pueda considerarse como un contrato plurilateral. Si además de esa puesta en común existe una gestión común, estaremos frente a un contrato de sociedad (*partnership*).

Dentro de este género el negocio en participación fue regulado en la ley de sociedades como sociedad anómala —según reza la Exposición de Motivos— pues carece de personalidad jurídica ya que no contrata como tal con los terceros.

La finalidad del negocio es que una de las partes (asociante o gestor) comparte con la otra (partícipe) las utilidades provenientes de una actividad económica determinada, no existe gestión común sino puesta en común —a veces sólo del partícipe por traslado al patrimonio del gestor— de ciertos bienes. Esta organización o contrato de organización permite que el gestor o asociante disponga de bienes para el desarrollo de una determinada empresa o de la propia empresa. El partícipe intenta un beneficio mayor de su participación por la finalidad con la que la empleara el gestor.

El negocio parciario es un negocio de intercambio, donde una de las modalidades de retribución es una participación en el negocio, en cambio en el negocio o sociedad en participación, implica una modalidad de los negocios de organización.

El proyecto de unificación tiene en cuenta ambas modalidades al incorporarlas en forma concreta en las referencias a las modalidades del mutuo, sin expresar las aclaraciones que comentamos y que llevará a considerarlas como negocios asociativos. Por otra parte, ambas formas quedan comprendidas en la definición amplia de sociedad, al existir esfuerzos e interés común.

Esos contratos parciarios que aparecen ahora como asociativos, pueden darse modalidades de explotación de derechos de propiedad industrial, formas de edición, subparticipaciones o sociedad con el socio, comunidades de intereses convenidas en relaciones de coordinación de empresas, algu-

nas figuras de explotación agrícola y ganadera, en actividades de gestión, arrendamientos, explotación de empresas ajenas.

La jurisprudencia española ha determinado que: “La sociedad se caracteriza por la existencia y persecución del fin común, mientras que en los contratos terciarios no es preciso que las partes se agrupen para la adquisición y ganancia comunes, sino que basta que una de ellas haga la adquisición y la ganancia por sí sola, limitándose a dar a la otra una participación de las ganancias a cambio de ciertas prestaciones” (S.T. J., 17 de marzo de 1964).

Frente a la amplitud del concepto del contrato asociativo dentro de la Reforma parece inútil una conceptualización mayor que la realizada. Sólo será conveniente lo expresado para la interpretación de los contratos complejos o mixtos o combinados, tales como el mutuo con participación, donde entendemos deberá prevalecer la noción de contrato de cambio sobre el asociativo. Ello deberá ser así aunque el contrato de mutuo haya sido formalizado como plurilateral.

Estos contratos quedarán incluidos dentro de la noción de contratos de cointeresamiento del derecho italiano, que se regula fuera de las relaciones societarias.

## 2. *Bien común o patrimonio en mano común*

En relación con las comunidades de derecho, como la comunión sobre cosas (art. 2674 C.C.), las normas de los contratos asociativos deberán tener en cuenta que no son aplicables por incompatibilidad las disposiciones sobre bienes comunes referidas en los arts. 1657 y 1658 del Proy., no alterándose normas como las del art. 2687 C.C. Si bien es posible que los condóminos fijen otro régimen libremente, aplicando el de los contratos asociativos.

No debe tenerse como equivalente la expresión “bienes en común” dentro de un contrato asociativo, de “bienes en condominio”, que pueden resultar de una relación no negocial.

Se introduce un nuevo concepto dentro del derecho argentino. El llamado bien común referido a un contrato asociativo, que no corresponde a un sujeto de derecho. El concepto estaba recogido por el fondo común operativo en los contratos de colaboración empresarial.

La primera reacción será tratarlo como un bien en condominio, pues puede aparecer registrado a nombre de todos los socios, en una especie de condominio o negocio fiduciario, pero que se conforma como "bien común" en relación a un determinado negocio asociativo (contrato de colaboración, p. ej.).

Si se aplicaran las reglas del condominio, ese bien podría ser ejecutado por cualquiera de los acreedores individuales del socio (condómino). En el derecho suizo ello no podrá ocurrir sino después de someterse a la liquidación de la sociedad, ejerciendo el derecho del acreedor individual sobre la cuota de liquidación del socio (en el derecho suizo la sociedad sin plazo puede ser disuelta dentro de los 180 días, lo que no ocurre en la Reforma).

Pero en el derecho argentino, introducida la Reforma, ese bien común podrá ser agredido por los acreedores individuales del socio —lo que afecta la idea de empresa (contratos con finalidad común) y el respeto al derecho de los terceros acreedores por causa de la actividad empresarial—. No obstante ello se resguarda el derecho del tercero —no de la relación asociativa, lo que nos parece disvalioso—, a través del centro imputativo a que nos hemos referido, otorgando preferencia a los acreedores en virtud de la actuación societaria o actividad empresarial, sobre dichos bienes comunes en "propiedad" o "posesión" del socio, en conflicto de los acreedores individuales. Estamos refiriendo a bienes que no requieran registración, cuyo carácter de común resultará de la prueba y exigirá que los acreedores individuales del socio queden notificados por la actuación del mismo en forma empresarial, que pueden existir bienes afectados a una preferencia, modalidad de publicidad indirecta ajena al derecho argentino.



Si se tratare de bienes registrables, bastará la declaración unilateral del socio titular del bien, para que el mismo quede registrado como “común” y generando un privilegio en favor de los acreedores en virtud de la actividad empresarial, sobre los acreedores individuales.

### 3. *Comunidad de derechos*

La Comunidad de Derechos podrá —después de la reforma— quedar involucrada en un negocio asociativo. Se puede sostener que si bien no puede confundirse comunidad con sociedad, toda sociedad engendra necesariamente una comunidad, lo que no resultará ahora definitorio frente al texto que se proyecta para el art. 1652 C.C. en que puede configurarse la relación societaria no por medios en común, sino simplemente por la existencia de “esfuerzos comunes” (claro que los medios pueden quedar en común de las obligaciones que se generen en beneficio de la sociedad). La comunidad implica, en cambio, una mera pertenencia de un derecho o de una cosa (comunidad intelectual o condominio). En la comunidad se manifiesta la intención de adquirir un bien en común, pero en la sociedad se marca fundamentalmente la cooperación para el disfrute económico o funcional de esos bienes. Claro está que a la par de la sociedad puede surgir la comunidad, como suele ocurrir en muchos casos, a veces por simple deficiencia en el *iter* constitutivo, al escriturarse en el acto constitutivo el bien aportado por un socio a la sociedad, a nombre de todos los socios y para la sociedad, en vez de cumplir la previsión estricta del art. 38 de la ley de sociedades.

Con lo expresado precedentemente será importante distinguir la existencia o no de la sociedad en relación con la comunidad de bienes, permitiendo así discriminar si se trata de “bienes en común” con el régimen de los arts. 1657 y 1658 del Proy., o bienes en condominio.

#### 4. *La normativa en particular*

Huelga comentar que todos los principios del título son aplicables a las sociedades típicas, no sólo por la expresa referencia del art. 1651 del Proy., sino por quedar involucradas en el término “toda sociedad”. La referencia vale para las sociedades de la ley 19.550, cooperativas —no sólo por su remisión a las anónimas, sino por cuanto no puede caber duda de que se trata de una relación contractual asociativa—, las sociedades del Código de Minería, las diversas formas de actividades societarias del Estado, etc.

El art. 1649 del Proy. que subsume la norma del art. 16 de la ley de sociedades —que no se deroga—, elimina la palabra socio para reemplazarla por “parte”, pese a encontrarse regulando las disposiciones comunes de los contratos asociativos que subsumen a “todo contrato plurilateral”.

La norma proyectada subsume cuatro normas del Código Civil Italiano: los arts. 1420, 1426, 1459 y 1466, perfeccionando la redacción de los mismos, como así también la del art. 16 LS. El derecho italiano en la noción de contrato (1321) incluye la del contrato plurilateral, que merece regulación concreta en los referidos artículos del Código Civil Italiano.

El art. 1650 del Proy. se refiere a la libre forma que puede acreditar la existencia de una relación asociativa, y por ende de la sociedad y de la asociación. Acepta que los mismos puedan ser probados verbalmente o por escrito, remitiendo al sistema general de los actos jurídicos.

De esta forma se mantiene la aceptación de la sociedad de hecho —con objeto civil o comercial—, pudiendo aplicarse toda la doctrina tendiente a su caracterización nacida a la luz de los arts. 298 del Código de Comercio, derogado por la ley de Sociedades y por el art. 25 de esta última ley. Claro está que la prueba de la existencia de la sociedad, por los terceros o por los mismos socios no engendrará sin más la responsabilidad solidaria de los socios, ni la extensión de la quiebra si se declara la falencia de la sociedad. Obviamente

que deberán contribuir a las pérdidas (arg. art. 1663 del Proyecto).

El art. 1651 es una norma expresamente aplicable a las sociedades de un tipo especial, por lo que comprende el trámite de inscripción de las mismas, incluso de la sociedad por acciones. Sólo se excluye a las asociaciones que pidan autorización para funcionar, por expresa disposición del art. 1687 del Proy.

La norma —muy interesante— dispone la judicialidad de las observaciones que pueda realizar la autoridad administrativa de control por defectos de contenido del acto constitutivo, de prórroga o modificación, si el acto fuere otorgado por escritura pública o con intervención de un abogado —aparentemente especializado conforme disposiciones del órgano que tenga la regulación de la matrícula—. Por esa judicialidad, el acto administrativo para ser oponible deberá ser ratificado por sentencia del Juez, quien decidirá en definitiva, haciendo lugar o no a las observaciones que le elevará directamente aquella autoridad. Si se hiciera lugar a las mismas podría existir responsabilidad profesional del escribano o abogado actuante, razón por la que el Juez remitirá los antecedentes de su resolución denegatoria de inscripción a la organización profesional respectiva.

## XVII. — CONSIDERACIONES FINALES Y APRECIACIONES CRITICAS

1. Quizá se podría haber generado una mayor regulación de los contratos de organización, plurilaterales o no, —cualquiera sea su nomenclatura final—, favoreciendo la recepción de las modalidades del derecho vivo que generan los operadores comerciales. Reservando el contrato de sociedad a las formas más perfiladas de la organización cuando la misma tiene exteriorización en el mundo jurídico, y por tanto, configura un centro de imputación diferenciada de los socios que la integran.

El punto de unión de los sistemas pudiera estar en extender las soluciones generales de las sociedades típicas, al sistema general de los contratos asociativos: un régimen especial de nulidad o invalidez de los contratos plurilaterales, el sistema de la inoponibilidad de la limitación de responsabilidad —no ya de la nulidad vincular tratada en el art. 1649 del Proy.—, una previsión de las actividades ilícitas y prohibidas, que englobarán el objeto ilícito.

El marco amplio de libertad encontraría así su equivalencia en la actuación con “solidaridad social” por parte de quienes usan el recurso jurídico de los contratos asociativos, generando responsabilidad parcial, general, mancomunada, individual o solidaria, de quienes actúen sin esa “solidaridad”, afectando el principio de economicidad que debe iluminar la actuación organizada de intermediación o producción.

Pero, en el proyecto, el contrato de sociedad pasa a ser el contenedor, referente general, de los contratos plurilaterales. No podemos silenciar que hubiéramos preferido que se configurara una normativa muy general de los contratos de organización, distinguiendo los plurilaterales, con una especialidad de los contratos de sociedad, donde se especificara mejor las condiciones preceptivas por las que estos tuvieran o no personalidad evitando el conflicto judicial sobre esta constatación.

No para determinar responsabilidad solidaria por disposición legal, que puede limitarse conforme la estructura del proyecto, sino para seguridad en las demandas y en los concursos, que es el banco de prueba de todas las relaciones jurídicas, ante el estado de cesación de pagos del patrimonio que debe satisfacer los débitos.

Dos conceptos de sociedad, uno estricto limitado para las relaciones societarias donde se independizará un patrimonio o donde es dable que los acreedores sociales (o titulares activos de un débito social o imputable a la empresa) puedan ejercitar su derecho de preferencia (aludido en el art. 1658 del proyecto). Y otro amplio, de las relaciones de organiza-

ción, englobando el sistema general de contratos plurilaterales de fin común, para atender vínculos más débiles asociativos —o supuestamente asociativos— como pueden ser las sociedades accidentales, los *joint venture*, los negocios parciarios, la sociedad interna, la sociedad de hecho no exteriorizada, la sociedad momentánea, la sociedad sin patrimonio, la sociedad oculta, los negocios parciarios de arrendamiento, de crédito, relaciones de agrupamiento y coordinación, de agencia, licencia, distribución, franquicia, etc., etc., incluso las relaciones parasocietarias como la sociedad con el socio, los contratos de sindicación de acciones, etc., etc.

Ese reconocimiento se vincularía a las demás formas de control a que hace referencia en el art. 33 inc. 2 de la ley de sociedades 19.550.

Creemos que preocupó a la Reforma la posibilidad de extensión de la quiebra, o el fantasma de responsabilidad solidaria para un supuesto socio de una sociedad de hecho o de un negocio participativo. Miedo no sólo a que pudieran alcanzarlo las limitaciones impuestas por el art. 30 LS. a la sociedad por acciones que intentara un negocio de organización, sino también intentos de ejercitar acciones extorsivas de responsabilidad para quien no había dirigido el negocio, ni contratado, limitándose a facilitar capitales o negocios a riesgo.

2. Hemos delineado el concepto de sociedad en la doctrina, legislación comparada y en la Reforma.

Insistimos en que la decisión de política legislativa es englobar como contratos asociativos a todos los plurilaterales, a través de un concepto tan amplio de sociedad, que es mayor aun que en el derecho suizo, como analizaremos en el capítulo siguiente. Se obtiene de esta manera que todas las formas de organización (y cualquier plurilateral genética o posible), como así también formas asociativas mezcladas como accesorias o principales a contratos de cambio, sean analizadas a través de las normas del título VII, sin perjuicio de

aplicárseles las normas que pudieran existir en nuestro derecho, en forma específica.

Esa amplitud del concepto de sociedad, que es la tolerancia de todos los contratos asociativos, por ser el único regulado y al que remite expresamente el contrato de asociación, genera la problemática sobre cuándo la sociedad civil generará o no una persona jurídica, en resguardo de su patrimonio y del mismo como garantía y prenda común de los acreedores sociales.

Estamos obligados a formalizar una apreciación del tema, pues las Notas Explicativas lo refieren a la jurisprudencia y a los intérpretes.

La relación asociativa interna carece --en principio-- de relevancia para los terceros que contratan con el socio que a nombre propio gesta las relaciones empresarias.

La personalidad jurídica se generará cuando exista patrimonio de la sociedad o en mano común, exteriorizándose la sociedad como tal en el mundo jurídico, generándose débitos imputables a la sociedad. La necesidad de proteger a los terceros impondrá esta solución. Por otra parte, y como hemos señalado esa es la construcción doctrinaria y jurisprudencial en orden a la sociedad simple en el derecho continental.

3. Aportes concretos configuran lo que hemos tratado de estructurar precedentemente, buscando el criterio del legislador y tratando de ajustar las soluciones normativas a ese criterio, señalando al mismo tiempo cuándo ese criterio puede generar alguna inseguridad, particularmente ante cambios tan bruscos de sistemas generalmente aceptados.

Se ha demostrado que tiene interés, conforme los textos del Proyecto, determinar si una "simple sociedad" tiene o no *Personalidad Jurídica*, especialmente en orden a que la personalidad es un medio técnico del mundo jurídico en tutela del nuevo sujeto y de sus acreedores.

Para una mayor seguridad y certeza jurídica, como así también con el fin de resguardar la tutela a los terceros

acreedores sociales o en relación a la actividad empresarial, deberán tenerse presentes ciertas pautas que dirigieran una “necesaria investigación de hecho”, como las siguientes:

A. Se genera personalidad cuando existen bienes sociales o comunes afectados a la actividad social o común, y la sociedad —como relación asociativa— se exterioriza.

B. Existe responsabilidad o preferencia en favor de los acreedores por operaciones comunes, aun sobre bienes comunes afectados a la actividad social que se encuentren en poder de otros socios que no asumieron la obligación.

C. En resguardo de terceros, cuando éstos demandan el cumplimiento de una obligación asumida en cumplimiento de la finalidad común de un contrato asociativo probado el mismo, puede demandarse a la sociedad aunque no tenga personalidad jurídica siempre que existan bienes sobre los que pueda ejercitarse la preferencia. Con igual criterio será posible la liquidación concursal de esos bienes, y el ejercicio de todas las acciones que correspondan.

No sólo para ser sujeto activo o pasivo de una relación procesal, en juicio concursal o no, tiene interés determinar si se está frente a una persona jurídica. También lo tiene para analizar temas como la posibilidad de reducción de intereses en un mutuo o la forma de otorgamiento de garantías, etc., etc. Los socios de un contrato asociativo de alta complejidad es posible hayan actuado individualmente, y no se configure la personalidad jurídica, y —por simplificación de hipótesis— serían considerados en su obrar por la finalidad común como “persona física” y podrán gozar de una protección que el legislador no pensó para ellos, verdaderos empresarios en el sentido del art. 1016 ref. C.C.

Dejamos de lado otras dificultades por ese “tercer género” que hará “dubitar”, aunque no exista, a los jueces y a los juristas. También la conversión de negocios que intentaron constituir sociedades regulares y que luego caerán

en una regulación que puede afectar a los terceros que contrataron con la misma.

4. Creemos que se ha buscado evitar mayor responsabilidad a los socios y particularmente liberar la posibilidad de realizar contratos de consorcio, de agrupamiento, parciarios o participativos, de franquicia, licencia, concesión, de préstamos participativos, etc., etc. sin que pueda sostenerse responsabilidad solidaria de los socios y en virtud de ello extender la responsabilidad. Los contratos asociativos aparecen como una concepción genérica de todas las figuras contractuales donde se detecte una finalidad o interés común.

Debe no obstante evaluarse que no resulte un riesgo mayor aunque se dicte la quiebra de sólo el socio que se obligó, la relación societaria interna puede aparecer, y allí se juzgará la responsabilidad del socio oculto o del socio parciario, y las obligaciones internas contraídas, con posibilidad de exigir —en la liquidación de la relación societaria— los aportes u obligaciones que hubiera prometido, incluso como acción oblicua ejercida por el síndico del concurso en nombre de los acreedores sociales e individuales (subrayamos: también los acreedores individuales).

La apariencia de irresponsabilidad se tornará aun más peligrosa, al subsumir en los contratos de sociedad, contratos que en rigor no lo son. Indudablemente que una riquísima doctrina se generará no sólo en torno a esa norma, sino refrescará nuevamente el contenido del art. 1071 C.C.

Creemos que la norma que será motivo de nuevo examen será la del art. 54, 3º párrafo de la ley 19.550 t. o., pensada ahora para toda sociedad: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o *la buena fe para frustrar derechos de terceros se imputará directamente a los socios* o a los controlantes que la hicieron posible, *quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”.



O sea que generado un contrato de sociedad, si a través de ese medio instrumental —aunque no exteriorizado— se perjudica a terceros acreedores que contrataron con la sociedad o con el socio facultado para actuar en el nombre social o en su propio nombre, podrá imputarse el daño a los socios que hicieron posible ese perjuicio. Y la latitud de las formas o medios como pudieron “hacer posible” los daños, correrá por cuenta de los intérpretes y de las resoluciones judiciales, particularmente las que se adopten en los concursos donde se identifique una forma asociativa por debajo de la actuación del concursado, aunque no exista el sujeto de derecho o socios con responsabilidad solidaria.

Por ello, aun aceptando la conveniencia de la conversión de la responsabilidad en la sociedad de hecho del socio que no actuó, entendemos que la generación de la figura asociativa amplia para subsumir todo contrato plurilateral, sin definir éstos, parece peligrosa. Ese riesgo sólo debería correrse por quienes asumen una relación asociativa en sentido estricto, autorizando las otras formas de contratos de organización no asociativos, para subsumir las figuras que quedarán fuera del concepto de sociedad restringido, categorizadas no como relaciones asociativas, sino como relaciones de organización.

El concepto de sociedad está reservado en el Código Civil actual para la actividad en común, con finalidad común, no mera participación, con ejercicio de control, no de simple vigilancia sino de decisión, con participación en las utilidades y las pérdidas (aunque más no sea de trabajo o de utilidad), usada como medio técnico para generar un centro imputativo diferenciado, en beneficio de asegurar el objeto empresa, y en resguardo de los terceros. Pero este es un mero concepto, no recogido por el proyecto, que agrupa a las relaciones asociativas o de participación dentro de la sociedad civil.

Consideramos que este es el punto que más conflictos generará. Al mismo tiempo permitirá una fuerte corriente doctrinaria en torno a contratos atípicos y a la detección de

la personalidad jurídica, tema sobre el que centraremos nuestra atención en el subsiguiente párrafo.

Mantenemos el nombre de sociedad civil al no haberse derogado el art. 285 de la ley de sociedades, que hace referencia a la misma, pese a haber usado en el texto la expresión "sociedad simple" para evitar confusiones con la denominación actual.

No tenemos duda de la gran influencia que representó para la Reforma la interpretación sobre los alcances de la prohibición contenida en el art. 30 de la ley de sociedades, por la que se ampliaba— para las sociedades por acciones— la inhabilitación para la constitución de sociedades en participación o *joint ventures* —incapacidad que no alcanzaba a las sociedades por acciones constituidas en el extranjero—.

Sin embargo hubiera bastado señalar que esos contratos no implican la generación de personalidad jurídica ni la determinación de responsabilidad para los asociados, más allá del convenio o de su participación externa o representativa en cada negocio. La redacción propuesta en la Reforma nos preocupa, por la interpretación que puede intentar propiciarse, sosteniendo que la prohibición de constituir sociedad colectiva implica también la de constituir sociedad simple.

Pero al mismo tiempo somos concientes de que no hay duda de la riqueza que la práctica de los operadores económicos dotará a las figuras que encontrarán asilo en el concepto amplio de "simple sociedad".

5. No dubitamos sobre la conveniencia de la unificación de todas las relaciones normadas en forma duplicada, como de todo aquello que pueda simplificarse en principios básicos.

Las dificultades se generan cuando no se alcanza a descubrir la axiología u objetivos de ciertas reformas. Se trata de recorrer los caminos con menores obstáculos, para asegurar una recepción pacífica no sólo de la doctrina sino del medio, sin desmedro de la modernidad.

Por eso proponemos:

A. Constatar los grandes rasgos del sistema actual, sus logros y las observaciones que podamos formalizar:

a. Un concepto de persona jurídica amplio, el más amplio del derecho comparado, concebido como un medio técnico cuando la complejidad de las relaciones y los vínculos con terceros y los bienes específicamente afectados al cumplimiento del objeto-empresa lo requirieran. Lejos de constituir una complicación, constituiría una simplificación de las relaciones, generando el nuevo centro imputativo.

b. La sociedad civil constituye persona jurídica (art. 33, 2ª parte C.C. y toda su estructuración), constituyéndose como un tipo abierto, capaz de permitir la organización de cualquier actividad —civil o empresaria, con o sin ánimo de lucro—, que quisiera organizarse como persona jurídica, sin configurar uno de los tipos previstos por la legislación específica.

c. Existe libertad contractual para formalizar contratos atípicos, de tipo organizativo, que pueden realizar libremente las personas físicas y jurídicas, incluso las sociedades por acciones, dentro de los cuales incluimos los negocios en participación, *joint ventures*, etc., etc., siempre sin afectar los derechos de los terceros.

d. El régimen de irregularidad societaria permite su libre composición, incluso para sociedad nula, salvo por nulidad de objeto o actividad.

B. Conforme esa apreciación, en relación a esos puntos parece conveniente:

a. Mantener el criterio amplio de la persona jurídica, que ofrece seguridad y simplifica las relaciones evitando conflictos.

b. Ampliar la concepción de la sociedad civil, simplificándola como tipo y como relación de base de cualquier otra forma societaria no alcanzada, configurando un sujeto de derecho (persona jurídica).

c. Configurar los contratos organizativos, para asegurar los vínculos y relaciones interempresarios, incluyendo las Sociedades en participación —que se excluirían de la ley de sociedades—. Un sistema más amplio de normas generales regulándoles, y dentro de los mismos el contrato de sociedad simple como de organización asociativa. Conllevaría una más clara redacción del artículo 30 LS, indicando claramente en qué sociedades no podría participar.

d. Un sistema sanatorio más amplio de la invalidez societaria.

6. La idea de empresa impregna las soluciones del proyecto, a lo que adherimos.

La concepción del punto precedente, permitiría soslayar esa preocupación de los asesores, expresada en las Notas Explicativas sobre la búsqueda de un concepto jurídicamente válido para referirse a la “empresa” y “que *no hagan necesaria una investigación de hecho* para determinar en cada caso” su referencia (B. Algunos aspectos generales, punto 2). A tal fin y en la constatación de que “normalmente” la actividad empresarial es organizada como “persona jurídica”, se regula la empresa a través de esa persona.

No obstante —conforme las normas del Proyecto—, será necesaria *una investigación de hecho* —normalmente en sede judicial— para determinar cuándo se está o no frente a una persona jurídica, también será necesaria una investigación para determinar cuándo una persona individual debió registrarse por realizar una “actividad empresarial” definida en el art. 1016 ref.

De esta forma se eliminaría toda incertidumbre, enroándonos en la aceptación de las técnicas de organización de la empresa y de la libertad en las relaciones interempresarias, sin alterar profundamente la avanzada construcción jurídica nacional.

De esta manera presentamos esta interpretación libre de una primera lectura al Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, con media sanción de la Cáma-

ra de Diputados de la Nación, que enriquecerá como norma o como doctrina el derecho privado.

Al solicitar la benevolencia de los señores Académicos en sus preguntas o cuestionamientos, que han de perfeccionar estas ideas, solicito la indulgencia de los señores Presidentes por el tiempo insumido al solicitármeme comunicar esta particular visión sobre el sistema del Proyecto de Unificación.



IV  
HOMENAJES





**HOMENAJE AL ANTIGUO ACADÉMICO  
Dr. ISIDORO RUIZ MORENO**

*Acto realizado en el Colegio de Abogados de Buenos Aires,  
el 30 de junio de 1987, en el primer aniversario  
de su fallecimiento*



*Apertura del acto del Presidente de la Comisión de Honor,  
académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía*

Señoras y señores:

En el seno de este Colegio de Abogados que presidió y con la adhesión de numerosas corporaciones que también presidió o de las que fue conspicuo integrante, nació la idea de rendir homenaje a la memoria del Dr. Isidoro Ruiz Moreno en el primer aniversario de su muerte.

Para materializar ese propósito estamos aquí quienes tuvimos la fortuna de gozar de su amistad en tiempos idos. Nos congrega, pues, un noble propósito: dar expresión a sentimientos puros y acreditar, si cabe, que no se muere del todo cuando se ha sembrado el bien, se ha dicho la palabra justa y se ha honrado la herencia de virtud y de sabiduría que transmitieron los mayores.

He sentido la necesidad de decir hoy y aquí estas brevísimas palabras de apertura ante los amigos que me designaron "in absentia" para presidir la Comisión de Honor que auspicia el homenaje.

Es una distinción que agradezco al iniciarse el acto y ceder la tribuna a quien dirá el elogio del amigo, del jurista, del magistrado, del hombre de ley y de virtud.



*Discurso del académico Dr. Jorge A. Aja Espil, en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

Designado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires para honrar el recuerdo y la obra de quien fuera su Presidente, el Dr. Isidoro Ruiz Moreno, vengo a exaltar la memoria de ese servidor de causas nobles en su vida pública, y ejemplar caballero en el trato cotidiano.

Conocí a Ruiz Moreno en una nerviosa mañana del año 1939 en esa casa para siempre inconclusa de la calle Las Heras. Coursaba yo, adolescente aún, el primer año universitario y debía enfrentar una prueba difícil: la temida mesa examinadora de Derecho Internacional Público —ubicada entonces en el primer año de la carrera— cuyo titular era Isidoro Ruiz Moreno (padre), y a quien acompañaba como profesor adjunto su hijo del mismo nombre. Era éste un joven de escasos 35 años, alto y vertical, de pupilas penetrantes que lucían a través de sus lentes ceñidos en el entrecejo, y con una incipiente calvicie que acentuaba su natural seriedad y su porte circunspecto.

Para los estudiantes de entonces, Ruiz Moreno (h) era el profesor estricto, con la aureola de quien había arrasado con los sobresalientes de la carrera, laureado con medalla de oro en la promoción 1929 y ganador del premio Alberto Tedín Uriburu, todo lo cual infundía un profundo respeto entre el alumnado.

En esta evocación de un pasado ya lejano, no puedo omitir mi gratitud para quien, con una precisa media pa-

labra y una sonrisa cómplice, ayudó a salvarme de un inminente naufragio frente a una pregunta de examen con que el titular de la mesa ponía a prueba mis endebles conocimientos. En ese escenario y en dichas circunstancias, naturalmente nació en mí un singular afecto por Isidoro Ruiz Moreno que habría de acrecentarse con el correr de los años.

Isidoro Ruiz Moreno nace en el año 1905. Nieto de don Martín Ruiz Moreno, figura prominente en la política de la Confederación argentina del siglo pasado; heredero afortunado de la riqueza intelectual de su padre que fue internacionalista de nota, catedrático y académico de derecho, nuestro homenajeador de esta tarde recibe de estos patricios la fina llama del espíritu que le permitirá lucir con brillo de la mejor ley. A los Ruiz Moreno los distingue la cronología más que la obra en sí. El pensamiento de esas tres generaciones reconoce una misma filiación: la de concebir a la Patria como un ideal de justicia, de progreso y de grandeza a la que el ciudadano debe darle sus mejores energías. Anotamos con placer, que esa ilustre tradición sigue haciendo escuela y se prolonga ya en la cuarta y actual generación.

En el curso de sus ochenta años, muchos fueron los horizontes en la vida de Ruiz Moreno, pero tres facetas se destacan en su brillante recorrido: la del jurista, la del internacionalista y la del ciudadano virtuoso.

Su impulso juvenil de consagrarse por completo al campo internacional, siguiendo las ejemplares huellas de su padre, encuentra cálido eco en el Dr. Adolfo Bioy quien lo lleva, apenas recibido de abogado, a la Cancillería como asesor letrado. Luego de un largo paréntesis vuelve al Ministerio en el año 1956, solicitado por el entonces Ministro Dr. Luis Podestá Costa. Consejero Legal con rango de Embajador, Subsecretario interino del Ministerio de Relaciones Exteriores, en 1957, fue siempre el atento guardián de los intereses argentinos.

Como publicista, Ruiz Moreno ha enriquecido la literatura jurídica nacional con libros, monografías y artículos, entre los que me permito citar: *Las presas marítimas en la República Argentina*; *Relación entre el derecho natural y el derecho internacional*; *La responsabilidad del Estado en las luchas civiles*; *Las áreas submarinas*; *El pensamiento internacional del Alberdi*; *Aspectos modernos de la Doctrina Drago*; *El derecho Internacional Público en el Código Civil*.

Debe ponerse de relieve su magnífico libro que compendia la historia de las relaciones exteriores argentinas en el siglo y medio corrido desde la Revolución de Mayo.

Como contribución al recuerdo devoto y fiel de este primer aniversario de su muerte, deseo mencionar aquí un episodio poco conocido pero que revela al agudo diplomático que encerraba la personalidad de Ruiz Moreno. Para enero del año 1956, cuando el país recién emergía de años aciagos, estaba convocada la III reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos que debía tener lugar en la ciudad de México y donde se trataría la cuestión del Mar Territorial así como los nuevos rumbos a seguir en el entonces debatido tema del Derecho del Mar. En esas circunstancias la Cancillería le solicita al Dr. Ruiz Moreno que encabece la delegación argentina.

Como es sabido, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos era un órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA), creada por la Carta de Bogotá en el año 1948. Ocurría que de las 21 repúblicas americanas que habían firmado el instrumento constitutivo de la OEA, sólo la Argentina no lo había ratificado y, por ende, no era miembro en la plenitud de derecho.

No escapó a ese sutil jurista que era Ruiz Moreno, la situación desairada de una delegación argentina que sólo tendría el carácter de convidado de piedra en la conferencia de México. Así se lo hace saber al Canciller argentino, y condiciona su aceptación a que se procediera a la inmediata ratificación de la Carta de Bogotá. Con el compromiso for-

mal del Ministro, viaja Ruiz Moreno a México y el 17 de enero, momentos antes de arribar al Salón de la Conferencia, recibe el cable con la ansiada comunicación que venía a poner fin, así, a un prolongado aislamiento político y a un grave vicio jurídico.

Ruiz Moreno, al hacer uso de la palabra en la sesión inaugural, anuncia la buena nueva en el seno de la Conferencia y una salva de aplausos resuena largamente en el palacio azteca. Luis Padilla Nervo, Ministro de Relaciones Exteriores de México y presidente de la Conferencia, interviene para celebrar la decisión argentina que permitía el feliz reencuentro de la unidad del sistema interamericano. Al día siguiente grandes titulares de los principales diarios mexicanos, "Excelsior", "Novedades", "El Universal", se hacían eco de la trascendental decisión argentina. Naturalmente, el jefe de la delegación argentina y su dignísima esposa, doña Amelia Baires de Ruiz Moreno, pasaron a ser el centro de los agasajos oficiales y de las obligadas tertulias entre los integrantes de las delegaciones.

Isidoro Ruiz Moreno continuó la inspiración de su padre en la cuestión de límites del Río de la Plata y contribuyó activamente a la celebración de importantes acuerdos con el Uruguay, país por el que sentía una natural inclinación que confesaba paladinamente. También impulsó el inicio de las gestiones de Salto Grande, en octubre de 1957, piedra fundamental de lo que es hoy una realidad que une a la hermandad rioplatense.

Ruiz Moreno fue elegido miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, el 5 de julio del año 1960, para ocupar el sillón que lleva el nombre de Antonio Bermejo, y a propuesta de los académicos Juan A. González Calderón, Agustín N. Matienzo, Eduardo Labougle, Francisco Ramos Mejía, Juan José Díaz Arana y Mariano J. Drago, todos ellos relevantes valores del acervo jurídico nacional.

El discurso que el académico Ruiz Moreno pronunciara en el acto de su incorporación, versó sobre los Derechos de



la Victoria. Se trata de un enjundioso y extenso estudio en el que no sólo expone la evolución y verdadero sentido de la célebre y polémica doctrina sino que explica sus derivaciones en el plano universal contemporáneo. Más tarde engrasó la lujosa galería de Presidentes de la Academia, cargo que desempeñó desde 1981 a 1983, y en donde puso de relieve su amplitud de criterio para dirigir las reuniones sin acentuar nunca el ademán ni la palabra, con su voz casi confidente y sus elocuentes silencios.

La trayectoria de Isidoro Ruiz Moreno como internacionalista y académico de derecho es sólo el resplandor de una cara de esa medalla brillante que fue su vida. Queda mucho por decir de otras nobles y bellas fronteras de su personalidad, y de la que se ocuparán enseguida, autorizadas voces.

Señoras y Señores:

Mientras escribía estas apretadas líneas, limitadas por la premura del tiempo que tengo asignado —breve para el expositor pero fatigante para la audiencia— reflexionaba sobre la fugacidad de la vida. Nunca acaba uno de explicarse cómo la muerte puede acabar con tanto saber, con tanto acendrado amor al país y a sus hombres. Ley de la vida, crueldad de la vida, acaso, que nos hace añorar a quienes se han ido para siempre. ¿Cómo quebrar las leyes de la temporalidad? ¿Cómo postergar la angustia del momento extremo?

Las cosas, los seres, el hombre, son transitorios en su dimensión real; en cambio, como imágenes del intelecto y del espíritu adquieren eternidad.

Bello ejemplo el que trasciende de aquellos que nos dejaron el último año: el de Ruiz Moreno, el de José Manuel Saravia, el de Margarita Argúas, el de Héctor Lanfranco, queridos amigos que vieron llegar el atardecer de la vida sin flaquear en su trabajo y en sus anhelos. Y si en nues-

tra Academia sobrevive una imagen sacra del intelectual y del jurista, testimoniemos entonces, con veneración y gratitud, la meritoria existencia de nuestro recordado académico, Isidoro Ruiz Moreno, la que no necesita del paso del tiempo para ser depurada y alcanzar su plena consagración. Ella ya está esculpida en la conciencia de los que lo conocieron y fraternizaron.

HOMENAJE AL ANTIGUO ACADÉMICO  
Dr. FELIPE A. ESPIL

*Conferencia pronunciada por el académico Dr. Jorge M.  
Mayer en la sesión pública de homenaje al antiguo académico  
Dr. Felipe A. Espil, el 12 de noviembre de 1987,  
con motivo de su centenario*



Conmemoramos hoy el centenario del Embajador y dilecto Miembro de esta Academia el Dr. Felipe A. Espil.

Tenemos el privilegio de que esta ceremonia sea presidida por el Dr. Manuel Ordóñez, que defendió a través de largos y erráticos años los principios de la Constitución y los escombros de la libertad, sin concesiones.

Su ejemplo y su espíritu, que tanto nos alienta, realza en términos insuperables este acto. Es el mejor homenaje que podemos ofrecer hoy a la memoria del Dr. Espil y el que más le hubiera halagado.

El Dr. Espil fue uno de los actores de mayor talento de nuestra historia diplomática. Nació en la ciudad de San Andrés de Giles el 17 de mayo de 1887. Su padre Felipe Santiago Espil era un importante dirigente del partido Conservador en la Provincia de Buenos Aires, partidario del Dr. Carlos Tejedor, fue oficial de la Guardia Nacional en 1880 y Senador en la Legislatura Provincial en 1904.

Las inquietudes intelectuales le eran familiares, su hermano Alberto fue Ministro de Gobierno de la Provincia y publicó en 1964 una importante obra *La revolución de 1893 y don Julio A. Costa Gobernador de Buenos Aires*, que describe el levantamiento acaudillado por Hipólito Yrigoyen contra ese gobierno. Estalló el 30 de junio, se extendió desde Adrogué a Bahía Blanca y causó grandes estragos y numerosas víctimas, hasta que el General Francisco H. Bosch obligó a las fuerzas revolucionarias a deponer las armas el 25 de agosto.

El Dr. Felipe A. Espil inició sus primeros estudios en el hogar de sus padres, con el Profesor Louis Soulé y los concluyó en el Colegio Sadi Carnot de Buenos Aires. El 8 de marzo de 1910 se graduó de abogado en nuestra Facultad.

Publicó en 1915 su famosa tesis sobre *El Recurso Extraordinario* patrocinado por el Dr. Tomás Jofré, que mereció el Diploma de Honor el 15 de septiembre de 1916 y fue el anuncio de un destacado futuro. Clara y precisa exhibe un detallado conocimiento de la jurisprudencia norteamericana, que exponía con lucidez y ponderación, a tal punto que todavía hoy es un clásico de consulta en nuestro Derecho Público.

Ligado al Estudio de su hermano Alberto en Mercedes y al Estudio del Dr. Jofré en Buenos Aires, en los años progresistas del Dr. Victorino de la Plaza, fue designado Defensor de Ausentes ante los Tribunales del Departamento del Centro en la Provincia de Buenos Aires y las notas que publicó en esa época en la colección de la Jurisprudencia Argentina conservan un significativo interés.

Merece recordarse en esos primeros años: *El recurso extraordinario y los extremos de hechos* ("J.A.", t. 1, p. 4). *La interpretación auténtica de la Ley* ("J.A.", t. 1, p. 136). *Las leyes aclaratorias y la interpretación auténtica ante el principio de la retroactividad* ("J.A.", t. 1, p. 137). *El artículo 14 de la ley 48 y el planteamiento de la cuestión constitucional por primera vez ante la Suprema Corte* ("J.A.", t. 1, p. 810). *La ley de defensa social y la Constitución* ("J.A.", t. 2, p. 16). *El pacto comisorio y la ejecución del contrato* ("J.A.", t. 2, p. 406). *La inamovilidad de los jueces, comentario a la Ley Orgánica de los Tribunales* ("J.A.", t. 2, Leg. 25). *Las sociedades anónimas y el fuero por nacionalidad* ("J.A.", t. 3, p. 447). *Los incendios de campos por locomotoras* ("J.A.", t. 3, p. 797). *El fundamento independiente de derecho común que basta para sustentar la sentencia en el recurso extraordinario* ("J.A.", t. 5, p. 88). *La nacionalidad de las sociedades anónimas a los efectos del fuero federal* ("J.A.", t. 5, p. 196), y *Legislación y Jurisprudencia norteamericana*.

*americana en materia de sociedades anónimas extranjeras* ("J. A.", t. 13, p. 193).

Esa sólida formación jurídica le sirvió de valioso apoyo para su carrera diplomática. Si pudo ser un gran abogado o un sapiente Profesor de Derecho otro sería su destino.

Cuando apenas había cumplido los 31 años, en el mes de diciembre de 1918, el Dr. Tomás A. Le Breton recién designado Embajador en Washington, atraído por sus destacadas dotes, le pidió que lo acompañara como Secretario de la misión. Así asistió en los primeros días del mes de marzo de 1919 a la austera ceremonia, en el curso de la cual el Embajador Le Breton presentó en la Casa Blanca sus credenciales al Presidente Woodrow Wilson.

Conoció el fascinante ambiente de Washington, los nevados inviernos y los veranos sofocantes, los cerezos en flor sobre el río Potomac, los paseos a caballo por Rock Creek Park; la cancha de golf de Chevy Chase, el santuario de las Embajadas clasificadas por la calidad y particularmente la cantidad de las bebidas en la jubilosa época de la prohibición, la Biblioteca del Congreso que debería servir de modelo a nuestros funcionarios, Lincoln hierático en su silla de mármol, que contempla cada vez más pensativo el torنادizo desfile de diplomáticos, políticos, militares y financieros que circulan entre el Congreso y la Casa Blanca a la pesca de quimeras.

Fue elevado al rango de Consejero y Encargado de Negocios el año 1923. En 1928 después de una estadía de 10 años en esa procelosa ciudad, fue nombrado Ministro Plenipotenciario en la Holanda de la Reina Guillermina y de los tulipanes, para renunciar en 1929 a causa de las tormentas políticas que agitaban al Buenos Aires de esa época.

Después de 1930, restablecida la calma, el nuevo Presidente General Uriburu, lo designó con el mismo rango ante los gobiernos de Dinamarca y Noruega.

En abril de 1931 le fue encomendada una misión de carácter financiero en Londres y en Nueva York. Por la eficacia de su desempeño y creciente prestigio, fue nombrado

ese mismo año Embajador ante los Estados Unidos, cargo que desempeñó por 12 años.

El año 1933 se casó en la misma ciudad de Washington con la Sra. Courtney Letts que sería su admirable compañera y la talentosa colaboradora de sus trabajos.

La Sra. de Espil escribió varios libros que merecen recordarse: *La esposa del Embajador, Diez años en la Embajada argentina en Washington* (1933-1943), *Noticias confidenciales de Buenos Aires* (1868-1892) en 1969 y *La segunda presidencia de Roca vista por los diplomáticos norteamericanos* en 1972, que contribuyen galanamente al conocimiento íntimo de la historia diplomática argentina.

Sagaz observador, profundamente versado en estudios históricos y económicos, esa larga estadía en los Estados Unidos le permitió identificar los resortes de su política internacional.

Así fue testigo del extraordinario crecimiento de ese país, el nuevo y tumultuoso Imperio Romano, en el curso de las presidencias del idealista Wilson, del alegre Harding, del bíblico Coolidge, de Roosevelt el menor, de los Ford T y del Destino Manifiesto, de las gigantescas empresas y de las grandes Universidades, de la ley seca, del Progreso Ilimitado, de las dramáticas depresiones y del New Deal, de las sectas paganas, de las Follies y de los predicadores millonarios de Harlem, de los derechos humanos y del Ku Klux Klan.

Presenció el trueno de Pearl Harbor el 7 de diciembre de 1941, la rápida transformación de una industria de paz en una arrolladora industria de guerra y las vacilaciones de una política internacional, no siempre previsoras.

Por sus eximias condiciones fue designado Doctor Honoris Causa por la Universidad de Brown en 1940 y por la Universidad de Rutgers en 1941.

Prestó luego servicios en la Cancillería desde noviembre de 1943 hasta el 10 de junio de 1945. En esa fecha fue designado Embajador en España y el 13 de marzo de 1946 Embajador en Londres.

Los accidentes institucionales de esos años interrumpieron una segunda vez su sabia carrera y en octubre fue



llamado a Buenos Aires, cuando nuestra política internacional se tornaba caótica.

Si Alfred de Vigny escribió en el siglo pasado un estudio sobre *Las grandezas y servidumbres de la vida militar*, hoy podríamos escribir otro ensayo sobre las grandezas y servidumbres de la vida diplomática, puesto que nuestros representantes se hallan sometidos a los ramalazos de los torneos electorales, con graves perjuicios para los intereses de la República.

Difícil ha sido siempre el peregrinaje de los diplomáticos con una genuina vocación por sus tareas. Deben afrontar serios obstáculos, sus destinos y los ascensos dependen de los vientos políticos y son a menudo postergados por los gobiernos, resueltos a nombrar para esos puestos a sus amigos, para premiar sus servicios y a veces para alejar a rivales molestos.

No comprenden que los problemas diplomáticos suelen ser complejos y exigen un largo aprendizaje, conocimientos de historia y de economía, un carácter bien equilibrado, el sentido de la oportunidad, perspicacia y cautela, como poseía en grado eminente el Dr. Espil. Los entusiasmos partidarios poco valen en ese terreno, de buenas intenciones está empedrado el camino del infierno, dice el proverbio.

Dependen además de los Ministros del ramo, a menudo novicios en esa disciplina, influidos por prejuicios intelectuales o lazos inhibitorios, sin la visión despejada de los intereses fundamentales del país, a tal punto que nuestra política internacional, se volvió subjetiva y versátil, cambia de rumbo prácticamente con cada Ministro.

Es fácil adivinar las angustias de nuestros diplomáticos ante las decisiones, por demás originales, de algunos gobernantes, que deben cumplir obligadamente. Me imagino que se sentirán como los oficiales que reciben la orden de mandar sus soldados a atacar una fortificación que saben inexpugnable. Si hemos tenido un Curupaity en una guerra horrible, también hemos tenido varios Curupaitys igualmente dolorosos en la política internacional.

Entre tumbos y ambigüedades, no hemos seguido una política consistente y eficaz. Ernesto Quesada, Estanislao S.

Zeballos y Joaquín V. González han condenado severamente esas improvisaciones y desde entonces su curso ha empeorado, con las sabidas consecuencias. Por eso es necesario y urgente una cuidadosa rectificación para asegurar el porvenir de la República y el futuro de las próximas generaciones.

El Dr. Espil asistió como representante del Gobierno argentino a las Conferencias Internacionales del Trabajo, celebradas en Washington en 1920 y en Ginebra en 1921, a la VI Conferencia Panamericana de La Habana de 1927, a la Conferencia de Consolidación de la Paz en Buenos Aires en 1936, al Congreso Científico Americano de Washington en 1940, a la II Reunión Consultiva de Ministros de Relaciones Exteriores de La Habana en 1940, a la Asamblea de las Naciones Unidas celebrada en Londres en 1946 y a la última Asamblea de la Sociedad de las Naciones celebrada en Ginebra en abril también de 1946.

En 1955, en momentos particularmente difíciles, el General Lonardi lo designó Embajador en Río de Janeiro, y en 1957 integró la Delegación argentina ante las Naciones Unidas en Nueva York. En septiembre de 1959 se retiró de la vida diplomática después de una extenuante y fecunda tarea con casi 40 años de servicios.

Pudo presenciar en esas reuniones cómo se debatían los problemas erizados de la correlación entre los intereses comerciales de los estados, la seguridad internacional y la limitación de los armamentos, la inclinación de algunas potencias para exportar fluidamente sus mercaderías a los países de Latino América en nombre de la sagrada libertad de comercio al mismo tiempo que cerraban sus puertas a las importaciones de esos mismos países, el espectro siempre recurrente y molesto de la fiebre aftosa.

En todos esos cargos actuó con la misma discreción, una firme cortesía, el cuidadoso cálculo de los resortes que mueven a los actores en el teatro internacional, una clara visión del porvenir y de los fundamentales intereses argentinos. El Dr. Espil, parco y oportuno, se hallaba cerca de un avezado jugador de ajedrez, que no comete equivocaciones y esto explica el éxito que coronó sus empresas.

Debemos recordar que un buen ajedrecista es el que sabe prever la respuesta del adversario y cuál puede ser su propia contraréplica, y a nuestra Cancillería le ha faltado en más de una oportunidad ese don.

El retiro no lo acantonó en el ocio, un proverbio inglés dice *You can't keep a good man down*, no es posible mantener un hombre capaz en el suelo.

Volvió a colaborar en la colección de la Jurisprudencia Argentina con los siguientes artículos: *Países que aceptan reciprocidad de la ley 8867: E.E.U.U. de América* ("J.A.", t. 63, p. 649), *A propósito del proyecto de ley sobre fondos comunes de inversión* ("J.A." 1960-IV, Doct. p. 3), *Los incendios de campos por locomotoras* ("J.A." 1961-I-Jur. p. 170), y *El gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo* ("J.A." 1965-V-Doct. 25).

Publicó además varios estudios en diarios y revistas sobre los temas de actualidad: *La atribulada misión de César Augusto Rodney* ("La Nación", 30 de octubre de 1955); *Las reformas impositivas en los Estados Unidos* ("La Prensa", 16 de marzo de 1963), *El Congreso de los Estados Unidos y la reforma impositiva* ("La Prensa", 4 de julio de 1963), y *Precios, salarios y productividad* ("Revista de la Unión Industrial", julio-septiembre de 1966).

Después de cinco años de pacientes investigaciones en el Archivo del Departamento de Estado, en la Sociedad Histórica de Massachusetts y en la Biblioteca del Congreso de Washington, en el Archivo General de nuestra Nación y en nuestra pobre Biblioteca Nacional, logró localizar, reunir y traducir las notas que John Murray Forbes, Agente y luego Encargado de Negocios del gobierno norteamericano en Buenos Aires, dirigió a los Secretarios de Estado John Quincy Adams, Henry Clay y a Martín Van Buren, desde 1820 hasta su fallecimiento en 1831.

Esta obra, por la que tenía un gran cariño, fue publicada en 1956 y se halla precedida de un prólogo ejemplar por su claridad y concisión y completada con numerosas notas breves y medulosas. Es de excepcional importancia, porque describe coloridamente los personajes y los sucesos de

esos años, la rivalidad entre los comerciantes norteamericanos y los comerciantes ingleses y su lucha por la introducción de las harinas y los tejidos de algodón en el Río de la Plata y reanima así un tiempo casi olvidado, grávido de incidentes, que tuvieron una apreciable influencia en la formación del estado argentino.

Forbes falleció el 14 de junio de 1831, a los 60 años de edad en su casa de la calle Perú 23. El día 16 la procesión fúnebre, encabezada por el Almirante Brown, el General Guido, el General Alvear y el Subsecretario de relaciones Exteriores Manuel Irigoyen marchó desde su hogar hasta el Cementerio de los Disidentes a las dos de la tarde. Los demás acompañantes concurren a caballo, en filas de a tres, desde la Plaza de la Victoria y sus compatriotas cargaron un velillo negro en el brazo izquierdo por 30 días.

El Dr. Espil observaba que los mejores diplomáticos no son aquellos que encuentran todo excelente en el país a que han sido destinados y enseña que los dones primordiales de un buen diplomático, más que la brillantez, son la cultura, el tacto y el buen sentido.

Es indudable que Talleyrand no es un modelo encomiable para nuestros aprendices de diplomáticos, sobre todo cuando no tienen las dotes de Talleyrand.

En 1962 publicó un artículo particularmente revelador sobre *Las carnes argentinas en los Estados Unidos* ("Anales de la Sociedad Rural Argentina", enero de 1962, p. 14), donde refiere las gestiones que había realizado en 1935 y 1941 para lograr la admisión de las carnes provenientes de la Patagonia y la Tierra del Fuego, donde era evidente que por el clima no había fiebre aftosa y los obstáculos que le oponía el bondadoso Mr. Hull.

Elegido Miembro de esta Academia, fue recibido el 5 de abril de 1967, por nuestro inolvidable Don Juan Silva Riestra, con un emotivo discurso. Recordó el Dr. Juan Silva Riestra los años de su común juventud, en la Facultad de Derecho de la calle Moreno, cuando Carlos Ibarguren, Carlos Octavio Bunge, Marco Avellaneda y Estanislao Zeballos les señalaban los difíciles senderos de las disciplinas jurídicas.

Recordó también sus posteriores estudios, su renombrada tesis sobre el *Recurso Extraordinario*, las notas en la colección de la Jurisprudencia Argentina y el tan valioso aporte de la Sra. de Espil a la cultura diplomática argentina.

Si las condiciones personales del Dr. Espil le permitieron cumplir con eficacia y tacto las misiones que le fueron confiadas, le debemos tres trabajos, que merecen estudiarse con recogimiento, porque encierran gran parte de sus doctrinas, sobre el juego de los distintos resortes de la política internacional, que son una lección ejemplar para nuestros días.

Esos estudios son el discurso de recepción en la Academia sobre la *Competencia internacional de los armamentos*, más tarde la *Política Exterior en la edad nuclear*, y luego las *Profecías de un iconoclasta*.

En el discurso de recepción el Dr. Espil expuso los problemas que había suscitado desde 1918 la rivalidad internacional por los armamentos navales, los celos que dividieron las naciones más importantes y cómo los Senadores norteamericanos, influidos por el viejo consejo del General Washington "nada de compromisos con Europa" y obnubilados por un cerrado aislacionismo, se opusieron tenazmente al ingreso de su país a la Liga de las Naciones o a cualquier otra forma de organización internacional.

Ante el escozor de esos años, el Presidente Wilson solicitó al Congreso los fondos para construir 156 barcos de guerra de gran tonelaje. Por su parte la Inglaterra aliada al Japón, pretendía mantener una fuerza naval superior a la de cualquier otro país, para proteger según argumentaba, sus posesiones coloniales y el comercio con el Pacífico y el Lejano Oriente.

Los gastos que originaba esa competencia y los riesgos de complicaciones, que aun involuntarias, podían encender otra guerra, movió al Presidente Harding a convocar una conferencia sobre "Limitación de armamentos navales", que se reunió en Washington el 12 de noviembre de 1921. Bajo la dirección de Charles Evans Hughes y el consejo de Elihu Root, se pactó un feriado de construcciones navales por diez

años, que ningún barco pudiera exceder de 35 mil toneladas y que el máximo total de las flotas sería de 500 mil toneladas para los Estados Unidos y para Gran Bretaña y 300 mil para el Japón.

El Dr. Espil asistió a esta Conferencia y observó sus resultados con bastante escepticismo. “Cuando se mira atrás, decía, y se piensa en la euforia, que en su tiempo, despertaron estos acuerdos comparándolos con la reacción que dos décadas después generó contra ellos la Segunda Guerra Mundial, especialmente después de Pearl Harbor que arrastró a los Estados Unidos a la vorágine, parece justificado el pesimismo de aquellos que los consideraron responsables de haber embriagado al mundo de un falso idealismo, cuando no eran más que instrumentos precarios y de corta duración, dentro de la relatividad de los acontecimientos humanos”.

Junto al Embajador Le Breton con quien siempre mantuvo una ejemplar amistad, el Dr. Espil reprobaba las misiones militares que los países aliados enviaban después de 1918, para colocar entre los incautos países sudamericanos, el rezago de las armas que se habían vuelto inútiles al finalizar la guerra y por añadidura para ubicar en puestos confortables a sus desocupados prebostes. El Embajador Le Breton observaba que “sería mejor para nuestra América, que esos maestros de guerra se quedaran en sus casas y nos dejaran vivir tranquilos”. Censuraba en particular la misión naval que las autoridades norteamericanas habían enviado al Brasil, incompatible con su verboso programa pacifista y la alabada limitación de armamentos.

El juicio del Dr. Le Breton, Embajador en Londres en el año 1941, mantiene su validez y es hoy una excelente guía para nuestros Cancilleres. “Existe mucha gente entre nosotros, decía, que no quieren saber nada con los Estados Unidos y otros a quienes les pasa lo mismo con Gran Bretaña. Pero en cuanto tenemos la menor dificultad apelamos a su apoyo, a su recomendación, a su contribución, a su influencia, a mí me parece que deberíamos tratar de resolver nuestros propios asuntos sin ayuda de padrinos. Como país nue-

vo no tenemos la fuerza necesaria para cuadrarnos ante las grandes potencias mundiales. Corresponde pues una política digna de amistoso entendimiento. Ud. sabe que siempre he lamentado una política exterior romántica y que desgraciadamente, no se hace lo que se quiere sino lo que se puede. Si alguna duda se hubiera admitido antes, los acontecimientos demuestran que Ligas, Pactos, Sanciones, Convenios, Garantías poco cuentan cuando no se pueden respaldar debidamente”.

El Dr. Espil con un exacto sentido realista tenía la misma opinión. Ante el juego de los intereses internacionales, siempre egoístas e inescrupulosos, consideraba necesario evitar las complicaciones superfluas y negociar con dignidad y paciencia sin comprometer la bandera, ni caer en claudicaciones.

Pero el teatro internacional cambia continuamente, en 1920 los Estados Unidos y la Inglaterra estuvieron a punto de librar una batalla naval, porque los ingleses no admitían que nadie pudiera hacerles sombra en el mar o discutir su dominio.

Por su parte los marinos norteamericanos estaban muy dispuestos a disputar esa supremacía en nombre de la libertad de los mares y de su propia seguridad, puesto que lindaban con los dos océanos, el Atlántico y el Pacífico y por añadidura debían proteger su creciente comercio con Oriente. En la América Latina la lucha por los mercados era áspera y las empresas norteamericanas desplazaban lentamente a las empresas inglesas. Sólo la autoridad y el tacto de Charles Evans Hughes permitió llegar a un acuerdo y que Inglaterra aceptara una mortificante igualdad.

Como suele suceder en el teatro internacional, el cambiante juego de los intereses y el instinto de la propia conservación, transformó los rivales en aliados, primeramente frente a Alemania y más tarde frente a las Repúblicas Soviéticas. La aborrecida igualdad de las flotas se convirtió a los pocos años en una bendición y los destroyers norteamericanos salvaron a Inglaterra del bloqueo submarino.

Nada hay eterno en este mundo, las corrientes ideológicas y la bomba atómica, dieron luego nuevas proyecciones a los sucesos y los conflictos locales pasaron a ser mundiales.

Después de la guerra de 1939-1944 resurgió el Imperio Zarista, con otros emblemas, pero igualmente despótico y expansionista. Los grandes Duques se transformaron en Comisarios típicamente imperativos. Se pronunció la división del mundo, en dos grandes sectores maniqueístas, encabezados por los Estados Unidos y las Repúblicas Soviéticas. Se enfrentaban los principios esenciales de la civilización cristiana y occidental, con los dogmas de una bandera materialista y bizantina. La historia se repite, vuelven a enfrentarse las legiones romanas con los ejércitos de Atila, como en los campos Cataláunicos, el año 451.

El Dr. Espil comprendió que ese conflicto, formalmente tan parecido a las guerras de Roma y Cartago, del Islam contra la Cristiandad, de los 100 años entre Inglaterra y Francia, era el evento definitorio del ciclo que encerraba el mundo contemporáneo, porque de su solución dependía el futuro de la civilización y de la libertad y así analizó con precisión su carácter y sus consecuencias.

En 1969 publicó, con ese objeto, un estudio fundamental sobre la *Política exterior en la edad nuclear*, que encierra el zumo de su íntima experiencia y es un indispensable texto de reflexión, para aquellos que se dedican seriamente al examen de la política internacional.

Fruto de largos años de observaciones, recordaba que el 16 de julio de 1945 había estallado la primera bomba atómica en el desierto de Nuevo México. Esa bomba sólo pesaba 6 kilos de peso, pero había costado 400 millones de libras, abrió un cráter de media milla y el resplandor pudo percibirse a 200 millas de distancia. Por su enorme capacidad destructiva trazó una división categórica entre los factores estratégicos que condicionaban las anteriores relaciones internacionales y las que se abrían en el futuro.

La bomba de Hiroshima el 6 de agosto y la bomba de Nagasaky del 9 de agosto de 1945, tenían la fuerza de 20 kilotonnes y cada kilotón equivalía a una carga de 1.000 tonela-



das de explosivos convencionales. Causaron 106 mil muertos y 125 mil heridos, arrasaron en cada caso los edificios y todo ser viviente en un radio de 2 kilómetros y medio.

El conocimiento de las fuerzas atómicas no era nuevo; recuerdo haber leído en mi infancia en una revista francesa, un artículo del Duque de Broglie, clarísimo y convincente. Allí estaba toda la teoría y sólo faltaron en esos años, por suerte, los medios técnicos para llevarla a la práctica. Y recuerdo haber escuchado a Enrique Butty, a fines de 1939, cuando la Alemania se aprestaba a invadir a Inglaterra, afirmar que la guerra sólo sería ganada por el país que lograra fabricar primero una bomba de agua pesada.

No fue una sorpresa para la Inglaterra que conocía el proyecto Manhatam. Alemania preparaba un artefacto similar en Noruega y las Repúblicas Soviéticas que habían esbozado algunos ensayos, hicieron estallar su primera bomba en el mes de septiembre de 1949, apenas cuatro años después.

Desde 1945 la humanidad ha progresado, las bombas actuales encierran una fuerza explosiva de 150 megatonnes y un megatón equivale a un millón de toneladas de los antiguos explosivos, o sea que son 7 mil veces más poderosas que la bomba de Hiroshima, tales son las maravillas que logran los científicos y los fulgores del anunciado y posible Armagedon.

Para una mayor preocupación, los procedimientos técnicos para la fabricación de las bombas se han divulgado y se han simplificado tanto que varios países como China, Inglaterra, India, Pakistán, Israel, Noruega y Sudáfrica las elaboran y hace poco un estudiante norteamericano hizo estallar un artefacto de tamaño reducido, en el patio de su casa.

Desgraciadamente en la Conferencia de Yalta, en el mes de febrero de 1945, el Presidente Roosevelt, "mostraba visiblemente un avanzado proceso de endurecimiento de las arterias cerebrales" que alarmó a Lord Moran el médico de Churchill. No le interesaba la guerra ni la próxima paz, sólo le preocupaban las próximas elecciones que debían re-

alizarse en los Estados Unidos. Con “una negligencia lunática” no supo aprovechar las ventajas incontrastables que le daban la exclusividad de las primeras bombas hasta entonces fabricadas y accedió con solaz a todos los reclamos de Stalin.

Los recuerdos del Embajador polaco en Washington Jan Ciechanowski en su libro *Derrota en la victoria* son escalofriantes, ante la revelación de tanta incomprensión y deslealtad.

Una cortina de hierro descendió desde Stetin en el Báltico hasta Trieste en el Adriático, casi la mitad de la Europa que se había querido liberar de una tiranía, pasó a depender de otra tiranía igualmente atroz. Las históricas ciudades de Varsovia, Berlín, Praga, Viena, Budapest, Belgrado, Bucarest y Sofía, 90 millones de europeos cayeron bajo un yugo de hierro.

Millares de europeos y millares de jóvenes norteamericanos murieron por su culpa en las calles, en las selvas y en los mares, en Polonia, en Hungría y en Checoslovaquia y en Corea y el Vietnam.

Los sueños de paz se disiparon y surgió la angustiosa amenaza de una tercera guerra mundial. Los jerarcas soviéticos consideraban dialécticamente que era inevitable un conflicto bélico por el dominio del mundo, entre su país y los decadentes estados capitalistas y se propusieron aumentar su gravitación en el Báltico, en Polonia, Rumania, Bulgaria, Turquía, los Estados Arabes, particularmente en el Irán y sus pozos petroleros, en China, Corea, Africa del Sud y sus yacimientos de oro y brillantes, Centro y Sud América con sus rebaños, cereales y materias primas.

Puntualiza el Dr. Espil que firmaban los tratados con una psicología oriental y sólo los acataban cuando les convenía. Así violaron las cláusulas del Tratado de Washington del 31 de diciembre de 1941, donde se habían comprometido a no realizar expansiones territoriales, que no se acordaran con los deseos libremente expresados de los pueblos interesados y a respetar sus derechos a elegir la forma de gobierno, bajo la cual deseaban vivir. En cambio masacraron

en el bosque de Katyn 18 mil oficiales del ejército polaco y fusilaron alcaldes, sacerdotes y maestros, para imponer en Polonia el régimen del terror. Más tarde violaron con el mismo tesón el Tratado de Seguridad Nacional de Moscú del 30 de octubre de 1943, el de Yalta del 4 de febrero de 1945, el de Postdam del 26 de julio de 1945, el de Berlín del 2 de agosto de 1945 y el de Moscú de diciembre también de 1945.

Se confirmó que los jefes soviéticos sólo sentían aprecio por las disposiciones que les acordaban ventajas y desdénaban las demás. Como no hay nada nuevo bajo el sol, rescataban la política de Don Juan Manuel de Rosas "los tratados son trampas para cazar tigres".

Con el llamado sentido "realista" se anexaron así los países comprendidos en las zonas que habían ocupado militarmente, no devolvieron los prisioneros de guerra, eliminaron brutalmente los partidos democráticos y toda libertad política, se apoderaron para su uso de los submarinos y de los barcos de guerra alemanes y se negaron a devolver los barcos que los Estados Unidos les habían prestado en el curso de la guerra, bajo el régimen del Lend Lease y exigieron a la Alemania el pago de 20 mil millones de dólares, en concepto de reparaciones.

No fue todo, calificaron a los Estados Unidos con los más deprimentes adjetivos y emprendieron una masiva construcción de bombarderos orbitales, fabricaron un creciente arsenal de bombas atómicas y cohetes intercontinentales y otro igualmente amenazador de materiales para una guerra biológica, el 8 de agosto de 1953, el Premier Malenkov informó que había hecho estallar la primera bomba de hidrógeno.

Después de fallecer el Presidente Roosevelt, el 12 de abril de 1945, el Presidente Truman, más sensato, advirtió los peligros que se cernían sobre Occidente y su propio país, respaldó militarmente a Grecia y Turquía, puso en ejecución el Plan Marshall y la Alianza del Atlántico, para defender la Europa de una ocupación total.

Los esfuerzos de los dirigentes norteamericanos, para persuadir a los jefes soviéticos de las ventajas que significaría para todos la cooperación mundial y la transferencia de los fondos que se destinaban a la fabricación de armas, a fomentar en vez, la mayor producción de bienes para el consumo y una mejor vida de los pueblos, fueron declinados con altanería o evasivas.

Cuando los Estados Unidos advirtieron que les era imposible lograr la cooperación soviética para la solución de los problemas mundiales, proyectaron unirse a los demás países de Occidente a fin de construir un mundo propio, animado por la misma filosofía institucional y relegar a las Repúblicas Soviéticas como una entidad ajena con las cuales un conflicto no era inevitable, pero con las cuales era estéril buscar objetivos comunes. Mientras los jefes soviéticos basaban su política exterior en la doctrina de una lucha fatal entre el comunismo y el capitalismo, los Estados Unidos resolvieron adoptar una cuidadosa política defensiva que impidiera su expansión territorial o ideológica animados por la esperanza de una evolución interna de su política y la aparición con el tiempo de gobernantes más comprensivos.

Por su parte los jefes soviéticos, impedidos por los riesgos de iniciar un ataque frontal, lanzaron la nueva campaña de zapa, a través de las infiltraciones socio-pedagógicas con los ulteriores corolarios de las doctrinas gramscianas, para disgregar las estructuras básicas de la sociedad occidental, la familia, la moral, la educación, la propiedad, la Iglesia, el Ejército, con la colaboración de algunos personajes locales también afectados por el endurecimiento de las arterias cerebrales.

El Tratado de "Prescripción general de las pruebas nucleares", firmado en Moscú el 5 de agosto de 1963 y el Tratado de "No Proliferación de Armas Nucleares" firmado en Ginebra el 13 de marzo de 1968 resultaron inconducentes y los jefes soviéticos se negaron siempre a cualquier control de los organismos internacionales, sobre la fabricación de armas nucleares en su territorio.

Así apareció la doctrina del empate nuclear y de los efectos disuasivos "el deterrent" que conlleva el peligro mortal de una respuesta atómica a un ataque suicida de esa naturaleza.

El Presidente Kennedy advirtió que un intercambio de bombas nucleares, exterminaría en menos de 60 minutos 300 millones de americanos, europeos y soviéticos y desde entonces los científicos se jactan con más optimismo, de elevar la cifra a 600 millones y acabar con la raza blanca rápidamente.

Francia y China no quisieron firmar los tratados de Moscú y Ginebra. En cuanto a este último tratado, nuestro Embajador en las Naciones Unidas, el Dr. José María Ruda, observó el 22 de mayo de 1968, que sólo significaba el monopolio de las armas atómicas por las grandes potencias y "el desarme de los desarmados". La cruda verdad, dice el Dr. Espil, es que se quería imponer a los Estados No Nucleares a que se resignaran oficialmente a descender a un nivel de segunda clase en la era nuclear. Por su parte el General De Gaulle retiró a Francia de la Alianza Atlántica, por desconfiar de que los Estados Unidos cumplieran, en el momento oportuno, su palabra e hicieran funcionar el prometido "paraguas protector" en el caso de un ataque soviético, y creyó más prudente desarrollar su propia "force de frappe".

Fue a partir de esa encrucijada, que los Estados Unidos comenzaron a levantar el sistema defensivo de los misiles antibalísticos y rayos Laser, la guerra de las galaxias, que a pesar de su enorme costo, algunos ven como una línea Maginot en las nubes.

En las palabras finales de su estudio el Dr. Espil califica el panorama internacional de confuso y contradictorio. Los jercas soviéticos temen la hechicera difusión de la propaganda de los estados capitalistas, que amenaza taladrar su pétreo dogmatismo doctrinario. Por su parte los dirigentes occidentales desconfían del "establishment" soviético, que maneja la política de su país aristocrática y secretamente. Todos los habitantes del planeta están a su vez preocupados

por la espada nuclear de Damocles, que pende sobre sus cabezas y puede estallar por el menor descuido.

Pero hay factores imponderables, observa el Dr. Espil, que se mueven fuera de los planos visibles. El nivel de vida bajo la economía soviética mejora poco y lentamente. Muchos de sus habitantes se hallan desilusionados por disponer de sólo una pieza, para toda la familia, en un departamento comunitario, después de transcurridos 70 años del triunfo de la Revolución y del advenimiento del paraíso prometido, cuando enfrente el nivel de los estados occidentales crece vertiginosamente en riquezas y comodidades.

Los hechos irreductibles y pertinaces, delimitan y a veces triturán las ideas, la moderna tecnología ha abierto grandes boquetes a través de las fronteras, el hombre soviético se ha convertido en un consumidor exigente y descontento. Envidia los pecaminosos placeres de la vida occidental y los hábitos burgueses. Reclama más comodidades, un Fiat en el garage y el automóvil conlleva una disolvente ideología que avanza por los más inesperados caminos. La televisión alcanza cada día más hogares y las modas y los perfumes franceses cautivan a las mujeres soviéticas.

El año 1971 el Dr. Espil publicó, en el mismo sentido, otro ensayo excepcionalmente clarividente, sobre los conflictos entre el mundo occidental y el mundo soviético titulado *Profecías de un iconoclasta, el futuro de la Unión Soviética*. Exponía las advertencias de algunos destacados científicos, como Andrei Sakharov, Roy Medvedov y Valentín Turchine y del historiador Andrei Almarik. Estos estimaban que el régimen soviético representaba la etapa final en la evolución del régimen zarista, dentro de un imperio heterogéneo formado por alemanes, bizantinos y tártaros discordantes y rebeldes, en constante conflicto con sus vecinos, particularmente con la China a causa de un congénito impulso expansivo alimentado por el viejo complejo de Tamerlan.

Hace muchos años un antiguo oficial del ejército zarista, Director de la Sección Oriental en la Biblioteca de

Harvard, me anunciaba que si Rusia y China llegaban a unirse, dominarían al mundo por la masa de sus poblaciones y la suma de sus recursos.

Según estos autores, la opresión económica ha originado una pobreza estructural que se descubre dolorosamente en la falta de viviendas y artículos de primera necesidad. Por su parte la opresión intelectual, traba las investigaciones y el libre adelanto de los centros científicos. Así nacen las corrientes heréticas que germinan en las entrañas del régimen, primeramente por la obra de una clase empresaria, que ambiciona disfrutar de más autonomía y de mayores comodidades y luego por los círculos científicos que analizan con un creciente espíritu crítico los dogmas oficiales, y sus inoculables falencias.

Por nuestra parte podemos señalar que si los Enciclopedistas derribaron el esplendoroso régimen de Luis XIV, los intelectuales rusos acabarán por reformar el régimen marxista, bastante menos exitoso.

El Dr. Espil observaba con agudeza que los cohetes soviéticos llegaban a la Luna, pero en los campos, las mujeres cosechaban todavía las papas con las manos.

Consideraba el Dr. Espil que la reconciliación franca entre Occidente y Oriente sería larga y escarpada. La "nueva clase" soviética temía por su estabilidad y sus privilegios. Desconfían de las toxinas que pueden contener las mercaderías del mundo capitalista, la corrosión crítica de los intelectuales y de la rebeldía de los estudiantes, las ideas avanzaban.

Percibió con claridad el futuro desenvolvimiento de las grandes corrientes. Hoy las correcciones que introduce el señor Gorbachov, aun cuando fuesen sólo modificaciones dentro del sistema, le han dado razón y son el prelude de los cambios que traerán las nuevas generaciones indefectiblemente.

Así nos describe con sabia exactitud los peligros que amenazan a las sociedades modernas en la era atómica, las frustraciones del régimen político y económico del marxis-

mo comparado con los éxitos económicos y técnicos del mundo occidental y la virtud y las ventajas de la libertad en todos los campos.

El antagonismo pervive todavía, los roces entre Occidente y Oriente, entre los estados basados en la libertad y los estados despóticos continúan. Pero ante la convicción de la superioridad económica y militar de los Estados Unidos, los gobernantes soviéticos modifican sus tácticas, se han vuelto más catequistas. Conservan sin embargo algunos de los viejos reflejos y los ayuda la circunstancia de que bastantes vecinos, en todo el mundo, abrigan una íntima vocación por la esclavitud, más difundida de lo que se supone, como un apacible refugio, que evita el siempre molesto esfuerzo de pensar, de trabajar y de tomar decisiones.

El Dr. Espil consideraba que era necesario conservar la serenidad, en medio de los conflictos, porque años más o menos, la evolución de los factores económicos y de las técnicas, el reemplazo inexorable de los dirigentes y hasta algún 18 Brumario, limarán las aristas más agudas, como sucedió entre los enconados estados monárquicos y republicanos en el siglo pasado.

El verdadero conflicto no se encuentra pues entre las formas institucionales, entre Monarquías o Repúblicas, ahora entre Estados Capitalistas o Estados Socialistas, sino en el respeto por la libertad. Un estado capitalista que no respeta la libertad de los ciudadanos es tan condenable como un estado socialista que no respeta la libertad de los suyos. La dificultad se encuentra en que los estados socialistas o comunistas, son proclives fatalmente por su estructura, a retacear la libertad de sus habitantes, la libertad económica, y además la libertad intelectual que es por mucho la más importante. Por eso en estos turbulentos procesos lo esencial es salvaguardar la libertad, porque sin libertad no hay bienestar material ni adelanto espiritual, ni vida humana digna.

El Dr. Espil fue el modelo del diplomático de raza, discreto y eficaz, su diplomacia era la diplomacia de la Re-



pública. Firmemente equilibrado, sentía alergia por los sectarismos y los arranques románticos, detestaba las declamaciones ambiguas o superfluas.

Actuaba con la base de una cuidadosa información y con una clara visión de los objetivos y de los intereses permanentes del país. Paciente, sabía hasta dónde podían llegar sus gestiones, sin caer en compromisos gravosos o provocar molestos contrastes.

Los grandes errores de nuestra política internacional se han debido a la falta de conocimientos históricos, de la parábola de las grandes corrientes que atraviesa el mundo de nuestros días y al peso de viejos paralogramos.

En la reunión celebrada en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas el 22 de junio de 1983, el Dr. Isidoro Ruiz Moreno señaló que la Argentina debía conservar en sus actitudes la altura y seguir una política internacional franca y sin dobleces.

Por su parte el Dr. Jorge Aja Espil, sobrino del Dr. Espil, también Embajador en Washington y heredero de su excelsa tradición, expresó que los conductores de la política exterior argentina, debían recordar siempre que somos un país latinoamericano, atlántico, cristiano y occidentalista.

Agregaba: "Siento con angustia que la Argentina de hoy es un país errante, que no acierta a encontrar su posición en Occidente y entonces se coloca a caballo entre el Este y el Oeste. Pareciera que hubiéramos perdido el rumbo y que no sabemos encauzarnos en una política exterior seria".

Hay dos mitos que deben destruirse definitivamente, en primer lugar no somos un país subdesarrollado o en vías de desarrollo, como lo difunden sacrilegamente algunos funcionarios, movidos por un complejo de inferioridad, somos un país plenamente desarrollado, por la capacidad de sus habitantes y lo confirman los índices económicos, pero lamentablemente subgobernados por algunos cabalistas poco eficientes y mal informados.

En segundo lugar no somos un país lunar, pertenecemos a Occidente, por nuestro origen, nuestras creencias, por nuestro estilo de vida, por nuestra cultura y esos carriles deben ser escrupulosamente respetados, para bien de la seguridad y progreso de la República.

Podemos mantener relaciones amistosas con los países del Tercer Mundo, dignos de todo respeto, pero es una alucinación identificarnos, por resentimientos personales, con un clima que nos es extraño.

Ese error de localización ha llevado a ciertos funcionarios cautivados por la tenaz propaganda marxista, a romper relaciones con Sudáfrica, cuando nos ofrecían por tantos motivos, excelentes perspectivas de colaboración para el futuro. Esto muestra cómo los espejismos sectarios, desdennan la realidad y suelen causar graves daños a los intereses del país.

Estas incongruencias se vuelven alarmantes, cuando esos mismos funcionarios se empeñan en apoyar generosamente a Nicaragua, en una zona que los Estados Unidos consideran con buenas razones vital para su defensa y paralelamente viajan a Nueva York, para implorar su ayuda financiera y plantean así un pirandeliiano problema de identidad.

Las normas básicas de la labor diplomática del Dr. Espil fueron en cambio la exacta estimación de los hechos, el respeto por los valores morales, la prudencia y la oportunidad, la custodia de los intereses y el progreso vital del Estado argentino, a través de las galernas.

Ante la dinámica de las fuerzas descomunales que se mueven en el mundo internacional, para nosotros empobrecidos y desarmados, el buen camino se halla en una conducta cortés y en evitar los conflictos tropicales e irrelevantes.

Perteneceemos a Occidente y tratar de oponer un bloque contra otro, por tácticas infantiles o caer en la tentación de las "*liaisons dangereuses*", fracasadas varias veces, nos conduce imprudentemente a una marisma. El bloqueo de los aviones Skyhawk comprados a Israel, la exportación sub-

sidiada de los cereales norteamericanos y la veda de armas son las mortificantes enseñanzas.

Lo inteligente es seguir una política internacional honorable y cauta con las demás naciones, modernizar de una vez nuestro país, salvarlo del caos económico y mental en que se debate y fortalecer nuestras fuerzas armadas, para que sean capaces de preservar la integridad nacional.

El Dr. Espil formó en la escuela de los grandes diplomáticos argentinos, Juan Bautista Alberdi, Félix Frías, Victorino de la Plaza, Estanislao S. Zeballos, Joaquín V. González, Amancio Alcorta, Manuel Augusto Montes de Oca, los dos Drago y Angel Gallardo y sus trabajos nos sirven de guía y esperanzas en estos tiempos encapotados.

Vivió sus últimos días acompañado por su esposa Courtney y sus numerosos amigos, con la serenidad y entereza que da el deber cumplido. El 12 de enero de 1972 falleció en esta ciudad de Buenos Aires y en nombre de nuestra Academia, el Dr. Isidoro Ruiz Moreno despidió sus restos, fue un gran servidor de la Patria.



V

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



LA JUSTICIA POPULAR  
Y LA INCONSTITUCIONALIDAD  
DE LAS LEYES EN GRECIA ANTIGUA

*Por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana*





El estudio de la justicia popular en Grecia importa forzosamente el estudio de la justicia ateniense, ya que sólo Atenas llegó a tener instituciones judiciales de carácter popular.

Hecha esta advertencia previa, entramos directamente al análisis de los tribunales populares de justicia que existieron en la antigua Atenas, precediéndoles con un breve estudio de la evolución histórica que sufrieron sus instituciones judiciales, hasta llegar a la institución de la Heliea, tribunal popular por excelencia que será el objeto principal de nuestro trabajo.

## I

### EVOLUCION DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALES DE ATENAS

Como en todas las tribus griegas de la más remota antigüedad, hállase, también, en el Ática una realeza que poseía todas las características de los reyezuelos pendencieros del ciclo guerrero y migratorio. El rey —“basileus”, “duque”— dirige la guerra, es el campeón en los combates individuales, soberano justiciero y primer sacerdote de su pueblo, toma la mejor parte del botín y de las ofrendas y los jefes de las familias le honran con dádivas, siendo, frecuentemente, sus huéspedes y comensales. Originariamente

es, pues, el rey quien ejerce en Atenas la administración de la justicia <sup>1</sup>.

Más tarde, en una etapa posterior de la evolución política ateniense, las facultades judiciales pasan a ser ejercidas por los arcontes, quienes en número de nueve, llegan en cierta época a dirigir todos los asuntos del Estado. Los arcontes eran: el primer arconte o *epónimo*, el segundo *arconte rey*, el *polemarca* y los seis *tesmotetes* que, juntamente con su secretario, constituían un colegio exclusivamente instituido para la jurisprudencia y cuya misión consistía en revisar anualmente las leyes, incorporar a las distintas salas su respectivo personal de jurados, determinar los días hábiles del Foro, informar la calificación de los nuevos magistrados, presidir todos los pleitos que afectaran el interés del Estado y aquellas causas públicas o privadas que no caían dentro de la competencia de ninguna autoridad determinada <sup>2</sup>.

Estos funcionarios eran elegidos entre la nobleza por un Consejo (*Bulé*), duraban un año en sus funciones y, expirado tal término, los arcontes cuyo desempeño no había merecido críticas ingresaban con carácter vitalicio a ese Consejo del Areópago, que era denominado Alto Senado (*he kate bulé*) para distinguirlo del Senado por excelencia o Bajo Senado (*he ano bulé o he bulé*) <sup>3</sup>.

Desde remotas épocas, las causas por homicidio eran juzgadas por el Areópago, que era el primer tribunal criminal, cuerpo que si bien tenía funciones políticas, se destacaba porque sus principales atribuciones eran de carácter judicial. Era así que entendía en los homicidios voluntarios, envenenamientos, incendios y heridas causadas con el deliberado propósito de matar. Sus procedimientos eran solemnes y severos en grado sumo. Aunque es poco probable que, como afirma Luciano, se reunieran de noche, para no con-

<sup>1</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, Barcelona, 1931, ps. 41/42.

<sup>2</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, cit., p. 86.

<sup>3</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, cit., p. 43; JOSÉ ARIAS, *Grecia y Roma: sus instituciones*, Buenos Aires, 1930, p. 63.

moverse viendo las lágrimas del acusado, lo cierto es que sus reuniones se efectuaban al aire libre “para evitar contaminarse respirando el mismo aire que el procesado”. El acusador y el acusado ocupaban dos bloques de piedra: el de la implacabilidad el primero, el de la injuria el segundo. Por lo demás, los litigantes no podían hacerse asistir por abogados y estaban prohibidos los excesos oratorios <sup>4</sup>.

Debajo del Areópago, existían otros tribunales criminales de menor importancia: el Paladión, que entendía en los homicidios involuntarios y en la instigación al asesinato; el *Delfinión*, que era competente si el rey, encargado de instruir al proceso, decidía que el homicidio era legítimo o excusable. Existía, además, en Freatis, junto al mar, un tribunal que juzgaba a los que habiendo sido desterrados por homicidio involuntario, cometían uno nuevo con premeditación. Otro tribunal de sangre estaba constituido por el rey y los reyes de las tribus reunidos en el Pritáneo. Todos estos tribunales seguían un procedimiento arcaico y en extremo primitivo, bastando el perdón de la víctima antes de morir para que el delito quedara sin sanción <sup>5</sup>.

El presidente en lo criminal era el arconte rey, encargado de las obligaciones religiosas que había de cumplir el Estado, ya que —como observan Maisch y Pohlhammer— “las causas criminales formaban parte del derecho sagrado, en cuanto cada efusión de sangre exigía una purificación y expiación religiosa” <sup>6</sup>.

Por lo que a la jurisdicción civil se refiere, ella estaba en manos de los otros arcontes. “Como los jueces sólo estaban obligados a tomar por pauta general las aún amorfas usanzas y tradiciones —dicen Maisch y Pohlhammer— se comprenderá que tanto las sentencias producidas como las penas impuestas, eran frecuentemente influidas por miras interesadas” <sup>7</sup>.

<sup>4</sup> JOSÉ ARIAS, *Grecia y Roma: sus instituciones*, cit., p. 71.

<sup>5</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, Barcelona, 1929, ps. 292 y sigs.

<sup>6</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Constituciones griegas*, cit., p. 45.

<sup>7</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, cit., p. 45.

Como hemos visto, los arcontes disponían de amplias atribuciones en materia judicial, resolviendo “con entera independencia —como hace notar Duncker— todas las cuestiones penales”, siendo, por lo general, árbitros en todas las cuestiones de derecho <sup>8</sup>. Pero surgía la duda de si era prudente confiar todo el poder judicial en manos de esos funcionarios, que si bien eran elegidos popularmente, no podían ser escogidos sino entre la nobleza, y por otra parte, si bien era cierto que Solón se proponía dictar leyes que regularizaran la administración de la justicia fundándola en principios más equitativos que los draconianos, no bastaba todo ello, —como observa el autor citado— para desterrar los abusos consagrados por la costumbre, “ya que las mejores leyes dejan amplio campo a la arbitrariedad de los jueces cuando éstos forman un cuerpo privilegiado sólo accesible a una determinada clase social. Mientras la administración de justicia estuviese exclusivamente en manos de los aristócratas, era imposible que no existieran arbitrariedades en perjuicio de los plebeyos” <sup>9</sup>.

Debe agregarse a ello que, como advierte Plutarco, “La vaguedad e imprecisión de las leyes acrecentó el poder de los tribunales, porque no pudiendo dirimirse las diferencias por las leyes, sucedía que era necesario el ministerio de los jueces y había que acudir a ellos en todas las dudas, con lo que en algún modo tenían las leyes bajo su potestad” <sup>10</sup>.

Como un remedio, aunque fuera parcial, para poner fin o aminorar los efectos de tal situación, surgía la creación de un tribunal de última instancia, compuesto por individuos de las clases populares; en una palabra, la apelación al pueblo, como dice Duncker. Mas, para evitar los inconvenientes que trae aparejados el hecho de confiar la administración de justicia a una masa de gente voluble y fácilmente impresionable, Solón dio al nuevo tribunal una orga-

<sup>8</sup> MAXIMO DUNCKER, *Historia de la antigüedad*, Madrid, 1896, t. VIII, ps. 207 y sigts.

<sup>9</sup> MAXIMO DUNCKER, *Historia de la antigüedad*, cit., t. VIII, ps. 207 y sigts.

<sup>10</sup> PLUTARCO, *Las vidas paralelas*, Madrid, 1900, t. I, p. 178.

nización especial de la que nos ocuparemos en detalle más adelante <sup>11</sup>.

Los conceptos expresados aparecen claramente expuestos en una poesía de Solón, recogida por Plutarco en sus *Vidas Paralelas*, y que dice:

“Al pueblo dí el honor que bien le estaba  
“Sin que en honor ganara ni perdiera  
“Los que excedían en influjo y bienes  
“Ser injustos por eso no podían  
“A todos los armó de fuerte escudo  
“Mas de vencer en injusticia a nadie  
“Se dispensó la autoridad violenta.” <sup>12</sup>.

Y el claro concepto que Solón tenía sobre la suprema necesidad de la justicia, se exterioriza en la siguiente anécdota, que también nos recuerda el inmortal autor de las *Vidas Paralelas* <sup>13</sup>. Preguntado, en efecto, Solón cierta vez sobre cuál era a su juicio la ciudad mejor regida, el gran pensador ateniense respondió sin titubear: “aquella en que se persigue a los insolentes, no menos que a los ofendidos los que no han recibido ofensa”.

Ahora bien, la administración de la justicia ateniense, que en un principio recaía casi enteramente sobre los arcontes, estuvo distribuida en varios tribunales durante una época más adelantada de la democracia ateniense. Cada autoridad tenía una jurisdicción propia, que consistía en el interrogatorio, la presidencia en la vista principal y la ejecución de la sentencia en todos los procesos públicos o privados que se relacionaban con su respectivo ramo de administración, mientras para el fallo de la sentencia, eran competentes, con cierta exclusividad, los tribunales populares, de los cuales nos ocuparemos especialmente <sup>14</sup>.

<sup>11</sup> MAXIMO DUNCKER, *Historia de la antigüedad*, cit., t. VIII, ps. 207 y sigts.

<sup>12</sup> PLUTARCO, *Las vidas paralelas*, cit., t. I, p. 178.

<sup>13</sup> PLUTARCO, *Las vidas paralelas*, cit., t. I, p. 179.

<sup>14</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, cit., p. 86.

Además de los *tesmotetes*, los magistrados que cumplían únicamente obligaciones judiciales eran los siguientes:

1. — Los cinco “*eisagogueis*”, quienes despachaban la mayoría de las demandas, las cuales debían estar decididas dentro del término de un mes, las querellas por dote, incumplimiento o violación de contratos, etc.

2. — *Los cuarenta o jueces pedáneos*, instituidos por Pisístrato. Originariamente fueron treinta individuos, número que fue aumentado hasta cuarenta después de los treinta tiranos. Trabajaban en grupos, recorriendo las aldeas —por lo menos durante los siglos VI y V—, dedicándose con preferencia a administrar justicia en litigios relativos a propiedad, resolviendo en definitiva los asuntos de poca monta que no excedían de 10 dracmas.

3. — Si los asuntos eran de un valor de más de 10 dracmas, pasaban a ser conocidos por los *jueces de paz*, que eran ciudadanos mayores de 60 años, que durante un año actuaban de árbitros públicos y, so pena de atimia, tenían que sustanciar y resolver los pleitos civiles que por sorteo les eran encomendados. El procedimiento que seguían en la substanciación de las causas era bastante sumario y muy barato. Contra el fallo dictado en esta ocasión podía apelarse ante el tribunal popular.

Además, los *areopagistas* y *efetas* constituían tribunales permanentes, pero cuya jurisdicción quedó circunscripta a los crímenes de sangre <sup>15</sup>.

Bajo Pericles, si bien no llegó a desaparecer el poder del Areópago, democratizóse en grado sumo, creándose un nuevo tribunal democrático de comprobación y casación, compuesto por siete “*homofilaces*” o guardadores de la ley, cuyas atribuciones respecto del Consejo y de la Iglesia eran las de examinar las proposiciones de los oradores y vetar las decisiones contrarias a la constitución: correspondiéndoles, además, velar por que los diversos tribunales se atuviesen a los proce-

<sup>15</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, cit., ps. 86/87.

dimientos legales. Este colegio se renovaba anualmente y sus miembros salientes, juntamente con los ex arcontes, llenaban las vacantes del Areópago. Creó Solón, por otra parte, el tribunal de los “*nomotetes*”, constituido por los heliastas más célebres y ante el cual se decidía si debía admitirse la abolición de una ley existente o la promulgación de nuevas disposiciones <sup>16</sup>.

## II

### LA JUSTICIA POPULAR. LA HELIEA

Como señala Glotz <sup>17</sup>, el pueblo es en Atenas el soberano justiciero. Teóricamente tiene un derecho absoluto sobre la vida y bienes de cada uno. Y este concepto resulta nítidamente trasuntado en las palabras que Aristófanes pone en boca de Filocleón cuando éste al entrar a la Heliea exclama con supremo orgullo: “¿No es tan grande mi poderío como el de un rey??. . . ¿No ejerzo yo un mando: igual al de Zeus?” <sup>18</sup>.

En efecto —dice Glotz—, “los tribunales populares de la Heliea ocupan un lugar importantísimo en la ciudad, consecuencia inevitable del progreso realizado por las ideas democráticas. Anteriormente, la justicia, incluso después de haber dejado de ser monopolio de los Eupátridas, había tenido por órganos el Areópago y los magistrados, e incluso Solón, al instituir la Heliea, no le reconoció otra jurisdicción que la apelación (*éfesio*), que le aseguraba el derecho a revisar las sentencias dictadas por los magistrados, pero no las del Areópago. Precisó la reforma de 62 para conferir definitivamente al

<sup>16</sup> G. ONCKEN, *Historia universal*, Barcelona, 1890, t. II, ps. 97 y sigts.

<sup>17</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 292.

<sup>18</sup> ARISTÓFANES, *Las avispas*, ps. 549, 620, cit. por G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 292.

pueblo la prerrogativa judicial que respondía a una necesidad histórica. Al mismo tiempo que desaparecían los poderes del Areópago, los magistrados quedaban reducidos a la 'hegemonía', es decir, a una simple delegación, en virtud de la cual recibían las demandas, procedían a la instrucción del proceso y presidían los tribunales competentes. En adelante no hubo ningún intermediario entre la soberanía popular y los delincuentes" <sup>19</sup>.

Es en este momento de la evolución histórica del Ática, en que el tribunal popular de la Heliea alcanzó su mayor importancia como tribunal de justicia popular, cuyos miembros, los *heliastas*, eran —al decir de Boxler <sup>20</sup>—, los jueces por excelencia y los verdaderos representantes de la soberanía popular en materia de jurisdicción.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que —como señala Ferrabino <sup>21</sup>—, las dos armas principales con las cuales el pueblo se defendía y atacaba eran justamente los tribunales y las elecciones; éstas por la eficacia del número, aquellos por la parcialidad de la sentencia.

Al lado de las asambleas deliberantes, los tribunales ocupan en Atenas un lugar casi tan grande como aquellas. Esta ciudad fue considerada por Aristófanes como la ciudad de los jueces y los procesos <sup>22</sup>.

"El tribunal por excelencia— dice Croiset <sup>23</sup>—, el más democrático y el más poderoso, que es uno de los resortes principales de la vida ateniense, es el tribunal de los heliastas, que remonta a Solón, y cuya competencia no cesa de aumentar a medida que la democracia se hace más fuerte y la vida de la ciudad más complicada. Lleva su nombre de Heliea, que era al parecer una parte de la Ágora, y donde se realizaban ordinariamente sus sesiones."

<sup>19</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 292/293.

<sup>20</sup> ABBÉ A. BOXLER, *Précis des institutions publiques de la Grèce et de la Rome anciennes*, París, 1903, p. 118.

<sup>21</sup> ALDO FERRABINO, *L'Impero atheniese*, Torino, 1927, p. 360.

<sup>22</sup> A. CROISSET, *L'Impero atheniese*, Torino, 1927, p. 360.

<sup>23</sup> A. CROISSET, *Les démocraties antiques*, cit., p. 89.



Como hacen notar Daremberg y Saglio <sup>24</sup>, la palabra Heliea designaba en el lenguaje de los atenienses, tanto la reunión de los jueces llamados a pronunciarse sobre un asunto determinado, como el lugar en que se reunían estos magistrados. Algunos hacen derivar esta denominación de "sol": la Heliea, en efecto, era un tribunal que actuaba al aire libre, bajo la luz directa del sol. Otros, en cambio, vinculan la palabra a la idea de asamblea. Últimamente M. Curt Nachsmuth ha sostenido que la verdadera palabra es "eliea" y no "heliea"; la "Heliea" sería entonces el tribunal situado en un bajo fondo u hondonada; sería el tribunal de abajo, por oposición al tribunal que funciona en una altura, el Areópago o tribunal del alto.

Es la Heliea, como queda dicho, el más importante de los tribunales populares de Atenas y a pesar de que se ha sostenido por algunos autores que el Areópago era el único tribunal que administraba justicia al aire libre, no puede dejar de reconocerse que los heliastas también actuaban a cielo abierto <sup>25</sup>.

Se ha discutido sobre a quien cabe el mérito de haber creado u organizado tribunal tan importante. Autores como Curtius, Scherman, Croiset y otros hacen remontar a Solón la organización de la Heliea. Perrot <sup>26</sup> niega ese mérito a Solón, considerando que ni en los fragmentos de las poesías solonias conservadas hasta nuestros días, ni en los fragmentos que nos han llegado de las leyes atenienses, ni en lo poco que sabemos de la historia interna del Ática entre Solón y Pericles, encontramos texto alguno que nos induzca a creer que Solón ya había dado al pueblo participación directa en el poder judicial. Perrot atribuye a Pericles el haber esbozado esa organización judicial popular. Por su parte Grote <sup>27</sup> considera que

<sup>24</sup> DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Paris, 1900, t. III, p. 58.

<sup>25</sup> DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, cit., t. III, ps. 58 y sgts.

<sup>26</sup> GEORGES PERROT, *Essai sur le droit public d'Athenas*, Paris, 1869, p. 213.

<sup>27</sup> GROTE, *Histoire de la Grèce*, Paris, 1865, p. 317.

fue Clístenes el creador de la Heliea cuando dice: “No sólo el pueblo instalado formalmente en Eclesia recibió de Clístenes las atribuciones reales de la soberanía, sino que también por él fue por primera vez llamado a ejercer una acción directa en calidad de dicastas o jurados.” A su vez, Oncken <sup>28</sup> considera que Pericles fue el que estableció el tribunal de los heliastas. La opinión más aceptable es la de que, como observa Arias <sup>29</sup>, “es posible que esos jurados hubiesen sido instituidos por la legislación soloniana, como tribunales de apelación y que sus facultades, posteriormente, fueran ampliadas por Clístenes y Pericles”.

Si bien en la época clásica, la Heliea es muy distinta por cierto de la Asamblea o Eclesia, es probable que originariamente la diferencia fuese mucho menor, ya que aquella no era más que una delegación de la Asamblea. Después de la constitución de Solón, la Asamblea del pueblo fue llamada a votar no sólo las leyes orgánicas y la paz y la guerra, sino también las cuestiones relativas a la responsabilidad de los magistrados. Bajo este punto de vista, ella actuaba como una Corte Suprema. Más, esta función no era ejercida por toda la Asamblea sino por una delegación de hombres ancianos, elegidos por la Asamblea, delegación que constituida en tribunal pronunciaba en nombre de aquella el juzgamiento definitivo <sup>30</sup>.

Para poder ser heliasta se exigía reunir las siguientes condiciones: ser ciudadano ateniense mayor de treinta años de edad, estar en plena posesión de los derechos civiles, no ser deudor del tesoro público y estar inscripto como aspirante a ese cargo <sup>31</sup>.

Anualmente se sorteaba a un cierto número de ciudadanos poseedores de los indicados requisitos, distribuidos en diez

<sup>28</sup> G. ONCKEN, *Historia universal*, cit., t. II, ps. 97 y sgts.

<sup>29</sup> JOSE ARIAS, *Grecia y Roma: sus instituciones*, cit., p. 72.

<sup>30</sup> DAREMBERG et SAGLIO, *dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. III, p. 58.

<sup>31</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 301; R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, cit., p. 87; JOSE ARIAS, *Grecia y Roma: sus instituciones*, cit., p. 72.

secciones o dicastas. Háse discutido sobre el número de ciudadanos objeto del sorteo anual. La cifra de seis mil —mil suplentes y cinco mil titulares— ha sido objetada por algunos como prácticamente imposible de obtener, si se tiene en cuenta que la población ciudadana de Atenas fue poco más o menos de veinte mil almas y si se descuentan los menores de treinta años, los funcionarios públicos y los habitantes de la campaña, los candidatos para la Heliea no podían exceder en mucho al número de seis mil, lo que haría innecesario y sobre todo imposible el sorteo <sup>32</sup>.

Con el propósito de asegurar el recto cumplimiento de sus funciones por parte de los heliastas, anualmente se les tomaba a los nuevos funcionarios juramento sobre la colina de Ardetos, de acuerdo con la fórmula siguiente:

“Votaré con arreglo a las leyes y a los decretos del pueblo ateniense y de la *bulé* de los quinientos. No votaré en favor de un tirano ni de un oligarca, y si es atacado el poder del pueblo ateniense, y si se le habla o se le hace votar en contra yo no lo consentiré. No accederé a una abolición de las deudas particulares, ni a un reparto de las tierras y las casas de los atenienses. No indultaré a los desterrados ni a los condenados a muerte y no pronunciaré contra nadie que permanezca en el país ningún destierro contrario a las leyes establecidas y a los decretos del pueblo ateniense y del consejo; yo no lo haré nunca e impediré a los demás que lo hagan. No recibiré presentes a título de heliasta, ni por mí ni por medio de otro para mí, hombre o mujer de mi conocimiento, sin simulación ni maniobra alguna. Yo escucharé al acusador y al acusado con toda imparcialidad y emitiré el fallo sobre el objeto preciso de la causa; si soy fiel a mi juramento que la prosperidad sea conmigo” <sup>33</sup>.

De los seis mil heliastas, cada tribu ofrecía 600 que, probablemente, eran designados por los demás proporcionalmente al número de sus habitantes. Una vez que los nuevos funcionarios de la Heliea hubieran prestado el consabido ju-

<sup>32</sup> JOSE ARIAS, *Grecia y Roma: sus instituciones*, cit., p. 72.

<sup>33</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 303.

ramento en la colina de Ardetos, eran repartidos por el sorteo entre los diversos tribunales, de modo que las diez tribus tenían igualdad de representación en cada una de estas secciones. La palabra dicastero designaba a la vez a un tribunal y a su respectivo personal, de donde deriva el nombre de dicastas dado generalmente a los jueces; y, por su parte, el término heliasta se aplicaba más especialmente a los dicastas que se reunían en el Agora, en la vieja Heliea de los tesmotetes. Como hace notar Glotz <sup>34</sup>, bajo este sistema, tanto los jueces como los litigantes sabían por anticipado en qué asuntos habrían de entender aquellos; mas el extraordinario número de jueces de que se componía un dicastero —más o menos quinientos descontando a los ausentes— contenía la corrupción. En los procesos muy importantes, especialmente los de carácter político, se reunían varias secciones para constituir un tribunal. Plutarco, por ejemplo, hace constar que Pericles compareció ante quinientos jueces. En el año 402, la Asamblea resolvió que ciertos ciudadanos acusados de conspirar contra la seguridad del Estado comparecerían ante un tribunal de dos mil miembros y Andócidas, a su vez, menciona un proceso por ilegalidad juzgado por seis mil dicastas, es decir, por todas las secciones de la Heliea reunidas <sup>35</sup>.

La Heliea funcionaba unos trescientos días al año, no reconociendo otras vacaciones que los días de fiesta y de Asamblea. Ello daba lugar a una importante cuestión cual era la de arbitrar un medio que asegurara la regular asistencia de los heliastas. Surgían dos soluciones para conseguir tal fin: imponer multas a los heliastas ausentes o bien conceder una indemnización a los que concurrieran. Y el pueblo ateniense optó por el segundo arbitrio, reconociendo a los heliastas concurrentes una indemnización, que en un principio era de dos óbolos y desde 425 de tres. Como puede fácilmente advertirse, indemnización tan módica sólo sirvió de incentivo de los ciudadanos de limitados recursos, mas no atrajo a los ricos. Filocleón, personaje de *Las Avispas* de Aristófanes <sup>36</sup>,

<sup>34</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 302/303.

<sup>35</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 302/303.

<sup>36</sup> ARISTÓFANES, *Las avispas*, cit., p. 605.

veía en el "*misthos*" —así se llamaba la indemnización— el medio de agregar una golosina a su comida y rebosaba de júbilo al pensar en las galletas de crema que le serviría su mujer y en los besos con que su hija lo gratificaría <sup>37</sup>.

Con jueces que no eran más que jurados —observa Glotz <sup>38</sup>—, los asuntos debían prepararse con cuidado para el día de la vista. La "*hegemonia*" tenía, por tanto, suma importancia, pues entrañaba la instrucción del proceso. La "*hegemonia*" pertenecía en gran parte de los procesos a los arcontes; al rey en los procesos relacionados con el culto; al polemarcha en las causas que afectaban a los extranjeros domiciliados o privilegiados y a los tesmotetes en los que se trataba del interés público.

Debido a la corrupción de los jueces, en el siglo vi se estableció que en lugar de ser designados aquellos anticipadamente, los tesmotetes hicieran los nombramientos de secciones por sorteo en la madrugada del día del juicio <sup>39</sup>.

En principio las sesiones eran públicas, salvo cuando se trataba de un proceso relativo a los misterios. El voto de los jueces era secreto y se daba por medio de fichas: las negras importaban la condena del acusado, las blancas su absolución <sup>40</sup>.

Como señala Croiset <sup>41</sup>, el tribunal de los heliastas decía la última palabra "sobre los intereses públicos y privados, los más graves como los más pequeños, sobre una querrela de muro medianero como sobre la culpabilidad de Sócrates, sobre el reclamo de un heredero frustrado y sobre la lucha trágica que ponía en controversia la política de Esquines y la de Demóstenes. Y este tribunal todopoderoso, que se pronunciaba sobre el hecho y sobre el derecho, era, en suma, un vasto jurado popular en que el número mismo de los jueces le hacía parecerse más a una Asamblea política que a un tribunal moderno. Es difícil de imaginar una organización

<sup>37</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 304.

<sup>38</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 305.

<sup>39</sup> R. MAISCH y F. POHLHAMMER, *Instituciones griegas*, cit., p. 88.

<sup>40</sup> JOSÉ ARIAS, *Grecia y Roma: sus instituciones*, cit., p. 72.

<sup>41</sup> A. CROISSET, *Les démocraties antiques*, cit., p. 91.

judicial más completamente identificada con la democracia misma”.

La competencia de la Heliea, después de las reformas de Pericles y Esfialtes era la siguiente: en materia privada, actuaba como tribunal de apelación en segunda instancia, ya que generalmente los juicios eran sometidos, en primera instancia, a un árbitro. En cambio, en las causas de carácter político, la Heliea conocía directa y originariamente. Sólo el Areópago limitaba sus facultades en cuanto se refería a homicidios intencionales y delitos del mismo género <sup>42</sup>.

Podía apelarse ante la Heliea en todos los casos dudosos de la sentencia pronunciada por los arcontes, y su fallo —dice Duncker <sup>43</sup>—, “era ejecutivo e inapelable”. No hay datos suficientes como para determinar con precisión cuáles eran considerados casos dudosos. Plutarco, citado por Duncker, establece un paralelo entre la apelación introducida por Solón en el procedimiento judicial ateniense y el derecho de provocación que obtuvo Publicola para el pueblo romano.

En los asuntos relativos al derecho, la Heliea desempeñaba un papel semejante al de la Asamblea popular en las cuestiones políticas: en una y en otra se discutían y resolvían únicamente los asuntos de mayor importancia. Con el transcurso del tiempo, sus atribuciones se acrecentaron, especialmente por obra de Clístenes, que hizo apelables todas las sentencias de los tesmotetes. Además, Solón extendió el derecho de apelar ante la Heliea no sólo a todo individuo que se creyera lesionado en sus derechos o intereses por un funcionario cualquiera, sino también, a cualquier ciudadano que quisiera entablar la demanda en lugar del ofendido. Fue así que hasta los más encumbrados funcionarios atenienses podían ser emplazados a dar cuenta de sus acciones, poniéndose término a las frecuentes arbitrariedades de los arcontes. Y para evitar en lo posible que las sentencias de los heliastas adolecieran de parcialidad en favor de los plebeyos y en perjuicio

<sup>42</sup> JOSÉ ARIAS, *Grecia y Roma: sus instituciones*, cit., p. 73.

<sup>43</sup> MÁXIMO DUNCKER, *Historia de la antigüedad*, cit., t. VIII, ps. 207 y sigs.

de los aristócratas, se estableció que sólo el que fuera condenado podía apelar ante la Heliea de la sentencia de los tesmotetes <sup>44</sup>.

Pero —como advierte Glotz <sup>45</sup>— “el feliz equilibrio que la Grecia de la época brillante había sabido establecer entre el poder público y los derechos del individuo, no podía mantenerse indefinidamente. Después de haber ayudado a la ciudad a prevalecer sobre la familia patriarcal, el individualismo fue contenido durante algún tiempo, de un lado por la siempre sólida organización de la pequeña familia, y, sobre todo, del otro, por la ley en apariencia inquebrantable del Estado. Pero el derecho del individuo debía degenerar en egoísmo. Por continuas invasiones, por apetitos de día en día más exigentes, iba a minar la familia y a destruir la ciudad”. El interés personal prevaleció sobre todo otro, perturbando en grado sumo el gobierno y la administración de la ciudad, fundado esencialmente en el sentimiento cívico. Esquines llegó un día de exaltación a decir refiriéndose a la Iglesia: “Se procede, no como en las asambleas deliberantes, sino como en las reuniones de accionistas para el reparto de los beneficios” <sup>46</sup>.

Y esa corrupción que por el siglo iv hizo presa del ciudadano ateniense, afectó especialmente el sistema judicial de Atenas. A principios del mencionado siglo, las dificultades financieras del Estado movieron a la supresión del sueldo de los jueces, lo que hizo sumamente dificultoso el reclutamiento de los heliastas. Hubo así que autorizarlos a inscribirse en varias secciones y en lugar de limitar su número a seis mil, se permitió a todos los ciudadanos que llenasen las condiciones legales a inscribirse y prestar juramento como dicastas, y en lugar de repartírseles por tribus se los clasificó aproximadamente igual por secciones, teniendo en cuenta solamente las necesidades del servicio. En la lista de los árbi-

<sup>44</sup> MAXIMO DUNCKER, *Historia de la antigüedad*, cit., t. VIII, ps. 207 y sigts.

<sup>45</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 371.

<sup>46</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 428/429.

tros públicos de 325-324 figuran sólo 103 nombres, lo que da fiel idea de la resistencia que en ese momento experimentaban los ciudadanos para desempeñar las funciones judiciales, si se tiene en cuenta que en esa lista debían figurar todos los ciudadanos que en el curso del año habían cumplido los sesenta años de edad. Sólo un 1 % de los veintitrés mil o veinticinco mil ciudadanos atenienses no tenían, pues, inconveniente en el siglo IV en cumplir con las funciones judiciales, lo que prueba claramente hasta qué punto el egoísmo, el interés particular, había logrado prevalecer sobre el interés de la colectividad <sup>47</sup>.

### III

#### LA GRAPHÉ PARANOMÓN Y LA ESANGELIA

El estudio sobre la justicia popular ateniense pecaría de incompleto y no daría una idea exacta sobre las instituciones judiciales populares que existieron en el Ática, si no comprendemos en él a dos importantes acciones cuyo ejercicio correspondía al ciudadano ateniense: la "*graphé paranomón*" y la "*esangelia*".

En 426 Esfialtes, jefe del partido democrático de Atenas, quitó al Areópago las funciones relativas a la custodia de la constitución, dejándole sólo las atribuciones de orden religioso. Los poderes que se quitaron al Areópago pasaron a la Asamblea del Pueblo, a la Bulé y a la Heliea. Cabe advertir que Plutarco juzgó severamente a esta reforma, aplicando a Esfialtes la frase aplicada por Platón a los hombres "que derraman sobre el pueblo la libertad más pura a borbotones" <sup>48</sup>.

La mencionada innovación trajo una consecuencia de singular trascendencia. Hasta entonces las leyes fundamen-

<sup>47</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 429/430.

<sup>48</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 161.



tales habían gozado de una sólida protección. Pero, desde ese momento, las leyes corrían peligro de perder su fijeza y estabilidad. Pericles, dándose inmediata cuenta de amenaza tan grave, no vaciló en idear un medio para conjurarla: la *graphé paranomón*”, acción criminal por ilegalidad que, —como observa Glotz— puso la ley por encima de los caprichos populares y de las luchas civiles, autorizando a todo ciudadano para actuar en su defensa como acusador y aplicando sanciones capitales como garantía de su soberanía <sup>49</sup>.

En cierto momento de la historia de Atenas, el pueblo renunció a tener en cuenta la “*graphé paranomón*”, pero no tardó en advertir su error. Era en 406, cuando se realizara el proceso contra los generales vencedores en las islas Aginusas. En medio de tanta pasión desencadenada, un valeroso ciudadano trató de suspender el procedimiento reglamentado por un decreto del Consejo y del pueblo, anulando la citada “*graphé*”. La multitud gritó que era “monstruoso arrebatar al pueblo la facultad de hacer lo que quisiera”. Algunos miembros de la mesa, entre ellos Sócrates, protestaron en vano contra estos desafueros de la multitud y cedieron a las amenazas, excepto Sócrates. Finalmente, los acusados fueron condenados a muerte. Pero no pasó mucho tiempo sin que los atenienses se arrepintieran de ello y entonces, por medio de un plebiscito, formularon una acusación contra los que habían engañado al pueblo, y el principal de ellos fue condenado a morir de hambre en medio del universal desprecio <sup>50</sup>.

Todo ciudadano ateniense podía salir en defensa de las leyes, persiguiendo al autor de una moción ilegal y aun al presidente de la Eclesia que no había rehusado ponerla a votación. El acusador debía formular su querrela por escrito, indicando la ley que consideraba quebrantada. Podía anunciar su intención bajo la fe de juramento en la Asamblea del Pueblo, antes o después de votar las disposiciones que él consideraba ilegales. “Esta declaración oficial —dice Glotz— tenía por efecto suspender la validez del decreto hasta después

<sup>49</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, p. 162.

<sup>50</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, p. 227.

de ser fallado el juicio. El tribunal constituido de 1.000 jurados y algunas veces de 6.000, se reunía bajo la presidencia de los tesmotetes. Podía ser impugnada toda moción por vicio de forma: bastaba con que no hubiesen sido observadas punto por punto las severas reglas del procedimiento”<sup>51</sup>.

Un decreto era ilegal cuando había sido sometido a la Asamblea sin antes haber sido previamente examinado e informado por el Consejo o si no había sido puesto en el orden del día por los pritanes. Una ley era ilegal si no había sido propuesta después de un voto emitido en la primera asamblea del año y después fijada al público en su tiempo y en su lugar. Era más grave, como puede suponerse, la ilegalidad que afectaba el fondo que la que afectaba la forma. La sanción de la ilegalidad dependía del tribunal, consistiendo generalmente en una multa, pero en ciertos casos se aplicaba la pena de muerte. Después de tres condenas por ilegalidad, perdíase el derecho para formular ninguna proposición en la Asamblea. Al autor de una moción ilegal se le rehabilitaba al cabo de un año, pero la moción en sí no se prescribía nunca y podía ser anulada siempre por sentencia del tribunal<sup>52</sup>.

La “*graphé paranomón*” ofrecía, pues, incontables ventajas: “El pueblo soberano se ponía por sí mismo sobre la soberanía de la ley. Con la imposición de esta disciplina obtenía considerables ventajas. Tenía un medio imprescriptible de reparar sus faltas y permitía a los hombres de Estado vencidos apelar de demos en demos al mejor informado. Hacía desaparecer de las leyes en la medida de lo posible las contradicciones y las obscuridades, aunque por el progresivo esclarecimiento de los textos, llegaba a prescindir de los jurisprudentes. En fin, sometiéndose a la ‘*graphé paranomón*’, la democracia ateniense debía hallar su más hermosa recompensa: hacía vana toda tentativa de anular la constitución por las vías constitucionales y no le daba otra alternativa al partido oligárquico que la revolución. Ni los Cuatrocientos ni los Treinta pudieron avenirse con semejante institución;

<sup>51</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 228/229.

<sup>52</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 228/229.

pero el triunfo de la democracia le dio una consagración suprema”<sup>53</sup>.

En el siglo iv, cuando se produce la corrupción de las instituciones, la “*graphé paranomón*” se colocó en una curiosa situación. De principal defensa y garantía de la constitución se transforma en elemento de perturbación y abuso, citándose el caso de un jefe de partido, Aristofón de Arsonia, que tuvo que defenderse contra la citada acción de ilegalidad setenta y cinco veces. En una palabra, la “*graphé paranomón*” llegó a ser un obstáculo tanto para las innovaciones sensatas y prudentes como para las otras, y sobre todo, una traba para la libertad de palabra de que tan orgullosos estaban los ciudadanos atenienses<sup>54</sup>.

Por su parte, las “*esangelias*” eran las acusaciones de alta traición. Ningún texto define en el siglo v los actos que daban lugar a la “*esangelia*”, si bien, a comienzos del siglo iv, una ley establecía la jurisprudencia en materia de “daño grave” causado al pueblo; más, ella determinaba las acusaciones de la *esangelia* en el pasado (traición, alta traición, conspiración, etc.) sin limitarla para el futuro, si bien se concluyó aplicándola por extensión hasta contra los atentados a la moral pública, como el adulterio<sup>55</sup>.

Planteadas una de estas cuestiones en una de las sesiones principales de la Iglesia, ésta votaba la cuestión previa de la aceptación o rechazo. En caso afirmativo, el Consejo quedaba encargado de decir, por un “*probuleuma*” si el asunto debía ser juzgado por la Iglesia o por un tribunal de helias-tas bajo la presidencia de los tesmotetes. Si el pueblo en masa se reserva el fallo, sus poderes eran ilimitados en lo relativo a la pena; si se desentendía, especificaba la ley que debía aplicarse en caso de condena. La “*esangelia*” llegó así a constituirse en un arma verdaderamente terrible<sup>56</sup>.

Primitivamente era el Areópago quien juzgaba por “*esangelia*” los atentados contra la constitución: una ley de Solón

<sup>53</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., ps. 229/230.

<sup>54</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 413.

<sup>55</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 213.

<sup>56</sup> G. GLOTZ, *La ciudad griega*, cit., p. 213.

le reconocía este derecho. Pero, en tiempo de las guerras médicas, la Asamblea del Pueblo se había reservado la jurisdicción en materia de actos relacionados con la tranquilidad de la ciudad, tales como la traición o el hecho de engañar al pueblo. Después de la reforma de Esfialtes, todos los hechos comprendidos en la "*esangelia*", crímenes contra la seguridad del Estado o crímenes extraordinarios previstos por la ley podían ser diferidos al Consejo o a la Asamblea. Cuando la "*esangelia*" era llevada al Consejo, éste comenzaba por examinar la cuestión de la culpabilidad. En caso de ser cierta, iniciaba una nueva deliberación para determinar si la penalidad librada a la determinación del Consejo era suficiente o si el asunto debía ser transmitido por los tesmotetes a la Asamblea o al tribunal popular para una penalidad mayor. Cuando la "*esangelia*" era llevada directamente a la Asamblea, ésta no empezaba tampoco el procedimiento sin antes haber votado la aceptación o el rechazo. Merece señalarse, por otra parte, que a los particulares se les permitía presentar una "*esangelia*" ante el Consejo contra todo magistrado acusado de no respetar las leyes<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> G. GLOTZ. *La ciudad griega*, cit., p. 283.

## EL FEDERALISMO NORTEAMERICANO

*Conferencia pronunciada por el académico Dr. Juan R. Aguirre Lanari, en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (C.A.R.I.), el 9 de setiembre de 1987*



En el presente ciclo, organizado en conmemoración del doble centenario de la Constitución de los Estados Unidos de América, nos toca hoy referirnos a una de sus facetas más relevantes y celebradas, cual es la forma federal que aquella adopta como arbitrio permanente de unión entre los Estados fundadores de la joven República.

Cuando luego de un arduo proceso de captación de voluntades, sedimentado por una aleccionadora experiencia de frustraciones, debilidades y desencuentros, los constituyentes norteamericanos sancionaron la que sería su ley fundamental, ofrecieron, ante la expectativa de propios y extraños, un modelo original, que estimularía la curiosidad inicial de la opinión pública extranjera, su admiración subsiguiente al comprobar el asentamiento gradual de sus engranajes e incluso la imitación de su régimen federal, sin que generalmente éste fuera revalidado en los hechos con tan afortunada trayectoria.

La Constitución de los Estados Unidos concretó principios que hoy son presupuestos liminares en el Derecho Constitucional contemporáneo, tales como el de la *soberanía del pueblo* y el de una *Constitución escrita y rígida* declarada como ley suprema del país.

Una de las notas conceptuales que marca con la Constitución de 1787 una conquista trascendente en la práctica de los Estados nacionales es la de asentar, junto con el *régimen presidencial*, una *adecuada división de poderes*. Señala Janet: "Aristóteles, antes que nadie, distinguió tres funcio-

nes en la sociedad y de aquí provino la célebre división de los tres poderes o potencias, que Locke reprodujo y después Montesquieu: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder de juzgar. Montesquieu pues no ha creado esta teoría. Lo que le corresponde a él solo es haber mostrado en la división de poderes la verdadera garantía y en su distribución la verdadera medida de la libertad. Tal es el principio que ha descubierto examinando la constitución de Inglaterra, principio ignorado de todos antes de él y que desde entonces figura en la ciencia política”<sup>1</sup>. Pero en verdad, como destaca Gettell, Montesquieu imaginaba que esa separación existía en Inglaterra, basándose en una “interpretación errónea de la Constitución inglesa, puesto que la existencia del gobierno de gabinete supone una combinación de funciones ejecutivas y legislativas”<sup>2</sup>. No hay pues en Gran Bretaña, podemos afirmar, una separación de poderes sino lo que Duverger llama “colaboración de poderes”<sup>3</sup>. Será en cambio en la vida institucional norteamericana donde tendrá aplicación práctica el principio de Montesquieu, perfectamente logrado en la Constitución Federal de 1787 y en las Constituciones de los Estados, constituyendo así esa nota conceptual a la que aludimos un hito fundamental en la historia del constitucionalismo.

Otra nota conceptual notable por su originalidad en la Constitución norteamericana fue la institucionalización de la *Corte Suprema* y del *poder judicial* como un verdadero *poder del Estado*, en parangón con los restantes, convirtiéndolo al alto tribunal en el intérprete y resguardo final que asegura la vigencia de su ley fundamental.

Y bien, en tren de destacar las contribuciones notables que la Constitución estadounidense ha ofrecido al desarrollo institucional contemporáneo surge nítidamente el tema que hoy debemos abordar, el *federalismo*.

<sup>1</sup> PAUL JANET, *Historia de la Ciencia Política en sus relaciones con la Moral*, Madrid, 1910, t. 2º, pág. 439.

<sup>2</sup> RAYMOND G. GETTELL, *Historia de las ideas políticas*, Editorial Labor S.A., Barcelona, segunda edición, t. II, pág. 35.

<sup>3</sup> MAURICE DUVERGER, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel S.A., 1962, págs. 192-193.



Desde luego, no es que las experiencias federativas y desde luego la propia denominación fueran desconocidas o inaplicadas antes y después de la Constitución norteamericana.

Experiencias confederativas habían ocurrido en el mundo antiguo de Grecia y Roma. El propio Montesquieu exalta a lo que llama "república federal" como "una manera de constitución que tiene todas las ventajas interiores de la república y la fuerza exterior de la monarquía". "Compuesta de pequeñas repúblicas, goza la confederación de todo lo bueno que haya en cada una, en lo referente a su gobierno interior; y respecto a lo exterior, la fuerza de la asociación le ofrece las ventajas de las grandes monarquías"<sup>4</sup>, afirma Montesquieu. Es evidente que no obstante hablar de "república federal" el insigne pensador describe al federalismo por entonces conocido, al que hoy denominamos más precisamente como "confederación" de Estados.

Este es el momento en que enfatizamos la originalidad que aporta en materia de federalismo la Constitución de 1787. El maestro Linares Quintana cita en tal sentido a Wheare quien "advierte que una investigación acerca del funcionamiento del gobierno federal debe comenzar necesariamente con un estudio del significado del término; por cuanto la expresión *gobierno federal* suele ser empleada muy libremente en las discusiones políticas y rara vez se le atribuye un sentido claro y preciso. Expresa que, sin duda, la mayoría de quienes emplean aquella están de acuerdo en que se refiere a una asociación de Estados formada con algunos propósitos comunes y en la que los miembros conservan una gran medida de su independencia originaria. Mas difieren en cuanto a la forma o tipo particular de Asociación de Estados que consideran adecuado describir como un gobierno federal. Y recuerda que dicho término ha sido aplicado tanto al Imperio Austro-Húngaro como al Imperio Alemán de 1871-1918, a la Sociedad de las Naciones, a los Estados

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Libertad, Buenos Aires, 1944, págs. 129 y 130.

Unidos de América y a la Unión Sudafricana, todos ellos asociaciones de Estados, pero diferenciándose en la forma en que la asociación fue realizada. Por ello considera que cuando el uso común difiere tanto, el académico debe ser cuidadoso en no adoptar una definición demasiado rígida, pero está autorizado a investigar si no se justifica un empleo más restringido del término *gobierno federal*. Cree Wheare que la idea moderna de lo que es el gobierno federal ha sido determinada por los Estados Unidos de América. Y no se trata de que la Constitución norteamericana de 1787, que establece y regla dicha Asociación de Estados, la describa como un gobierno federal; ya que, en realidad, las palabras *federal* o *federación* no se encuentran en ninguna parte de la famosa ley fundamental. Sin embargo, ella ha sido siempre llamada *Constitución federal* y hoy todos consideran a dicho país como un ejemplo del gobierno de tal tipo. Por ello, estima que cualquier definición del gobierno federal que deje de incluir a la gran república norteaña estará condenada como irreal; por lo que le parece razonable, en la búsqueda del concepto del mencionado término, comenzar por el examen de la Constitución estadounidense”<sup>5</sup>.

Volveremos más adelante a las ideas de Wheare cuando se trate de tipificar los rasgos esenciales del sistema federal de la Constitución norteamericana. Bástanos por el momento retener su válido análisis por el cual resulta que la fórmula adoptada por los constituyentes que la sancionan distingue claramente la estructura y dinámica del modelo adoptado de otras expresiones federativas o Asociaciones de Estados, en las que no luce el *principio federal* estadounidense de la coexistencia de dos gobiernos *coordinados* e *independientes*, que actúan en sus respectivas esferas de competencia.

Esta fórmula original que ellos adoptan no fue fruto del azar sino la culminación de una dura experiencia, que

<sup>5</sup> SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1956, Parte Especial, t. VI, pág. 191.

alumbró a la inteligencia y la voluntad de una generación de norteamericanos.

Sobre el particular, debemos hacer aquí una digresión. En nuestras cátedras de Derecho Constitucional, cuando se trataba de explicar el concepto de Constitución, entre las distintas tipologías examinadas, mencionábamos a la del ilustrado tratadista español Manuel García Pelayo<sup>6</sup>. Distingue éste tres conceptos en materia de Constitución: a) el *concepto racional normativo*, en el cual la Constitución se establece en un acto único, como un producto de la razón, que se expresa en un conjunto de normas. Se inspira políticamente en el liberalismo, a través de una Constitución escrita y rígida, en la que reside la soberanía, con notas típicas como la garantía de los derechos individuales y con una precisa separación de poderes, distinguiéndose desde luego la competencia de los poderes constituyentes y constituidos; b) el *concepto histórico tradicional*, en el cual la Constitución no es un producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema. Aquí la ley no crea la Constitución, es expresión de ella, pero no es ya única, ni siquiera la principal expresión, pues junto a ella actúa la costumbre e incluso convenciones y sobreentendidos; c) el *concepto sociológico* se opone a los anteriores, sosteniendo que la Constitución es un producto de los poderes sociales del presente, independientemente y hasta en contraposición a los preceptos de la razón o a los antecedentes desenvueltos en el devenir histórico.

Volviendo ahora a la Constitución estadounidense, no cabe duda de que si hubiéramos de encasillarla exclusivamente en uno de los tres tipos anteriores deberíamos acordar que se enrola en el concepto racional normativo. Así lo indica su carácter de Constitución escrita y rígida, con sus esferas precisas del poder constituyente dominando los extravíos

<sup>6</sup> MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1950, págs. 29 y ss.

de los poderes constituidos, con la división de poderes determinada, sus derechos individuales asegurados y con una filosofía política racionalista y liberal, que de Locke en adelante, marca una impronta no discutida en el desarrollo institucional norteamericano.

Sin embargo, en lo que hace al aspecto específico de su régimen de Estado federal, creo que no es aventurado admitir que en la decisión de los constituyentes escogiendo aquél privó la experiencia histórica de los turbulentos años anteriores. La fórmula de la república federal, sazónada sin duda con una racional e inteligente reflexión de los poderes sociales que bullían en los Estados convocados, fue producto inspirado por una aleccionante experiencia histórica inmediata. Bien pudo afirmarse, con un examen global de los acontecimientos que corren desde la rebelión de las colonias frente a Gran Bretaña hasta la Constitución federal de 1787, que la solución de sus problemas y aspiraciones no la dio la Independencia sino el federalismo<sup>7</sup>.

Bryce, sin duda uno de los más autorizados y entusiastas comentaristas de la Constitución de 1787, ponderaba en sus constituyentes "la prudencia que prefiere la experiencia a la teoría «a priori», y la sagacidad que sabe elegir en una masa de materiales los mejores, y combinarlos de la mejor manera para construir un sólido edificio"<sup>8</sup>. Y agrega más adelante, en su juicio sobre el sistema norteamericano que pone al pueblo de los Estados como único poder soberano: "Así y todo, esta organización era más bien el resultado de un lento desarrollo histórico, que de una decisión consciente adoptada en un momento cualquiera de transformación de los pequeños establecimientos comerciales en poderosas Repúblicas"<sup>9</sup>.

Veamos por lo tanto como se desarrollaron los sucesos históricos que culminan en esa República Federal de

<sup>7</sup> Véase SAMUEL ELIOT MORISON y HENRY STEELE COMMAGER, *Historia de los Estados Unidos de América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1950, t. I, pág. 133.

<sup>8</sup> JAIME BRYCE, *La República Norteamericana*, Madrid, La España Moderna, 3ª edición, t. I, pág. 63.

<sup>9</sup> JAIME BRYCE, ob. cit., t. I, pag. 65.

1787, experimento novedoso sin duda frente a las formas de federalismo hasta entonces conocidas y experimentadas.

En su magnífica *Historia de los Estados Unidos de Norteamérica*, los profesores Samuel Eliot Morison y Henry Steele Commager nos adentran en remotos pero ilustrativos antecedentes<sup>10</sup>. Por la paz de París (1763) todo el Canadá francés y la Florida española fueron concedidos a Gran Bretaña. Expresan aquellos que “al excluir a los franceses del continente de América del Norte, el gobierno inglés se echó más responsabilidades de las que podía cargar. Las posesiones británicas en Norteamérica se vieron de golpe más que dobladas y resultó que dentro del imperio se encontraba una raza extraña en idioma y en religión. Surgieron confusos problemas de relaciones con los indios, de negocios de pieles, de política territorial y de administración militar y política. En pocas palabras, la Gran Bretaña había de enfrentarse con más urgencia que nunca a la gran dificultad de la organización interior; y la historia de sus relaciones con las más viejas colonias norteamericanas durante los siguientes veinticinco años no es casi más que un intento de encontrar solución para todas esas cuestiones. No obstante, la independencia de Norteamérica no fue sino una solución a medias; pues los Estados independientes se encontraron frente a las mismas dificultades y no pudieron resolverlas hasta adoptar la Constitución federal de 1787. De 1763 a 1775, los norteamericanos sostenían naturalmente sus derechos, mientras los ingleses les recordaban sus deberes; sin embargo, los hombres inteligentes de ambos lados del Atlántico estaban ocupados en la misma tarea: cómo podrían organizar aquel vasto imperio de modo que progresaran los intereses militares, económicos y políticos del conjunto, quedando bien

<sup>10</sup> SAMUEL ELIOT MORISON y HENRY STEELE COMMAGER, *Historia de los Estados Unidos de Norteamérica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, t. I, pág. 131 y ss. En el desarrollo de los acontecimientos históricos que consignamos seguiremos preferentemente dicho estudio, como así también el tratado de CARL BRENT SWISHER, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, t. I, pág. 10 y ss.

unidas todas las partes, pero salvado cierto grado de autonomía local”<sup>11</sup>.

El antiguo imperio comercial inglés se había transformado con las adquisiciones de nuevas tierras en un imperio territorial. La defensa de posesiones más extensas “exigía más hombres y más barcos. Esto había de costar dinero y, a menos que los contribuyentes ingleses se avinieran a pagarlo todo, habrían de contribuir las colonias; pero de las colonias sólo podrían obtenerse ingresos sobre la base de una administración central más fuerte, a expensas de la autonomía colonial. Las Trece Colonias, al encontrarse dentro de este círculo vicioso, trataron de eludirlo buscando la cuadratura, y acabaron por romperlo con la independencia. Pero entonces se encontraron frente a los mismos problemas de ajuste entre las partes y el todo de la nueva nación. El federalismo —forma de gobierno que parecía tan absurda a los ingleses del siglo XVIII como les parece a los matemáticos del siglo XX la cuadratura del círculo— dio la solución a América”<sup>12</sup>.

Se suele recordar entre los intentos que juiciosamente se hicieron para acomodar, dentro del Imperio, las relaciones entre la metrópoli y sus colonias, al Plan de Unión de Albany, de 1754. Se reunieron entonces los representantes de siete colonias para tratar cuestiones de defensa, considerándose un plan trazado por Benjamín Franklin, quien ponía en manos de un organismo central los asuntos de interés general, dejando a cada colonia los de carácter local. Previsivamente, adelantándose al problema que afrontaría después la Confederación norteamericana, Franklin proyecta que el número de representantes de cada colonia estaría de acuerdo con sus aportes al tesoro general. Según Carl Brent Swisher, el plan fracasó porque ni el gobierno de Londres ni las colonias mismas estaban lo suficientemente interesadas como para dar los primeros pasos hacia la unión<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> MORISON y COMMAGER, ob. cit., t. I, pág. 132.

<sup>12</sup> MORISON y COMMAGER, ob. cit., t. I, pág. 133.

<sup>13</sup> CARL BRENT SWISHER, ob. cit., t. I, pág. 17.

La necesidad de fondos para proveer a la defensa de los derechos imperiales frente a sus vecinos españoles y a las nostalgias francesas por sus posesiones perdidas, así como a la seguridad de las propias colonias ante los conflictos latentes con los indios, fue el germen que encendió la discordia entre Gran Bretaña y sus colonias americanas.

La llamada ley de Ingresos o *del Azúcar* (1764), la *ley del Timbre* (1765) y las *reformas proyectadas por el Ministro Tawnshend* imponiendo tributos a la entrada a las colonias de pinturas, plomo, papel y té, formaron el ambiente que prepara la revolución. Lo que importa destacar aquí es que se discuten temas constitucionales, como los de la no representación de las colonias en el Parlamento que sanciona impuestos, oponiéndose las colonias a la "representación virtual" aducida por la metrópoli. Los colonos oyen hablar y discuten las ventajas de una *Constitución fija* que controle la omnipotencia parlamentaria y se persuaden del benéfico arbitrio, bajo el imperio de sus Constituciones estatales, por el cual la constitucionalidad de sus leyes podía ser revivida por los tribunales.

Completando este cuadro, afirman Morison y Commager que "igual importancia tuvo la aparición de la *teoría federal*. Benjamín Franklin luchó porque ésta fuera reconocida, ya en 1754, en el Plan de Unión de Albany. Norteamericanos como Dickinson, Jefferson, James Wilson y John Adams, obligados a defender su tesis de que el Parlamento, aunque soberano, no podía regular los asuntos de las colonias, habían descubierto en el imperio las bases fundamentales del sistema federal: *la distribución de poderes entre diversos gobiernos*. Cuando, en 1773, afirmaba el Gobernador Hutchison: 'No sé que se pueda trazar una línea entre la suprema autoridad del Parlamento y la total independencia de las colonias; es imposible que haya dos legislaturas independientes en el mismo Estado', Samuel Adams, en el borrador de la respuesta de la Cámara de Representantes de Massachussetts, dijo que el imperio británico no era un imperio centralizado, sino federal. Según Adams, existían dentro del imperio cierto número de legislaturas in-

dependientes; y, además, agregaba: 'Si no estorban las unas a las otras, ¿qué impide que, puesto que están unidas bajo una cabeza y soberanía común, puedan vivir felices en esa relación y ayuda mutua y protegerse las unas a las otras?' " 14.

Cuando antes reflexionábamos afirmando que el federalismo de la Constitución de 1787 resultó un producto natural de la evolución histórica norteamericana, teníamos en cuenta estos antecedentes y los que a continuación ocurrieron, después de la Independencia.

El 4 de julio de 1776 el Congreso Continental que representaba a los Estados aprueba la Declaración de la Independencia redactada por Jefferson. Su inspirada pluma expone verdades que recogían la filosofía política de Locke y las ya válidas experiencias de los norteamericanos.

El 12 de julio se presenta al Congreso un proyecto de "Artículos de Confederación y Unión Perpetua", elaborado por John Dickinson, el cual, con modificaciones, se aprueba en 1777, aunque recién en 1781 los mismos reciben la ratificación de todos los Estados.

Se establece de esta manera una Confederación, en la que se buscó una Unión que permitiera afrontar los graves problemas exteriores pendientes y conciliara a la vez los disímiles intereses de los Estados miembros.

Pero la "soberanía, libertad e independencia" reconocida a cada Estado era el punto inicial por el cual asomaba la debilidad de la autoridad central confederativa, aun cuando se concedían amplias facultades al Congreso, tales como decidir la guerra o la paz, nombrar y recibir embajadores, armar y sostener su ejército y marina, concertar tratados y alianzas, regular la acuñación de moneda y las pesas y medidas, resolver las cuestiones con los indios, pedir préstamos, hacer levas y exigir contribuciones y resolver disputas entre Estados.

Mencionando los defectos principales de la Confederación, destaca Story "la falta absoluta de todo poder coercitivo, para obligar a los Estados opositores a la ejecución de las dis-

14 MORISON y COMMAGER, ob. cit., t. I, págs. 162-163.



posiciones constitucionales. Esto sólo era bastante para quitar toda fuerza a la Unión considerada como gobierno superior, si se puede llamar gobierno a lo que no posee ninguno de los atributos enérgicos del poder... El Congreso no poseía en realidad sino un poder de consejo"<sup>15</sup>, afirma con razón. Aclara Story, por ejemplo, que "el Congreso podía determinar la suma que debía ser provista para el servicio de la Confederación y de fijar la parte de cada Estado en aquella suma: pero se reservó expresamente a los Estados como soberanos, el derecho a levantar impuestos: resultó de este método, que, el modo y la época de los pagos, fueron extremadamente inciertos", debiéndose apelar a los empréstitos como recurso inevitable<sup>16</sup>.

Defectos tales como la falta de facultades del Congreso para imponer y recaudar por sí mismo impuestos y reglar el comercio con las naciones extranjeras, su carencia ya señalada de poderes coercitivos y la inexistencia de un poder federal en la faz ejecutiva y judicial, se agravaban ante la aguda crisis económica imperante.

Ella tenía motivos actuales y a la vez antecedentes de la guerra por la Independencia, durante la cual los Estados y el Gobierno confederado acudieron al recurso de emitir papel moneda sin respaldo, la mayor parte del cual se depreció hasta perder casi todo su valor.

El tesoro confederado, insuficientemente provisto en sus reclamos por los Estados, debió acudir a préstamos con los bancos extranjeros para evitar la quiebra. "Al acumularse a la deuda los intereses no pagados, los valores continentales bajaron a menos de 15, y los oficiales despedidos del ejército tuvieron que vender con gran descuento el papel que habían recibido en vez de paga", recuerdan Morison y Commager, quienes destacan que luego de la guerra los Estados intentaron no emitir más papel moneda sin respaldo, así como recaudar impuestos no pagados. Los soldados ha-

<sup>15</sup> J. STORY, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, traducción de Nicolás Antonio Calvo, Buenos Aires, 1888, t. I, IV Edición, págs. 301-302.

<sup>16</sup> J. STORY, *ob. cit.*, t. I, IV Edición, pág. 304.

bían tomado mientras tanto a crédito nuevas tierras y los deudores presionaban a las legislaturas para que las tierras o determinados productos tuvieran curso legal, así como para que se sancionaran leyes de moratorias <sup>17</sup>.

Un expresivo ejemplo de la crisis ocurrió en Rhode Island. El Estado prestó grandes sumas de moneda a los terratenientes y lo impuso a otros bajo severas penas. Se estableció que si un acreedor se negaba a aceptar el papel moneda en cancelación de la deuda, el deudor podía liberarse consignando ante un juez la suma en papel moneda. Se dio así el insólito caso de comerciantes que huían del Estado, perseguidos por sus entonados deudores, empeñados en saldar operaciones con su papel moneda depreciado.

En Massachusetts la penuria económica de los campesinos, que sufrían el embargo de sus bienes para saldar deudas y contribuciones atrasadas, desembocó en una sangrienta rebelión, encabezada por Daniel Shays, apelando a la violencia para impedir la acción de los tribunales de justicia. La rebelión fue reprimida cruentamente, pero alertó sobre la necesidad de encontrar solución a los males de fondo que conmocionaban a la sociedad norteamericana.

Estos y otros sucesos, donde el ataque a la propiedad, a la seguridad, a la paz social y a valores sólidamente implantados en la conciencia de los norteamericanos, convencieron a los espíritus rectores del momento que debían buscarse otros caminos institucionales que resguardaran el orden jurídico y la armónica convivencia social, proyectando a la Unión a destinos más auspiciosos que los en ese entonces imperantes. De manera espontánea, surge el partido de los *federalistas*, guiado por miembros de las profesiones liberales, propietarios e intelectuales, que se convertirían en los abanderados de la futura y eficiente organización federal.

Controversias originadas por la navegación del Potomac hicieron que a instancia de Madison, la legislatura de Virginia propusiera la reunión de una Convención interestadual que adoptase un sistema de regulación comercial uni-

17 MORISON y COMMAGER, ob. cit., t. I, pág. 267 y ss.

forme. La misma se reunió en septiembre de 1786 en Annapolis (Maryland) con delegados de sólo cinco Estados. Hubo coincidencia en que el comercio estaba ligado a otras cuestiones y que la grave situación exigía una Convención general de todos los Estados. Así lo resolvió el Congreso de la Confederación, convocando una Convención Federal, que se reunió en Filadelfia con el objeto de revisar los "Artículos de la Confederación". Esa Convención Federal, que finalmente sancionaría la Constitución, ha sido calificada como una constelación de cerebros. Cierto es que faltaron personalidades de la talla de John Jay, Secretario de Asuntos Exteriores de la Confederación en ese entonces, así como John Adams y Thomas Jefferson, quienes desempeñaban misiones diplomáticas en el exterior. Pero los Estados rivalizaron en enviar representaciones que aliaban a ya consagrados exponentes de prestigio intelectual con otros de acreditada experiencia o de empuje ascendente político.

Allí estaba la delegación de Virginia, encabezada por Washington, elegido por unanimidad como Presidente de la Asamblea. Junto a él figuraba James Madison, respetado por sus conocimientos sobre confederaciones antiguas y modernas, así como en teoría y práctica política. Madison fue quizá el más activo artífice de la obra constitucional, a la vez que su hoy más autorizado cronista. Los acompañaban también George Whithe, afamado jurista, George Mason, autor de la famosa declaración de derechos de Virginia y el popular Gobernador Randolph.

Nueva York envió al ya célebre, no obstante sus treinta años, Alexander Hamilton, quien con Mason y Jay publicaría los famosos artículos que integran el clásico alegato en favor de la Constitución que se editó finalmente bajo el título de "El Federalista". Pensylvania envió a James Wilson, el miembro más activo de la Asamblea luego de Madison, así como entre otros, al agudo Gouverneur Morris, bajo la égida del legendario Franklin, quien, octogenario, coronó así una brillante carrera, concretando sus sueños del Congreso de Albany y su honra como firmante de la declaración de la Independencia.

Las tareas no fueron fáciles, aunque todos coincidieron en la necesidad de introducir reformas profundas para dar seguridad, eficiencia y fuerza a la Unión. Pero no obstante las diferencias de criterios e intereses que inevitablemente debían aflorar, la prudencia política y el espíritu constructivo y práctico fueron delineando oportunas transacciones que facilitaron los acuerdos.

Tal ocurrió con el asunto que nos interesa, esto es, cómo se buscó conciliar la relación entre el poder central y los Estados miembros a la luz del disímil pensamiento que exhibían los partidarios de los Estados grandes respecto de los pequeños.

En efecto, se delinearon dos corrientes. Por un lado, los llamados *nacionalistas* o partidarios de los Estados grandes, como Madison, Wilson y Hamilton, que buscaban edificar un nuevo gobierno nacional, el cual significaría lo que hoy llamamos "*federación*". Por el otro, estaban los "*federalistas*" que sostenían un proyecto federal, entendido éste en el sentido de "*confederación*", en el cual revistaban los partidarios de las soberanías de los Estados, recelosos de que pudiera actuar en detrimento de las mismas un Estado central acrecentado en su poder. Pero como señala con acierto Aja Espil, "es menester extremada cautela en el léxico equivoco utilizado por los convencionales, especialmente con el término '*federalista*', pues los partidarios de la Constitución reivindicaron para sí la denominación de *federalistas* y calificaron a los adversarios de *antifederalistas*"<sup>18</sup>.

Los nacionalistas, que no querían un simple retoque de los artículos de la Confederación sino implantar un nuevo y efectivo gobierno nacional, actúan inmediatamente de reunida la Convención, que se inaugura el 25 de mayo de 1787. El 29 del mismo mes, la delegación de Virginia presenta el "Plan de Virginia", también llamado "Randolph Plan", que interpretaba a los Estados grandes. Se proyectaba

<sup>18</sup> JORGE A. AJA ESPIL, *Constitución y poder - Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires 1987, TEA, Tipográfica Editora Argentina, pág. 47.

un nuevo gobierno nacional, que constaba de un "Ejecutivo" Nacional, un "Judicial" Nacional y un "Legislativo" Nacional, con dos ramas o secciones y con miembros en número proporcional a la población, con facultades "para legislar en todo aquello que estuviera afuera de la competencia de los Estados". Aquí asoma el problema que traerá la división de poderes, al crearse un gobierno nacional supremo, no aceptándose las leyes de los Estados que contravinieran a la Constitución, así como las divergencias que surgen por el poder que se daba a la Unión para ejercer coerción sobre los Estados. La distinción entre el gobierno federal antes conocido y el gobierno nacional ahora proyectado enfrentaría las opiniones de los convencionales. Aquí el gobierno central podría actuar ya directamente sobre los individuos y no, como en la Confederación, sólo a través de las autoridades de los Estados miembros.

Semanas después de la presentación del Plan Virginia aparece la reacción a través de otro plan propiciado por el delegado William Paterson, conocido como Plan de New Jersey o de los Estados pequeños. Auspiciaba una revisión, corrección y ampliación de los artículos de la Confederación para adecuarlos a las exigencias del Gobierno pero contenía los elementos de la organización imperante, con su debilidad señalada. El poder legislativo propuesto era unicameral, con representación igualitaria entre los Estados y no, como postulaba al Plan de Virginia, en proporción a la población. Mirando nuestra propia historia, parecen reeditarse las controversias con motivo del Congreso unitario de 1824-26 entre Buenos Aires y las provincias del interior.

Pero el Plan de New Jersey contenía sin embargo una cláusula de importancia decisiva para afirmar el imperio nacional de la Constitución, cuando establecía que las leyes del Congreso y los tratados ratificados tendrían fuerza de suprema ley en los Estados particulares y el poder judicial de éstos debería acomodar a aquéllos sus decisiones, a pesar de lo que en contrario dispusieran las leyes de los Estados particulares. Esta cláusula angular de la Constitución, que se erige en suprema ley y encarga a los tribunales su res-

guardo, abrió promisorio cauce a la viabilidad de un gobierno nacional alejado de las anteriores debilidades y frustraciones.

La controversia entre los partidarios de ambos proyectos pareció llegar a un punto muerto. Se ha recordado la llegada del mes de julio, "con el calor sofocante, el mal humor y el callejón sin salida. Hasta el escéptico Franklin no pudo sino aconsejar que en adelante se iniciasen las sesiones con una oración" <sup>19</sup>.

Finalmente una comisión nombrada para estudiar el problema de la representación presentó un informe conocido como "Transacción Connecticut" o "Gran Transacción". Se atendió la posición de los Estados pequeños, con la igualdad de todos en la representación en el Senado. A los Estados Grandes se los consideró en la integración de la Cámara de Representantes, formada en la proporción del número de habitantes libres más tres quintos de esclavos de cada lado, estableciéndose asimismo que sería ella elegida por voto popular, de donde emanarían los estatutos monetarios. Con esa solución y la de otras cuestiones pendientes, resueltas con espíritu transaccional, arribaron finalmente los convencionales a un acuerdo que permitió ofrecer a los Estados la Constitución federal que, con reformas posteriores, rige hoy en el gran país del Norte. Las dudas de Franklin quedaban disipadas, con la dicha por él proclamada, de saber que "es un sol que surge, no un sol que se pone" <sup>20</sup>.

No podemos seguir, por razones de tiempo, con el análisis de la azarosa etapa posterior en la que los federalistas debieron batirse denodadamente en las prevenidas convenciones estatales, reacias a declinar derechos, hasta obtener finalmente la aprobación de la Constitución sancionada. Sólo quiero destacar, coronando el examen, que los constituyentes dejaron arbitradas, a veces sutilmente, disposiciones tendientes a un progresivo acrecentamiento de los poderes nacionales, que tal era, sin duda, el objetivo final buscado al proclamar una Unión más perfecta. Ya veremos la distinción con nuestro proceso histórico y las consecuencias resultantes.

<sup>19</sup> MORISON y COMMAGER, ob. cit., t. I, pág. 277.

<sup>20</sup> MORISON y COMMAGER, ob. cit., t. I, pág. 279.

Diremos ahora dos palabras sobre el esquema que rige al sistema federal que inspira a nuestro examen.

Como lo señala el Profesor Bernard Schwartz<sup>21</sup>, recordando a Wheare, la característica fundamental de los Estados Unidos en cuanto a asociación de Estados, radica en el principio de *coordinación*, y al mismo tiempo, *independencia* entre el Gobierno general y los Gobiernos de los Estados. Como afirma Schwartz, la preocupación de los autores de la Constitución federal "fue asegurar que el Gobierno nacional, que ellos estaban creando, no tuviera tanto poder, que absorbiera en la práctica a los Estados que iban a componer la Nación. Para ello, limitaron el poder del gobierno federal a una relación exhaustiva de facultades indispensables para su efectivo funcionamiento, reservando todas las restantes para los Estados. . ."

Señala Schwartz que "el federalismo de los Estados Unidos se caracteriza por los siguientes elementos: I) Se trata de una unión de un número de entidades comunes; II) La división entre los poderes legislativos del Gobierno central y los Estados componentes está presidida por el principio de que el primero es un 'Gobierno Nacional con competencias taxativamente enumeradas', mientras que los segundos son Gobiernos de 'competencias residuales'; III) La competencia de cada uno de estos Centros de gobierno se ejerce directamente dentro de la esfera asignada a cada uno de ellos, sobre todas las personas y propiedades que se encuentren dentro de sus límites territoriales; IV) Cada Centro de Gobierno está provisto de un aparato legislativo, ejecutivo y judicial, para poder exigir el cumplimiento de las leyes, y V) La Supremacía del Gobierno nacional, dentro de su esfera asignada, en caso de conflicto con el Gobierno de los Estados".

Como ocurre naturalmente en la confrontación entre los enunciados normativos de una Constitución y su aplicación práctica, se discutió el ámbito y dimensión de las fa-  
rial Cívicas S.A., Madrid, 1984, pág. 13 y ss.

21 BERNARD SCHWARTZ, *El federalismo norteamericano actual*, Edito-

cultades propias del Gobierno nacional y de los Estados componentes.

Aja Espil<sup>22</sup> recuerda la existencia de tres períodos en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. En el primero, originada en la gravitación del Chief Justice John Marshall, hay una afirmación de la supremacía nacional frente a los Estados, a partir del famoso caso “Mc Culloch V. Maryland”, sobre el cual volveremos, porque allí se consagra la doctrina de los poderes implícitos.

Roger B. Taney, sucesor de Marshall, impone una doctrina contraria, fundada en la Enmienda X, concepción llamada del “doble federalismo” o “federalismo dual”, por la que se reconocen dos esferas de gobierno independientes: la de la Unión y la de los Estados.

A partir de 1937, señala Aja Espil, aparece una nueva orientación de la jurisprudencia, con la teoría del “federalismo cooperativo”, que “interpretaba con un concepto dinámico las líneas divisorias entre la Unión y los Estados”.

En su interesante análisis sobre el federalismo norteamericano de hoy, antes citado, el Profesor Schwartz analiza el ocaso del federalismo dual, destacando el predominio del poder federal sobre el estadual. Es evidente que la aplicación estricta de aquél, en casos como la imposibilidad de una regulación nacional sobre el trabajo infantil (caso Hammer v. Dagenhart), excedía injustamente el propósito invocado de resguardar los derechos de los Estados y atentaba contra la facultad del Congreso para regular el comercio interestadual. Pero será a partir de la National Industrial Recovery Act de 1933 y del New Deal que enfrenta la emergencia nacional, como se afirma el progresivo avance de los poderes del Gobierno federal. La supremacía del gobierno de Washington en la regulación del comercio, del poder impositivo y de las subvenciones a los Estados sin duda alteró el equilibrio federal<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> JORGE A. AJA ESPIL, ob. cit., pág. 73 y ss.

<sup>23</sup> BERNARD SCHWARTZ, ob. cit., pág. 68.



A pesar de los precedentes expuestos, tendientes a una centralización, se produjo en 1976 un fallo que hizo suponer en cierto modo una resurrección del federalismo dual. En el caso "National League of Cities v. Usery" la Corte Suprema estadounidense se basó en "aspectos tradicionales de la soberanía de los Estados" para invalidar una ley federal. Esto fue lo que llevó al tribunal, en otro caso, a referirse a la "recién anunciada doctrina sobre la «soberanía de los Estados» de la National League of Cities v. Usery"<sup>24</sup>. Conforme a este fallo, los poderes delegados al Congreso no pueden ejercitarse si violan otras provisiones constitucionales, quedando las actividades estatales relacionadas con su política de empleo fuera del alcance del poder federal para regular el comercio<sup>25</sup>. Cabe destacar, sin embargo, que la Corte Suprema estableció posteriormente claros requisitos para que pudiera invalidarse el poder federal de regular el comercio<sup>26</sup>. La balanza, pues, sigue inclinándose en favor del avance del poder central.

Sin embargo, lejos se está de que el poder de los Estados y su vida autónoma hayan rendido sus banderas. Como expresa Schwartz, destacando la fuerza que todavía tiene la tradición federalista norteamericana, ella encierra valores que no han sido destruidos. "El mantenimiento de unos Estados fuertes aporta al sistema americano una consistencia democrática que no se daría si el sistema de Administración fuera centralizado y monolítico. El que los Estados, de vez en cuando, tengan que ceder ante los criterios federales supone un pequeño precio a pagar en aras de un sistema federal más sólido"<sup>27</sup>.

El avance de las facultades que la Corte Suprema norteamericana fue admitiendo en favor del Gobierno federal se basó en la "*doctrina de los poderes implícitos*" de que el mismo está dotado, interpretados como "los medios adecua-

24 BERNARD SCHWARTZ, ob. cit., pág. 74.

25 BERNARD SCHWARTZ, ob. cit., págs. 75 a 77.

26 BERNARD SCHWARTZ, ob. cit., pág. 81.

27 BERNARD SCHWARTZ, ob. cit., pág. 115.

dos para poner en ejecución los poderes explícitamente enumerados en el instrumento constitucional”, según define el académico Jorge A. Aja Espil. La doctrina de los poderes implícitos fue desarrollada por el Juez Marshall en el famoso caso “Mc Culloch v. Maryland” ocurrido en el siglo pasado. Como destaca Aja Espil, comentando el episodio, se trataba de una colisión de intereses entre el Congreso Federal y su facultad para crear un banco nacional con la legislatura de Maryland que pretendía que los billetes emitidos por dicho Banco llevaran una estampilla fiscal de Maryland. El Juez Marshall hizo un análisis decisivo de la Enmienda X, mostrando que en la Constitución, a diferencia de los “Artículos de la Confederación”, no había una frase que excluyera los poderes implícitos o incidentales. El fallo sostuvo, citando otros amplios poderes conferidos expresamente al Gobierno Federal en materia de impuestos, comercio y defensa, que ello no significaba excluir otros necesarios para su ejecución. “A la enumeración de sus facultades se agrega la de hacer todas las leyes que sean necesarias y convenientes para ejercer dichas facultades”, se afirmó. El tribunal determinó que “el poder de establecer un Banco implica el de protegerlo, y que en virtud de la supremacía de la Constitución, el Gobierno Federal podría oponerse al impuesto creado por la Ley de Maryland; ésta era inconstitucional y nula”<sup>28</sup>.

En la materia que acabamos de desarrollar, resulta de ineludible cita la posición del Dr. Aja Espil, quien en su libro titulado *Constitución y Poder*, que hemos citado fragmentariamente, aparecido hace poco tiempo con justificado suceso, vuelca en el examen del tema antiguas meditaciones y renovados estudios. Analiza el Dr. Aja Espil la génesis de la Constitución Federal norteamericana y el papel de la doctrina de los poderes implícitos en las controversias entre los nacionalistas y los partidarios de los derechos de los Estados, formulando finalmente una distinción entre los “poderes implícitos” y los llamados “poderes inherentes

<sup>28</sup> JORGE A. AJA ESPIL, ob. cit., pág. 122 a 126.

o resultantes". Aun cuando es claro su respaldo a la doctrina de los poderes implícitos, quiero destacar, entre otras, tres conclusiones tuyas que comparto: 1º) Que el alcance del artículo 67 inciso 28 de la Constitución Nacional sobre los poderes implícitos, no es más liberal y amplio que el texto de la Constitución norteamericana, sino, por el contrario, limitado al poder legislativo<sup>29</sup>. 2º) Refiriéndose al sistema federal argentino, afirma que "el Gobierno Federal no puede lesionar las autonomías provinciales, extendiendo los poderes que le han sido conferidos, mediante una interpretación desbordante de los poderes implícitos que impidan el libre ejercicio de aquéllos. Al igual que el problema de cuál de los tres poderes es depositario de los poderes residuales, dicha cuestión también se plantea frente a las provincias, aunque nuestra Constitución Nacional pareciera resolverla expresamente en su artículo 104"<sup>30</sup>. 3º) "Las diferencias del texto constitucional argentino con respecto al norteamericano y las interpretaciones auténticamente argentinas, sirven para comprobar que en algunas materias aparentemente iguales se llega a conclusiones diferentes, mientras que en otras hay una identidad conceptual evidente"<sup>31</sup>.

Debo confesar, en lo que atañe a nuestra evolución institucional, que la doctrina de los poderes implícitos, irrefutable como principio que otorga viabilidad y eficacia al Gobierno Nacional, no dejó de preocuparme, en cuanto a un desmesurado desarrollo. Me llena de zozobra la hipertrofia del Gobierno central, lo que particularmente en las últimas décadas, trajo una correlativa anemia, sobre todo económica, de las Provincias que integran la Nación, con perjuicio final para esta misma.

No fue éste el objetivo de nuestros constituyentes. En tal sentido, como en tantas ocasiones, puedo ampararme en la opinión de ilustres maestros, como los Académicos Miguel S. Marienhoff y Segundo V. Linares Quintana.

<sup>29</sup> JORGE A. AJA ESPIL, ob. cit., pág. 27.

<sup>30</sup> JORGE A. AJA ESPIL, ob. cit., pág. 25

<sup>31</sup> JORGE A. AJA ESPIL, ob. cit., pág. 26.

Destaca con su reconocida autoridad el Dr. Marienhoff que las Provincias son "Estados *preexistentes* a la Nación, que conservan todo el poder no delegado a ésta. Y va de suyo que el primero y más importante poder retenido por las provincias es el derecho a *existir* 'integralmente', es decir, en el *todo* o en sus *partes* constitutivas. Tal *poder retenido* hállase por encima de todo lo que, expresa o implícitamente se diga en la Constitución Nacional; está por encima de toda delegación de potestades, expresa o implícita, efectuada a la Nación. Ese derecho a la *existencia* 'integral' es para las provincias lo que el derecho a la vida es para las personas individuales, derecho que siempre se presupone, aunque no se lo mencione, y que en la jerarquía de los atributos jurídicos ocupa el primer plano"<sup>32</sup>.

No menos terminante en la defensa de un solidario y justiciero régimen federal es el Dr. Linares Quintana. Destaca en un profundo estudio titulado *La Garantía del Principio Federal*<sup>33</sup> que al constituirse el Estado Federal Argentino a través de la Constitución Nacional de 1853-1860, la Nación contrajo el compromiso histórico, moral y jurídico, de asegurar, a través de la *Garantía Federal*, a todas las Provincias argentinas, originarias o no el pleno y efectivo respeto y goce de su personalidad histórico-jurídico-institucional. En su profundo y documentado estudio, Linares Quintana demuestra que la Garantía Federal importa asegurar diversos derechos correspondientes a las Provincias, y no solamente el de su existencia integral y su indestructibilidad territorial o su autonomía política. Lo que aquí nos interesa destacar, porque se inserta en la problemática de los poderes implícitos y la hipertrofia de las facultades nacionales, es el aspecto relativo a la garantía de autonomía

<sup>32</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado del dominio público*, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, págs. 262 y 263.

<sup>33</sup> SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La garantía del principio federal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de "Anales", año XXVII, Segunda Época, número 20, pág. 28. Las opiniones que a continuación desarrollamos del académico Linares Quintana, algunas de las cuales figuran en otras publicaciones suyas, están registradas en la que señalamos.

y desarrollo económico de las Provincias que el Dr. Linares Quintana estudia.

Es que autonomía política y autonomía económica están entrelazadas. No pueden gozar plenamente de aquélla las Provincias que estén dependientes económicamente de la buena o mala voluntad del Gobierno central.

Recuerda así Linares Quintana que al considerarse el artículo 4º de la Constitución en el Congreso General Constituyente de 1853, y con relación al argumento de la mala situación económica en que quedarían algunas Provincias al ceder una parte importante de sus recursos al Gobierno Federal, Seguí sostuvo que “en la facultad concedida al Congreso para acordar suplementos del Tesoro Nacional a las Provincias que lo necesitasen para llenar el déficit de rentas estaba incluido el derecho otorgado a éstas de pedirlos oportunamente, con lo cual aparecía prevista y resuelta cualquier dificultad financiera que ocurriera a los pueblos confederados”.

De acuerdo con el artículo 67 inciso 8º de la Ley Suprema, corresponde al Congreso... acordar subsidios del Tesoro Nacional a las Provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios. Como señala Linares Quintana, este precepto no es una dádiva ni siquiera una actitud paternalista del Gobierno Central, sino una elemental obligación de éste hacia las Provincias, justificada por el sacrificio económico que éstas hicieron para formar el Tesoro Nacional.

En igual sentido, nos recuerda Pedro J. Frías que “la coparticipación federal impositiva dejó penetrar al gobierno central en la administración provincial con una profundidad desconocida; porque, en efecto, gracias a una participación irrisoria del conjunto de las Provincias, el fisco nacional fue rico durante cuatro décadas; rico y paternal: con los fondos con que las Provincias hubieran podido hacerlo por sí mismas, el Gobierno Federal construyó carreteras, hidroelectricidad, hospitales y escuelas; esta situación se modificó en

1973 y se deterioró paulatinamente hasta ser reemplazada por acuerdos de coyuntura que son nuestra asignatura pendiente”<sup>34</sup>.

Finalmente, la *Garantía Federal de la autonomía económica* señalada por Linares Quintana, comprende también la obligación del Gobierno Federal de promover el desarrollo económico y social de las Provincias, como surge del artículo 67, inc. 16 de la Ley Suprema, que especifica que es deber del Congreso Nacional *proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias*. Creo que este tema no merece comentarse ante la postración de las economías provinciales.

Y bien, a esta altura de la exposición, no obstante las calificadas opiniones y sólidos fundamentos recordados, alguien podría aducir que, a pesar de ellos, los precedentes norteamericanos que objetivamente exhibimos muestran un avance notorio de las facultades nacionales en detrimento de las de los Estados. Quiero responder a esta argumentación con una tesis que puede aparecer aventurada pero no lo es, según pienso, si examinamos la génesis histórica de los procesos constituyentes norteamericano y argentino y la voluntad de quienes fueron sus actores. Ya hemos dicho que existen diferencias entre ambos, como debemos agregar que lamentablemente también las hay en sus resultados.

El Dr. Aja Espil, en su recordada obra, estudia la opinión de William Winslow Crosskey en favor de una interpretación que fundamenta la amplitud de facultades del Gobierno Federal, tanto en materia de poderes implícitos como los llamados poderes inherentes o resultantes. Crosskey sostiene que los constituyentes de Estados Unidos fijaron grandes objetivos a través de conceptos generales, con algunos inevitables detalles, dejando que el resto lo hiciera la labor de interpretación. Esa delimitación de los objetivos, en términos muy generales contenidos en el Preámbulo, sirve,

<sup>34</sup> PEDRO J. FRÍAS, *Coparticipación impositiva: asignatura pendiente*, “La Nación”, 9/2/1985.

—según Crosskey— para delimitar, *ab initio*, las competencias entre el Gobierno Nacional y los gobiernos estatales <sup>35</sup>.

Partiendo de la tesis de Crosskey, sostengo que los íntimos propósitos de los constituyentes de ambos países, expresados parcialmente en el Preámbulo respectivo, no eran iguales en cuanto a la estrategia y fines perseguidos. Por ello no resultan de aplicación automática ni necesaria las opiniones jurisprudenciales de Estados Unidos en el campo que examinamos.

En Estados Unidos se partía de un Estado Confederativo, donde los integrantes eran Estados que se consideraban soberanos y para los cuales debió extremarse la argumentación que los encasillara dentro de la órbita nacional. Se buscaba allí una “Unión más perfecta” que el débil lazo confederativo. La dirección tenía que transitar un sendero de crecientes poderes nacionales, que estructurara el Estado que se creaba con carácter de soberano, condición ésta inexistente en la Confederación que desaparecía.

Esa dirección no podía explicitarse con claridad por los constituyentes de Filadelfia, que preveían las tumultuosas asambleas estatales, plenas de tozudo y prevenido espíritu local. Los autores de “El Federalista” tuvieron que suavizar y hasta esconder sutilmente las implicancias del Estado Central que ofrecían, quizás hasta con pensamientos no uniformes, como lo prueban los caminos divergentes que posteriormente toman, por ejemplo, Hamilton y Madison. Había que pasar de la soberanía a la autonomía, o, como lo explicitó el Preámbulo de la Constitución, a *Formar una unión más perfecta*.

En nuestro país partimos de una historia diferente. Lo vieron los hombres de la generación de 1837, con Echeverría, Alberdi, Gutiérrez, Sarmiento y Mitre, entre otros. Hijos de la Universidad rivadaviana, pidieron sin embargo a sus padres que acallaran sus discordias, postulando una fusión de tendencias. Admitieron nuestras raíces históricas unitarias y, a la vez, la impronta federal sobrevenida, imposible de ig-

<sup>35</sup> JORGE A. AJA ESPIL, ob. cit., pág. 179 y ss.

norar ante una realidad fáctica que había frustrado los intentos constitucionales de 1819 y 1826. Alberdi, el doctrinario de la Constitución, nos habla así del Gobierno mixto, que encierra ese resguardo federal mínimo a partir del cual pudieran prevenirse las anteriores experiencias unitarias. El artículo 104 de la Constitución debe interpretarse con tales designios, cuando afirma, con énfasis definitorio y no malversable: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Lo quiere así también nuestro Preámbulo, que invoca a los pactos preexistentes como la fuente de legitimidad que origina nuestro régimen federal, instaurado por las Provincias a través de la Constitución. A diferencia de los Estados Unidos, ante la lección de nuestros frustrados intentos unitarios, quisieron los constituyentes argentinos prevenir un retorno a su predominio, creando *esferas provinciales inaccesibles al avance del poder central y a cualquier interpretación que lo postule*.

En Estados Unidos se partió de una real Confederación, con Estados verdaderamente independientes y soberanos, sin la existencia de un Estado nacional anterior. Había que fortificar allí la senda hacia una unidad creciente. En nuestro país se partió por el contrario de la unidad nacional, que se mantuvo en el espíritu y en las proclamas de los pueblos aun bajo la anarquía o la confederación, como una meta natural y obligada<sup>36</sup>. Lo que había que fortificar aquí, por el contrario, admitida naturalmente la previa unidad histórica, era la senda hacia una evolucionada realidad fe-

<sup>36</sup> Prueba de la unidad nacional admitida incluso en dichos períodos es, por ejemplo, lo que expresa la Constitución de la República del Tucumán de 1820, cuando al referirse al Poder Ejecutivo impone, en el juramento a cumplir por el Presidente Supremo, la siguiente frase: "...conservaré la integridad e independencia de la Provincia por ahora, y en lo sucesivo, bajo la forma de Gobierno que prescriba la Nación y no reservaré sacrificio alguno para cooperar al sostén de la libertad, integridad e independencia del territorio de la unión". "Constitución de la República del Tucumán. Año 1820". Reimpresión facsimilar con introducción y notas de Ernesto H. Celesia, Buenos Aires, Julio Suárez - Editor, 1930.



derativa, como lo quisieron los pactos preexistentes que invoca el Preámbulo de la Constitución.

Sostengo, por lo tanto, que el avance jurisprudencial y doctrinario del centralismo estadounidense no debe interpretarse como aplicable automática o totalmente a nuestro caso. Coincido en esto con la valiosa opinión de un reputado constitucionalista, el Profesor Jorge Reinaldo Vanossi, quien afirma que "el origen diverso de ambos federalismos es la causa que explica muchas de las diferencias que existen entre ambos regímenes; razón por la cual en los casos de diferencias tienen valor muy relativo los precedentes norteamericanos con respecto a su aplicabilidad en nuestro medio" <sup>37</sup>.

En este orden de ideas, prosiguiendo con las comparaciones entre ambos países, cabe agregar que en el doble juego de las tendencias o fuerzas cuatrípetas y centrífugas que actúan en todo país <sup>38</sup>, las primeras fueron explicables en los Estados Unidos, por las razones que expusimos. Las fuerzas centrípetas debían actuar con mayor fuerza allí para romper la costumbre, que era incluso convicción leal en muchos, de la existencia de Estados verdaderamente soberanos. Se necesitó esperar algunos años para que los jueces establecieran la supremacía nacional y encasillaran a las partes componentes en su rol de simple autonomía. Se necesitó lo que se denominó "el sello de Marshall que hizo irresistibles sus opiniones al combinarse con lo que Edward S. Corwin ha llamado su 'instinto de tigre por la yugular', su rigurosa búsqueda de las consecuencias lógicas, su facilidad para plantear-resolver un caso, la ironía de su cuidado lenguaje, la energía y el equilibrio de su estilo y el desarrollo in crescendo de su línea argumental" <sup>39</sup>.

En la República Argentina, en cambio, una interpretación dinámica de nuestras instituciones, acorde con nuestra

<sup>37</sup> JORGE REINALDO VANOSSI, *La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*, en *Revista Jurídica de San Isidro*, diciembre de 1976.

<sup>38</sup> Véase SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, t. 7, pág. 290.

<sup>39</sup> BERNARD SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la Historia Norteamericana*, Editorial Cívitas S.A., pág. 28.

historia e intereses, debe contrarrestar hoy aquella tendencia centrípeta, adoptando la tendencia inversa en favor de *una refederalización*, conforme al espíritu verdadero de los constituyentes de 1853, acentuado en su vocación federal por los de 1860, con Buenos Aires ejerciendo entonces su poder constituyente originario. Así se preservarán facultades no delegadas por las Provincias, reconociendo a éstas, conforme a la competencia residual que les corresponde, los poderes que a su vez necesitan para desarrollar con lozanía y vigor su cometido.

Se podría argüir, en contra de lo expresado, que en los Estados Unidos, no obstante su estirpe confederativa y su recio cuño federal posterior, el centralismo avanzó más allá de lo previsto por los constituyentes, lo que justificaría un proceso similar en nuestro país. La respuesta negativa no es difícil. Como bien lo recordara aquí Natalio Botana en su magistral exposición sobre la Constitución de los Estados Unidos<sup>40</sup>, el federalismo acordado encerraba un tremendo problema, evidenciando una inaceptable diferencia entre los Estados en materia de esclavitud, que debió resolverse por las armas. El criterio transaccional que en esta y otras materias existió entre los constituyentes, justifica a mi juicio que ciertos pensamientos no se explicitaran, dejando el camino abierto a los hechos. Circunstancias posteriores justificaron también allí el avance del centralismo. Aparte de los problemas locales, que adquirieron en la época de la gran depresión tonalidades que excedían el marco nacional, es evidente que el destino de los Estados Unidos estuvo y está comprometido con el mundo exterior, con dimensiones y por ende urgencias no igualadas. Un país que participó decisivamente en dos guerras mundiales y en la desgastante de Corea, que contiene en la conquista del espacio, que fue pionero en la reconstrucción de Europa y es referente ineludible en los problemas del mundo contemporáneo, nece-

<sup>40</sup> NATALIO BOTANA, *La Constitución de los Estados Unidos y la filosofía política de su tiempo*, Conferencia pronunciada en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales el 19 de agosto de 1987.

sita el resguardo de los recursos y poderes del Gobierno central que debe pilotear esos trabajos de Hércules. Pero al mismo tiempo, las funciones y recursos de sus Estados mantienen su variado campo de acción, con prósperos ingresos y hasta con importantes subsidios del Gobierno Federal. Los municipios mismos, que admiró Tocqueville, siguen con su dinámica vida propia<sup>41</sup>. Estados Unidos no es preponderantemente una gran cabeza de poder político y económico, sino un conjunto de Estados y comunidades que mantienen con orgullo sus derechos y exhiben su pujante vida propia.

Frente a ello, cabe preguntarse en qué medida ha beneficiado a nuestro país el avance centralista. Creo que huelga la respuesta, que sólo podría indicarnos lo conveniente de una reversión de la tendencia. No tenemos las responsabilidades mundiales de los Estados Unidos antes señaladas. Nuestra gravitación deberá volver a ser ética, con el ejemplo de un país políticamente estable, jurídicamente seguro y económicamente auspicioso, abriendo nuestros brazos para que retorne el aporte de "todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino".

Este federalismo lozano y actualizado que se postula no tiene anacrónica nostalgia folklórica. Es una respuesta lúcida, armónica y dinámica, en el tiempo de la energía atómica, de los recursos multiplicados y de las comunicaciones que vencen el aislamiento y el atraso. Es el reclamo del sufrido habitante del interior, que exige participar en la solución de sus problemas, que no sufren ni conocen burócratas siempre enquistados, distantes e insensibles al reclamo de las comunidades afectadas.

Señores: en este examen sobre el federalismo norteamericano, comparado con el nuestro, no debemos sin embargo ceder al pesimismo. Pedro J. Frías, un reconocido

<sup>41</sup> Puede consultarse el interesante estudio de DEIL S. WRIGHT, *Del federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local*, en Revista de Estudios Políticos, Madrid, Nº 6, Nueva Época, nov-dic. 1978.

especialista y entusiasta del tema, en reciente disertación nos decía que "hay buenos auspicios para la reconstrucción del federalismo, afirmando que la «desfederalización» ha tocado fondo y las tendencias se revierten"<sup>42</sup>. Confío en que sea así, para que podamos festejar la lozana vigencia del federalismo en la Argentina con el mismo provecho y legítima satisfacción con el que hoy los norteamericanos celebran su bicentenario. Confío en este logro, que exige el esfuerzo solidario de todos en favor del derrotero que soñaron los constructores del país. De ese país federal que soñamos nosotros mismos, ligado al bienestar de nuestro pueblo y al destino señero de la Nación.

<sup>42</sup> PEDRO J. FRÍAS, *El bicentenario de la Constitución americana y el constitucionalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de "Anales", año XXXI, segunda época, número 24.

LA RACIONALIZACIÓN MORAL  
DE LA POLÍTICA

*Por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana*



“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 Buckle 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”<sup>1</sup>.

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”<sup>2</sup>.

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”<sup>3</sup>.

La política es bifronte: si es ciencia también es arte. En general, la distinción entre la ciencia y el arte políticos hace

<sup>1</sup> SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 3ª ed., Bs. As., 1976, t. I, p. 19.

<sup>2</sup> BERNARDO MONTEAGUDO, *Discurso preliminar*, prospecto de “El Independiente”, Buenos Aires, 1815.

<sup>3</sup> DAVID EASTON, *The political system*, New York, 1953, p. 3.

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 otra 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"<sup>4</sup>.

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 factor humano es capital en la ciencia política, porque el hombre es el elemento básico como actor, investigador, líder, gobernante y gobernado, en

<sup>4</sup> RAYMOND ARON, Introducción a Max Weber, *El político y el científico*, Madrid, 1969, pp. 29-30.



la convivencia”<sup>5</sup>. 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”<sup>6</sup>.

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

<sup>5</sup> PABLO LUCAS VERDÚ, *Principios de ciencia política*, Madrid, p. 132.

<sup>6</sup> GASTON BOUTHOU, *Sociologie de la politique*, París, 1965, p. 49.

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 cara está vuelta al hombre concreto y real, situado en medio de unas circunstancias punzantes y perentorias que no pueden pasarse por alto”<sup>7</sup>.

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”<sup>8</sup>. Y en su *Moral o 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”<sup>9</sup>.

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

<sup>7</sup> LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, *La prudencia política*, Madrid, 1946, p. 55.

<sup>8</sup> ARISTÓTELES, *Política, Obras completas*, Buenos Aires, t. I, libro III, cap. II, p. 601.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco, Obras completas*, t. I, libro VI, cap. VI, p. 173.

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 sólido 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 manda y gobierna sin despreciar nada de lo que puede contribuir a la prosperidad del Estado”<sup>10</sup>.

Max Weber opinaba que “son tres las cualidades decisivamente importantes para el político: *pasión, sentido de la responsabilidad y mesura*. *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 se necesita —y esta es la cualidad psicológica decisiva para el político— *mesura*, 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,

<sup>10</sup> PLATÓN, *El político o del reinado, Obras completas*, Buenos Aires, 1946, t. II, pp. 645-734.

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”<sup>11</sup>.

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 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”<sup>12</sup>.

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 mesura. 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

<sup>11</sup> MAX WEBER, *El político y el científico*, pp. 153-154.

<sup>12</sup> GREGORIO MARAÑÓN, *Tiempo viejo y tiempo nuevo*, Buenos Aires, 1942, p. 26.

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”<sup>13</sup>.

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 sacrificar goces y beneficios, salud y riquezas al servicio de los fines 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

13 MAX WEBER, *El político y el científico*, pp. 178-179.

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”<sup>14</sup>.

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”<sup>15</sup>.

La cuestión de saber cuáles 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 en un mal fin— es el *técnico*

<sup>14</sup> LUIS SANCHEZ AGESTA, *Política y derecho*, pp. 59-60.

<sup>15</sup> JACQUES MARITAIN, *El hombre y el Estado*, p. 69.

o *artístico*. El más fatigoso —pero constructivo y progresivo— es el *moral*". Y en un luminoso desarrollo del tema, explica Maritain que en el alborar de la ciencia e 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 humanos 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 vastas 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" <sup>16</sup>.

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

<sup>16</sup> JACQUES MARITAIN, *El hombre y el Estado*, pp. 71-76.

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 Nobel 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 carece de valor. Por consiguiente, la moral cívica y la moral individual son igualmente necesarias en un mundo encomiable" <sup>17</sup>.

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; porque en la realización de su pensamiento está vinculado el progreso y la completa emancipación de la patria. Si como hombres públicos, pues, o como ciudadanos desertáis de la bandera de Mayo, traicionaréis la patria. Si como hombres públicos o como ciudadanos no abogáis ni trabajáis por la democracia de Mayo, traicionaréis la patria. Si sacrificáis sus intereses, o su honor o su libertad a vuestra ambición egoísta, traicionaréis la patria. Y traicionando 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,

17 BERTRAND RUSSELL, *Autoridad e individuo*, p. 123.



y responsables ante Dios y la patria". Y el lustre 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"<sup>18</sup>.

Por su parte, José Manuel Estrada, desde su cátedra famosa, sostenía que existe una soberanía superior a todas las que se han disputado 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 aptitud 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 democracia, 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 pueden 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 ver-

<sup>18</sup> ESTEBAN ECHEVERRÍA, *Manual de enseñanza moral*, pp. 61 y 85.

dad la afirmación de 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, aspiren a habilitarse para las austeras funciones cívicas de la democracia”<sup>19</sup>.

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*”<sup>20</sup>.

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.

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 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”<sup>21</sup>.

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.

19 JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Obras completas*, t. 9, p. 73.

20 DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, *Educación popular*, p. 22; AUGUSTO BELIN SARMIENTO, *Sarmiento anecdótico*, p. 112.

21 BARTOLOMÉ MITRE, *Arengas*, p. 507.

**DOS CRISIS CONSTITUCIONALES  
1930 Y 1955**

*por el académico Dr. Jorge M. Mayer*



## P R E F A C I O

La vida institucional argentina ha sido a menudo turbulenta y a veces errática. Los breves períodos de buenos gobiernos fueron un rayo de sol entre las nubes. Las administraciones de los Generales Pueyrredón, Martín Rodríguez, Las Heras y Urquiza y luego del General Roca, Pellegrini, Alvear y del General Justo en estos años, aunque debieron afrontar conjuras y alborotos de distinto tono, avanzaron por el buen camino del orden, de la paz y de la cultura.

El clima cambió a principios de este siglo, con la llegada de sucesivas olas de inmigrantes, que transmutaron abruptamente la textura de la sociedad y causaron ásperos desajustes. Fue desde su inicio, una sociedad en constante cambio por obra de los injertos y luego de la revolución industrial, que conmovió a todo el mundo de Occidente.

Los reclamos de algunos neófitos ofuscados por las doctrinas sansimonianas y anarquistas, se volvieron más ríspidos y no muestran señales de apaciguarse en estos días.

Afortunadamente, mucho han aprendido los pueblos, con las dolorosas experiencias de los años de la postguerra y las ilusiones perdidas. Así advirtieron que los esfuerzos privados y la capacidad técnica brindan un mayor bienestar que el estatismo y los monopolios oficiales, porque las iniciativas personales y la inteligencia son superiores al peso de los números y al parasitismo burocrático. Más fuerzas han aportado a los recursos humanos el ingenio de James Watt y de Enrico Fermi, que el empuje de millones de coolis extenuados.

Desconcierta ver por un lado cómo los países europeos antes divididos por odios milenarios, se unen con objetivos comunes y por otro lado como la Argentina se debate en las arenas movedizas de las rencillas aldeanas y de los planes económicos, que han sido abandonados hace mucho tiempo en otros países por inútiles.

Se ha dicho que las grandes doctrinas intelectuales adelantadas en Francia llegaban, en el siglo pasado, al Río de la Plata con un atraso de 5 años y hoy puede afirmarse que las doctrinas económicas a pesar de la televisión y de los satélites, se aclimatan con un atraso de 10 años, después que el estancamiento y la pobreza han impuesto una obligada corrección.

Sin embargo es notable cómo en estos procesos, nuestras instituciones, en primer término la Constitución y el Código Civil, que son las balizas de la vida ciudadana, han resistido a los más huracanados embates y han sobrevivido, luego de luctuosos eclipses. Así se ha comprobado que en el largo y erizado camino de los años, sólo la libertad y la seguridad alientan el sano adelanto espiritual y económico y su cercenamiento conlleva fatalmente, días más o menos, la opresión, la parálisis y la escasez.

Puede afirmarse con énfasis que nuestras tribulaciones no se deben al régimen institucional, sino a las falencias de orden económico, a veces a infantiles errores de aritmética, que forman un capítulo agraz y distinto. Hoy más que nunca la Constitución es la tabla de unión de los pueblos y la mejor prenda de paz y progreso para el futuro.

La correlación entre las ideas, los medios de producción y las características de los gobernantes, es persistente y por eso se dice que los pueblos tienen los gobiernos que se merecen o a lo menos los que se derivan de su estado espiritual.

Los vientos que influyen sobre el curso engréido y tormentoso de los sucesos son varios. El primero es ideológico, las ideas, Fe o Quimeras, que orientan la vida de los pueblos y dan tono al medio social. Cogollo de las convulsiones, fascinan a los Profetas y arrastran las multitudes hacia nue-

vas utopías. Aún en esta época de espíritus estragados, la Fe y hasta las doctrinas más falaces transportan las montañas.

Los factores económicos a pesar de su insistente peso, se basan necesariamente en una interpretación intelectual y su orientación depende de la forma en que vastos sectores aprecian sus necesidades y la mejor forma de satisfacerlas.

Aparecen uno después del otro los mitos que sirven de consuelo y de esperanzas, el Rey padre sagrado y omnipotente, que sucumbió ante la figura ominosa de Fernando VII, la Independencia que vislumbró la América como un poético vergel, libre de tiranías y de tributos, la Constitución que prometía la pacificación del país y convertir a sus díscolos habitantes en ciudadanos suizos, el Progreso que anunciaba la felicidad eterna con los ferrocarriles y la luz eléctrica, el sufragio universal que descubrió la sabiduría en el fondo de las urnas, la justicia social que prometió viviendas, buenos sueldos y jubilaciones para todos y actualmente la anunciada eficiencia burocrática que augura el buen funcionamiento de los servicios públicos, la supresión de los cortes de luz, de las huelgas y hasta de las inundaciones.

Estos mitos se entrecruzan con el paso de las generaciones, que se suceden en un curso irrefrenable y todo cambia en pocas décadas, para bien o para mal. Chateaubriand enseñaba que el lapso de cada generación era de 33 años, la edad de Cristo, Sainte Beuve redujo esas cifras a 19 años, en cuyo plazo desaparecen los presidentes y los ministros, los legisladores y los adalides de las banderías locales, con sus estridentes proclamas.

Los gobernantes caen a menudo en la ilusión de suponer que sus regímenes y sus doctrinas son eternos, olvidan que por el imperio de una humillante ley biológica, todo en esta tierra es pasajero. Hace poco Maurice Druon al estudiar el ritmo histórico de los gobiernos, indicaba que su parábola no pasa de los 12 años, breve como el brillo de una luciérnaga en la noche.

Al problema generacional se agrega el problema de las arterias, el colesterol ha hecho más víctimas que las balas y es la más segura defensa, que no adivinó Montesquieu, con-

tra los gobernantes iluminados, no hay mal que dure cien años.

El Estado cruje además, por el deslizamiento de anchos sectores, que se alzan y se desploman, como las avalanchas cordilleranas y anegan los marcos institucionales. Así se ha pasado del régimen de los funcionarios coloniales desidiosos y venales y de los contrabandistas elogiados precursores de la economía de mercado, al de los saladeristas y los tenderos que impulsaron una incipiente vida económica en un país desierto, al de las toderías y de los caudillos ariscos que impusieron con sus lanzas las formas federales, al de los militares y los intelectuales de Mayo que trazaron las fronteras y dieron forma a las instituciones, al de los hijos de los inmigrantes que sembraron los campos y difundieron las carreras liberales y al de las organizaciones obreras que reclaman mejores condiciones de vida.

Son otras tantas Argentinas que aparecen sucesivamente en un arbolado calidoscopio. Las imágenes son nítidas y divergentes, los labradores y los soldados, los Paladines y los Heresiarcas, de enfáticas posturas o ensangrentadas sombras se entremezclan, movidos por incitantes mitos, marcan en cada etapa un rumbo distinto y componen una sinfonía fugaz e inconclusa.

El proceso fue dramático, víctimas excelsas orlan el camino de la organización nacional, la afirmación de los valores de la vida cívica, del progreso intelectual y material.

Los espectros de Satán, la mueca de Caín, el atraso y la vesanía levantan sus hachas de fuego. Pero hay en la historia afinidades lejanas, Marco Avellaneda inmolido en 1841, Florencio Varela en 1848, el General Aramburu en 1970, mágicamente unidos por su devoción hacia la Patria y la Libertad, son los heraldos imperecederos que iluminan el escarpado paso de la barbarie a la civilización.

En un país aluvional, donde convergen las corrientes más peregrinas con una gran movilidad económica y social, los efectos son confusos, los desequilibrios pronunciados y las consecuencias inciertas.

Ante ese panorama, el rol esencial de las instituciones,



es canalizar su curso encrespado para mantener el orden y garantizar el trabajo fecundo de los pueblos y de ahí la importancia de su estabilidad. La historia es una memoriosa catequista que nos muestra cómo la naturaleza de los hombres es siempre igual y que los errores de nuestros días son los mismos errores de ayer y cómo sus decisiones se deben muchas veces más a fetichismos o a motivos sentimentales que a las reglas de una inescapable experiencia.

Naturalmente que no hay instituciones perfectas para hombres imperfectos, si las hubiere, todos los problemas de la convivencia estarían resueltos. La clave del éxito consiste en la cordura y en la tolerancia, en los grandes objetivos de bienestar y en la adaptación de los cuadros legales al ritmo de los cambios sociales, sin demoras ni precipitaciones.

Empobrecida y atribulada por los problemas que la aprisionan, ¿ha perdido hoy la Argentina su antiguo élan vital?

Debe recordarse que todavía se cae en el error de dar más importancia a las cifras zigzagueantes de la exportación del girasol, que al cultivo de las disciplinas científicas, como muestra el estado afligente de nuestra pobre Biblioteca Nacional. La cultura de un país puede estimarse por el número de lectores que concurren a sus bibliotecas. Y nuestro futuro depende de la cultura.

La tarea de enderezamiento, que los tiempos actuales exigen, es ingrata y difícil y las únicas fórmulas, que pueden extraernos del actual marasmo son el estudio, el trabajo y la severa precisión de los juicios.

Por eso es necesario analizar objetivamente, el origen de las grandes crisis institucionales más cercanas, como fueron las crisis de 1930 y de 1955, a la manera de un examen clínico, para desentrañar las causas que las engendraron y elegir las medidas más eficaces con el fin de alcanzar la paz y el bienestar de estos pueblos en los años venideros.



## I

### LOS ORÍGENES

I. Las Fuentes. — II. La Colonia. — III. Las guerras civiles. — IV. Los avatares constitucionales. — V. El roquismo. — VI. El 90. — VII. La vocación agropecuaria. — VIII. Nuevos conflictos. — IX. La inmigración. — X. Las nuevas corrientes. — XI. El régimen electoral. — XII. El saldo del 80.

I. — El país ha padecido en los últimos decenios un proceso de golpes de Estado y revueltas, que se habían creído superados, por los clarines del Centenario.

Ese clima de inseguridad endémica ha perturbado profundamente la vida de los ciudadanos, ha detenido los adelantos y ha deteriorado su posición internacional, precipitándolo a partir del año 1943 por una alucinada pendiente.

Las grietas son visibles, los principios básicos de la vida cívica son cuestionados, las disciplinas culturales parecen zozobrar en la chatura y en el mercantilismo, el clima universitario se halla dividido por los cismas feudales y no logra ofrecer un porvenir alentador a la juventud que sale de sus aulas, la población se debate entre la inflación, la falta de trabajo y en algunos sectores las privaciones, los valores religiosos y morales son impugnados en nombre de una supuesta liberación y millares de argentinos abandonan los puertos de la antigua Tierra de Promisión.

Sarmiento ofrecía como la clave de los conflictos, la lucha de la civilización contra la barbarie, barbarie que aún subsiste con sus rasgos más censurables, en algunos sectores. Alberdi en cambio denunciaba que la causa desintegrante era la porfiada lucha, entre el monopolio comercial y

financiero de la Capital, con las sencillas economías de las provincias del interior y todavía algunos hacendistas porteños las consideran como “los trece miserables ranchos” pediguéñas y molestas.

Pero el mal es más hondo, se encuentra en los genes, en la complejidad de las corrientes que se volcaron en sus ásperas planicies y en las falencias de la educación colonial<sup>1</sup>.

Si la ocupación de la América del Norte fue la tarea de colonos dedicados a cultivar las tierras y a leer la Biblia, la ocupación de la América Meridional fue el botín de unas bandas de forajidos, empeñados en despojar a los indígenas de sus bienes y en desenterrar los fabulosos yacimientos de plata y esmeraldas<sup>2</sup>.

El clamor de la conquista y el número de víctimas fue aterrador, mitología aparte, los famosos conquistadores Cortés, Pizarro, Almagro y sus cómplices, tomaron por asalto las pacíficas poblaciones, asesinaron, violaron, incendiaron con un desparpajo que avergonzaría a los actuales pistoleros<sup>3</sup>.

Si los enciclopedistas y sus discípulos difundieron, por celos comerciales, el espectro de la leyenda negra, la realidad fue negrísima.

La América “española” es una fábula inventada bastante después. Un genovés Cristóbal Colón la había descubierto. Los emperadores de la casa de los Austria Carlos V

<sup>1</sup> JOAQUÍN V. GONZALEZ, *El juicio del siglo*, 1913, 12.

<sup>2</sup> JOSÉ MARÍA RAMOS MEJÍA, *Las multitudes argentinas*, 1899, 45, 51.

<sup>3</sup> LAS CASAS, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, 36, 74, 93, el saqueo del continente y las matanzas “han muerto y despedazado totalmente grandes y diversas naciones, su fin último era el oro y encharcarse de riquezas en breves días y subir a estados muy altos y sin proporción con sus personas, como los otros tiranos han hecho hasta ahora porque les den oficios y cargos en que puedan robar”. Para Marmontel eran hombres perdidos, el desecho de la sociedad y la relación de sus asaltos y latrocinios escalofriante. La más completa relación fue hecha por GUILLAUME THOMAS RAYNAL (1713-1796) en su obra *Histoire philosophique et politique de l'établissement et du commerce des européens dans les deux Indes*, aparecido en 1770. En nuestra pobre Biblioteca Nacional sólo existe un ejemplar incompleto bajo el número 253.042 de la edición impresa en Ginebra en 1780, el tomo IV menciona el convenio verbal celebrado el 22 de enero de 1771 entre España y la Inglaterra por la cual ésta se comprometió a devolver las Islas Malvinas, 274; PAUL GROUSSAC, *Juan de Garay*, “Anales de la Biblioteca”, t. 10, XLIX; ENRIQUE DE GANDÍA, *El Clérigo conquistador Martín González, apóstol de la leyenda negra en el Paraguay*, “Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas”, tomo XV, 1986, 147.

y Felipe II de Habsburgo acaudillaron la conquista; los reyes de la casa francesa de los Borbones la organizaron; los portugueses Magallanes, Juan Díaz de Solís, Pedro Álvarez de Cabral; los italianos Américo Vespucio, Francisco Antonio Pigafetta, Sebastián Gaboto, Juan Pedro Vivaldi fueron sus primeros navegantes; Giácomo del Rico, Michael de Cuneo, Giovanni de Verrazano, Gianetto Berardi, Alejandro Malaspina, las casas bancarias de los Medicis, de los Wesler y Fugger, florentinos, genoveses y hanseáticos, sus empresarios y financistas.

El concepto de nación no existía y los españoles se resistían a viajar a América para cavar o arar, con el riesgo de ser devorados por los indios o los jejenes. Para alentar a los viajeros, el rey Fernando ordenó que se indultara a los condenados a muerte y a los ladrones que debían perder una mano, si se resignaban a emprender la travesía. Carlos V reclutaba a palos los nuevos pobladores en los puertos del Imperio de Amberes a Messina. En la sociedad colonial se entremezclaban las más distintas vetas: aventureros y desertores, condotieros, tahúres y rufianes, mozos de establo, soldados de la Guerra de los Treinta Años y de Flandes, marinos de La Rochelle y Alejandría, piratas ingleses, bucaneros franceses, traficantes portugueses, contrabandistas y negreros, brigantes y galeotos, misioneros, herejes, cristianos nuevos, mozárabes y sarracenos, troteras de las calles de Londres y Hamburgo "para poblar", la hez de todos los bohíos y tabernas del mundo <sup>4</sup>.

Las grandes empresas multinacionales, los Cinco Gremios Mayores de Madrid, las Compañías de Escaray, Guizpucoa, Caracas y las Filipinas, las Compañías de Indias inglesas y francesas del Senegal, de Canadá, de la Guayana y de los mares del Sud traficaban con telas, bayetas, fustanes, terciopelos, el lino, la lana y el algodón de Egipto, el vino y el aceite, el café, el arroz, el tabaco, el azúcar, el palo de Campeche, el añil, la pimienta, el cacao, la cochinilla, la quina,

<sup>4</sup> *Diario de Aguirre*, "Anales de la Biblioteca", t. IV, 1905, 177; LUCAS AYARRAGARAY, *La anarquía argentina y el caudillismo*, 1935, 222; COLMEIRO, *Historia de la economía política en España*, 1863, II, 49; JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *La ciudad indiana*, 1900, 80, 133; GROUSSAC, *Mendoza*, "Anales", t. 8, XLIX.

la plata de Potosí y de Méjico en tejas o en barras y con preferencia los esclavos negros.

Tulia Piñero en un encantador estudio sobre los tripulantes de los bergantines ha catalogado el extraordinario número de portugueses, napolitanos, genoveses, venecianos, ingleses, griegos, franceses, alemanes, flamencos, levantinos, árabes de Malaca, Rodas y Candía que se anotaban en los roles. Los maestros de las barcas se desesperaban porque los pilotos, marineros, grumetes y calafates no comprendían las órdenes <sup>5</sup>.

Los mismos españoles eran una mezcla híbrida de godos, marroquíes, fenicios y de todos los pueblos del Mediterráneo. Para los franceses, al sur de los Pirineos era África <sup>6</sup>.

La Audiencia en una carta al rey Felipe II le describía el arribo de los nuevos pobladores. "Es tanto el número que hay de extranjeros y se van aumentando con las venidas de las flotas y de los galeones, de manera que no hay ribera en todo el Reino que nos los haya, la mayor parte de ellos son portugueses o corsos y muchos griegos de Zantes, Corfú y de las costas de Eslavonia, sujetos de la República de Venecia y de Raguzza y algunos también de la isla de Gio y de otras sujetas al Turco" <sup>7</sup>.

Ese torrente inmenso, poliforme y colorido, se volcó tumultuosamente sobre las selvas americanas. No hubo en la historia un trasvasamiento tan grande y allí aparecen los genes de las futuras peripecias.

En 1680 la mayoría de la población de la ciudad de Buenos Aires era portuguesa y "sospechada en las cosas de nuestra Santa Fe". Sobre 16.000 habitantes sólo mil eran nacidos en España. Las paredes de las casas se blanqueaban a la usanza morisca y el pretal de los caballos llevaba impresa la medalluna <sup>8</sup>.

<sup>5</sup> TULIA PIÑERO, *Navegantes y maestros de bergantines en el Rio de la Plata, siglo XVII*, 1972; GROUSSAC, *Garay*, "Anales", t. 10, CCLXII, pocos de cepa y solar conocido.

<sup>6</sup> SARMIENTO, *Conflicto y armonía de las razas en América*, O. C., t. 37, 73; AYARRAGARAY, *La anarquía*, 23.

<sup>7</sup> VICENTE SIERRA, *Los jesuitas germanos en la conquista*, 1944, 34.

<sup>8</sup> *Viaje de un buque holandés*, "Anales de la Biblioteca", t. IV, 355; AYARRAGARAY, *La anarquía*, 222; EMILIO H. CONI, *El gaucho*, 1947, 348; LA-

Los ingleses a través del Asiento, los portugueses desde la Colonia y algunos sardos ocupaban poco a poco las más altas posiciones mercantiles y casaban con las hijas del país para afincarse.

En 1778 la población alcanzaba a 25.000 habitantes, 17.000 blancos, 700 mestizos, 3.900 esclavos negros y 500 indios, 700 negros, 700 mulatos y 260 pardos divididos en castas estrictamente clasificadas, que se debatían en la pobreza, el bajo pueblo andaba de galera y con los pies desnudos.

Los blancos se subdividían a su vez en europeos o chapetones, que formaban la casi totalidad de los empleados del Virreinato y los criollos, hijos de los primitivos pobladores blancos. Los primeros disfrutaban de los privilegios, los cargos administrativos y los monopolios comerciales, los segundos relegados a un plano inferior mascullaban el descontento<sup>9</sup>.

Entre los husos sociales y el viejo espíritu depredatorio, las normas de una tolerable conducta cívica eran ignoradas. Subsistía la influencia visigoda, el gobierno era el botín para explotar en provecho propio y repartirse las vacas, gracias a la falta de vigilancia y de comunicaciones. Los funcionarios reales sólo podían ejercer su autoridad hasta donde alcanzaban sus mosquetes.

La ley era despreciada por haber sido dictada por los Borbones, como un instrumento de explotación de los pueblos, los funcionarios eran aborrecidos por su venalidad<sup>10</sup>.

II. — Proseguían las guerras caníbales entre los mismos conquistadores. Carlos V concedió a Francisco Pizarro las tierras de Nueva Castilla y a don Diego de Almagro las de Nueva Toledo. Pronto los dos bandos, estrechos en los desiertos, disputaron por la posesión del Cuzco. Hernando Pi-

---

FUENTE MACHAIN, *Los portugueses en Buenos Aires*, 1931, 93; AYARRAGARAY, *Estudios históricos, políticos y literarios*, 1936; pulperos y tenderos, la pobreza de la sociedad colonial, 279, 293.

<sup>9</sup> RAMOS MEJÍA, *Las multitudes*, 205; AYARRAGARAY, 46, 50.

<sup>10</sup> GARCÍA, *La ciudad indiana*, 238.

zarro derrotó el 5 de abril de 1538 a don Diego de Almagro en la batalla de Salinas y le dio muerte por el garrote, eran los genes del maniqueísmo.

Su hijo Diego de Almagro, el Mozo, se levantó en Lima el 26 de julio de 1541 y acabó con Francisco Pizarro a cuchilladas; el enviado del rey, Cristóbal Vaca de Castro, venció a su vez a Almagro el 16 de septiembre de 1542 en la batalla de Chupas y le hizo decapitar en la plaza del Cuzco.

La rebelión de Gonzalo Pizarro en 1546, de Rodrigo de Contreras en Guatemala en 1549, de los hijos de Hernán Cortés en Méjico en 1564, de Guillermo Guzmán en 1569, de José de Antequera en el Paraguay en 1723, de Francisco de León en 1749, de José Gabriel Túpac Amaru en el Perú en 1780, de los Comuneros de Nueva Granada y del Socorro también en 1780, el levantamiento de La Paz en 1809 eran los síntomas de un proceso incontenible de descomposición y alboroto<sup>11</sup>.

La desidia de los funcionarios virreinales y las distancias fomentaban el espíritu de rebeldía y lo exasperaban los conflictos entre los intereses de las poblaciones que luchaban penosamente por su bienestar y los abusos de los recaudadores fiscales.

El pillaje y la explotación fueron dos vicios del régimen colonial. Virreyes, gobernadores y demás burócratas, viajaban a América movidos por las ansias de hacer fortuna en unos pocos años, gracias al monopolio, al cohecho o al contrabando y volver a España para llevar una vida de ocio y de ostentación<sup>11a</sup>.

Ciudad puerto, esta característica explica los antiguos estigmas de la Reina del Plata y sus actuales padecimientos, la población desacompañada y dividida, se hallaba impulsada a menudo por resortes disgregantes.

Uno de los abrumadores errores de la Colonia fue su organización burocrática. Cuando en el norte la colonización fue la obra de los pioneros, pastores y artesanos, que por iniciativa propia fecundaron con rebaños y sementeras

<sup>11</sup> BOLESLAO LEWIN, *La rebelión de Túpac Amaru*, 1957, 132.

<sup>11a</sup> ALBERDI, *E. P.*, t. 1, 100, 107.



los interminables desiertos, en el sud se entregó su explotación a los Virreyes, Adelantados y capitanes generales, gobernadores, intendentes, comisarios de la Real Hacienda quienes implantaron desde atrás de sus despachos un enorme aparato fiscal, al servicio de la Corona, entorpecieron con papeleos las iniciativas individuales y el progreso y marcaron indeleblemente, con sus reflejos, estos pueblos. Por eso nuestra administración es todavía intrínsecamente colonial, con la fascinación de los cargos públicos y el dirigismo económico y cultural.

Otra sombra fue la repulsión por el trabajo de las artesanías. Las blancas manos de los hidalgos no debían mancharse y miraban con desprecio las ocupaciones propias de gente menuda. Los herreros, carpinteros, sesteros, piedreros, lomilleros, talabarteros, imagineros, plateros, fabricantes de velas y jabones eran esclavos o extranjeros. El único trabajo tolerable era de a caballo, los grandes artículos de comercio eran el cuero, el tasajo, las sesinas y los hornos de ladrillos. Los tejidos ingleses de mejor calidad costaban la mitad de los gaditanos y el contrabando era el gran corrector económico y el factor de adelanto <sup>12</sup>.

El alarido de los salvajes y las vociferaciones de los monotoneros en las puertas de los poblados, los piratas en el río, un forzado individualismo templado por la soledad, dieron a sus habitantes el carácter bravío y levantisco.

La barroca sociedad colonial exhibía las tendencias que perdurarían a través de los años, el estado empresario y monopolista, el gusto por las carreras burocráticas que daban prestigio y en algunos casos ennoblecían, el gobierno y el arcabuz como medio de fortuna, el desprecio por el trabajo manual, la xenofobia dirigida inicialmente contra los funcionarios peninsulares, el favoritismo y la venalidad de los cargos <sup>13</sup>.

<sup>12</sup> HORACIO C. E. GIBERTI, *Historia de la economía argentina*, 1970, 26, 33; ALBERDI, *E. P.*, t. 1, 117.

<sup>13</sup> *Diario de Aguirre*, 176, 194; ECHEVERRÍA, *Antecedentes de la revolución*, O. C., t. V, 243; FÉLIX FRÍAS, *Asambleas Constituyentes*, t. IV, 917.

III. — Después de 1810 la carcomida armazón legal se derrumbó entre el polvo y los gobiernos pasaron a manos de los caudillos y de las lanzas. Cada hacendado con sus peones se erigió en un señor feudal de poderes omnímodos. Según Ramos Mejía dominaban las fuerzas ciegas que rampaban en las entrañas de la sociedad, desordenadas y agresivas y ocasionalmente paternas y generosas. La vida era de una simplicidad beduina, las mínimas condiciones de higiene eran desconocidas, sólo el 10 % de la población sabía leer. El caudillo, con mucho de hechicero, encabezaba las revueltas y los pueblos entre talas, algarrobos y cardos, vivían en el desamparo, la pobreza y la ignorancia, apenas la poligamia permitía la sobrevivencia de la tribu<sup>14</sup>.

Joaquín V. González atribuye los disturbios a las ambiciones de aventureros sin escrúpulos y a los odios de una sociedad sanguinaria y fratricida, que sin duda escondía en su interior la atávica abominación de los jenízaros hacia el infiel, la ley de la lanza y de la media luna<sup>15</sup>.

Esos eran los orígenes del futuro estado argentino y donde se encuentra la explicación de un curso tan accidentado y afligente.

El gobierno de Juan Manuel de Rosas “tiranía de barrio y substractum del candombe”, impuso a hierro y sangre el monopolio comercial de Buenos Aires sobre las provincias, escindió el país y detuvo el progreso por veinte años<sup>16</sup>.

Echeverría ha dejado un penoso cuadro del drama en que se debatían los pueblos, en unas llanuras abrasadas y paupérrimas. “Si bajamos de la clase que se llama ilustrada al

<sup>14</sup> AYARRAGARAY, *La anarquía*, 98; RAMOS MEJÍA, *Las multitudes*, 48.

<sup>15</sup> GONZÁLEZ, *El juicio del siglo*, 91, 99; VICTORINO DE LA PLAZA, *Estudio de la situación política, económica y constitucional de la República Argentina*, 1903, 9, un libro olvidado, escrito por uno de los actores más lúcidos de la época, que merece releerse, donde se denuncia una sociedad en estado de contradicción. Efectivamente las sucesivas divisiones entre realistas y patriotas, porteños y provincianos, unitarios y federales, crudos y cocidos, partidarios del régimen y de la causa, criollos y gringos, se prolongan en las dicotomías políticas de estos años, como si cada sector necesitara encontrar un opositor para descargar sus frustraciones. Pero es curioso que la división social sea casi siempre por dos y no por tres o cuatro, al parecer porque las pasiones sociales, por la simplicidad de sus reacciones no podían imaginar un mayor número de variantes.

<sup>16</sup> RAMOS MEJÍA, *Las multitudes*, 269.

pueblo, a las masas, qué encontramos, la ignorancia infinita, sin ningún medio de salir de ella; ninguna noción de derechos y deberes sociales, ni de Patria, ni de soberanía, ni de libertad; buena índole, pero costumbres depravadas por la anarquía. El pobre pueblo ha sufrido todas las fatigas y trabajos de la Revolución, todos los desastres y miserias de la guerra civil y nada, absolutamente nada, han hecho nuestros gobiernos y nuestros sabios por su bienestar y educación. ¿Cuándo nuestros gobiernos, nuestros legisladores se han acordado del pueblo, de los pobres? ¿Cuándo han echado una mirada compasiva a sus miserias, a sus necesidades, a su ignorancia, a sus industrias? Nada, absolutamente nada han hecho por él y antes al contrario, parecen haberse propuesto tratarlo como a un enjambre de ilotas. Los habitantes de nuestra campaña han sido robados, saqueados, se los ha hecho matar por millares en la guerra civil” 17.

La revolución de 1810 dio una filosofía y una bandera mágica a los sectores más altos. Imbuidos por el iluminismo y las divagaciones de Rousseau, creyeron que sería sencillo echar a los burócratas coloniales, organizar racionalmente estas comarcas y librarlas de los monopolios y de los abusos fiscales, que tanto pesaban sobre su vida cotidiana, sin advertir que volverían a aparecer aún peores con el correr de los años.

En la América del Norte los colonos huían del Estado y de los funcionarios, en cambio en la América del Sud, se los educó para depender del Estado, esperar todo de los funcionarios.

Se iniciaba en Europa una grávida revolución técnica, que repercutiría en los estados americanos. El viejo concepto español de acumulación de metales preciosos, que tanto daño causó a las Américas, fue desplazado por las ventajas de una mayor producción, cosechas, rebaños y máquinas.

Se ha dicho que la igualdad entre las poblaciones no fue impuesta por los vanidosos revolucionarios de 1789, sino por los señores Smith y Wetson.

17 ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, 1940, 163, 202, 273.

La industria metalúrgica armó las primeras cardadoras, demostradoras, bombas y turbinas de agua que fecundarían las pampas.

IV. — Gracias al General Urquiza y a la prédica de los jóvenes de la Asociación de Mayo, el país pudo librarse en Caseros de una tiranía estólida y adoptó la Constitución de 1853, que le brindó un marco legal consagratorio, se disipaban las nubes y aparecía el camino del sol y de las esperanzas.

Esta primera etapa comprendió los trabajos para afianzar las instituciones, asegurar el orden en los doloridos campos de la Confederación, aliviar las penurias, conjugar las corrientes contrapuestas de provincianos y porteños, tenderos y saladeristas y fortalecer el país.

Desgraciadamente ese programa quedó incompleto por la sedición de la Provincia de Buenos Aires, que se resistió tercamente a desprenderse de los derechos de la Aduana. Pero las corrientes internas de una sociedad que anhelaba un gobierno capaz y de orden prevaleció con los años. Después de la trágica presidencia del general Mitre, la cruzada pedagógica de Sarmiento y la ecuanimidad de Avellaneda abrieron la puerta a los adelantos.

Surgieron nuevos acontecimientos que influyeron en las instituciones, la Revolución Francesa de 1848 y el aparatoso Imperio de Napoleón III. Las calderas a vapor y los inventos mecánicos, más trascendentes que los políticos, eliminaron las distancias y los desiertos y cambiaron el escenario patrio. En 1806 se instaló en Manchester el primer telar movido a vapor y en 1823 llegaron a 10.000.

Los gobiernos se sucedían entre los sobresaltos y las asonadas. Las rencillas entre los sectores políticos en un país indisciplinado, eran congénitas. Los levantamientos del general Ángel Vicente Peñaloza y Felipe Varela fueron ejemplos característicos. Refiere Nicasio Oroño que entre los años 1862 y 1868 ocurrieron 117 revoluciones y murieron 4.728 ciudadanos en 91 combates<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> ROMERO CARRANZA, RODRÍGUEZ VARELA y FLORES PIRÁN, *Historia política de la Argentina de 1862 a 1928*, 1975, 43.

Los indios pampas y ranqueles y los blancos prófugos, desertores y criminales hechos a la vida haragana y brutal de las tolderías, con sus mancebas, aguardiente, yerba y tabaco, buenos caballos y espuelas de plata merodeaban sobre la frontera esperando la oportunidad de lanzarse al pillaje de las poblaciones.

El 11 de abril de 1870 estalló en la Provincia de Entre Ríos el alzamiento del General Ricardo López Jordán y el General Urquiza fue asesinado. El 3 de agosto el General Eduardo Racedo derrotó a las partidas jordanistas en Villa Urquiza, el 11 de septiembre el General Nicolás Levalle venció a otro ejército de López Jordán y el Comandante Julio A. Roca dispersó a las últimas partidas en la batalla de Naembé el 2 de agosto de 1871 <sup>19</sup>.

Crepitaban los tumultos, el General Mitre se alzó el 21 de septiembre de 1874 contra la presidencia de Nicolás Avellaneda, un provinciano. El General José Miguel Arredondo depuso en Mendoza al Gobernador Emilio Civit el 29 de octubre de 1874. El Coronel José Inocencio Arias, con 800 hombres derrotó al General Mitre al frente de un ejército de 9.000 hombres en La Verde el 26 de noviembre de 1874 y el Coronel Julio A. Roca, derrotó al General Arredondo, en Santa Rosa, el 7 de diciembre de 1874 <sup>20</sup>.

Desde 1876 la Campaña del Desierto conducida por el General Roca y los Coroneles Eduardo Racedo, Lorenzo Winter, Arturo Donovan, Nicolás Levalle y Conrado Villegas barrió las maloqueadas y ofreció los campos de la Patagonia a la civilización y los cultivos <sup>21</sup>.

El Coronel Levalle lanzaba su legendaria proclama: "Camaradas de la División del Sur, no tenemos yerba, no tenemos tabaco, no tenemos pan, ni ropa ni recursos, en fin

<sup>19</sup> LUIS H. SOMMARIVA, *Historia de las intervenciones federales*, 1929, t. I, 412; t. II, 86.

<sup>20</sup> LORENZO DEL MÁRMOL, *Noticias y documentos sobre la revolución de septiembre de 1874*, 1876; SOMMARIVA, *Historia*, t. I, 486; ROMERO CARRANZA, RODRÍGUEZ VARELA y FLORES PIRÁN *Historia*, 222.

<sup>21</sup> ESTANISLAO ZEBALLOS, *La conquista de quince mil leguas*, 1958; RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, 1941, t. II, 459, fue la única empresa de expansión del gobierno nacional en toda la historia; JUAN CARLOS WALTHER, *La conquista del desierto*, 1947, t. II, 445.

estamos en la última miseria, pero tenemos deberes que cumplir”.

El 23 de diciembre de 1876 arribó a Buenos Aires el “Frigorifique”, un barco construido para transportar cargamentos de carnes conservadas por medio del frío, según el procedimiento del Ingeniero Tellier, que abrió un horizonte inesperado e inmenso a la ganadería, todo cambió.

El 2 de junio de 1880, ante una nueva sublevación del Puerto, el Presidente Nicolás Avellaneda, cercado por el Gobernador Tejedor, se retiró al pueblo de Belgrano y el ejército nacional conducido por los Generales Roca, Levalle y Racedo, derrotó a las fuerzas sediciosas en las batallas de Barracas y Puente Alsina el 20 y el 21 de junio.

V. — La llegada del General Roca y sus chinos al gobierno, a los 37 años de edad, marcó un cambio fundamental en la política del país. El gobierno pasó de las manos aldeanas de los porteños a las manos de los provincianos y comenzó a actuar otra generación de jóvenes poco conocidos, cultos y emprendedores, los porteños resentidos los llamaban “los mulatillos” de las provincias<sup>22</sup>.

El programa del gobierno se sintetizó en la fórmula “Paz y Administración”, entre los Ministros figuraban Bernardo de Irigoyen, Carlos Pellegrini, Victorino de la Plaza, Eduardo Wilde, Benjamín Paz, Francisco J. Ortiz y Santiago Cortinez.

Las locomotoras acabaron con el prestigio musulmán de los caballos, los rieles se extendieron de 2.138 a 6.142 kilómetros, se triplicó la longitud de los cables telegráficos, se construyeron diques, muelles, depósitos en los puertos, las obras de salubridad, las dársenas de Buenos Aires, se rescató el Chaco de los indios, en 1880 ingresaron 32.000 inmigrantes y en 1885 más de 182.000.

Se construyó el Palacio de Justicia, el Congreso, el Correo Central, el Departamento de Policía, el Teatro Colón y el Arsenal, todo el país estaba en movimiento.

<sup>22</sup> FERRARI y GALLO, 136; MARIANO DE VEDIA, *El General Roca y su época*, 962, 52, 61; MARCELO SANCHEZ SORONDO, *La Argentina por dentro*, 1987, 231, 249.

La ley 1.072 del 20 de octubre de 1880, prohibió, como indispensable precaución, a las provincias la formación de cuerpos militares. Cuando el analfabetismo afligía al 71 % de la población la ley 1.420 del 8 de julio de 1884, de Educación Común "obligatoria, gratuita y gradual conforme a los preceptos de la higiene", multiplicó las escuelas, pero bajo la influencia del anticlericalismo francés, entonces de moda, cometió el error de enervar los resortes morales al suprimir la enseñanza religiosa. El decreto 11.344 del 28 de julio de 1885, fundó el Consejo Nacional de Educación dirigido por Sarmiento y la población de las escuelas públicas pasó de 82.927 alumnos en 1871 a 180.768 en 1886 <sup>23</sup>.

El 31 de octubre de 1884 se dictó la ley 1.565 de Registro Civil y el 2 de noviembre de 1888 la ley 2.393 de Matrimonio Civil <sup>24</sup>.

El arado de hierro, el molino, el alambrado, el ferrocarril y el frigorífico transformaron los campos desiertos y hueraños y los convirtieron en estancias, cabañas y chacras bien pobladas, fue la gran revolución.

La electricidad, desde 1880 renovó la vida de las poblaciones, alargó los días, iluminó los claustros y las calles y concitó entusiastas ilusiones sobre sus virtudes, como una fuente ilimitada de energías.

Asomaba el petróleo como el invencible rival del carbón, se montaron en 1870 las primeras rotativas que dieron un brioso impulso a los periódicos y a la difusión de las noticias. Unos años después, en 1907 Bleriot cruzaba en un frágil aeroplano el Canal de la Mancha, signo de una nueva era.

Se instalaron molinos harineros y de yerba mate, fundidores, carroceros, torneros, armeros, ebanistas, fábricas de jabón blanco, de aceite, prensas hidráulicas, molinos de viento, lavaderos de lana, máquinas de hacer calzados y amolar velas, imprentas. Se abrieron frigoríficos en San Nicolás, Concepción, Avellaneda, Bahía Blanca.

En Las Palmas y La Plata, comenzó la elaboración de

<sup>23</sup> FERRARI y GALLO, 154.

<sup>24</sup> ROMERO CARRANZA, RODRÍGUEZ VARELA y FLORES PIRAN, *Historia*, 312.

las carnes chilled, pero fue necesario esperar hasta 1907 la llegada de los primeros tractores.

La pampa se dividía y alambraba, se cultivaban chacras y frutales, los malones se veían detenidos por unas barreras menudas e invisibles. En 1880 se importaron 13.440 toneladas de alambre, en 1887 unas 40.000 y en 1892 otras 42.500 <sup>25</sup>.

Los primeros pobladores fueron vascos, ingleses y suizos. Después llegaron los napolitanos de menor experiencia cívica. Su evolución era conocida: primer año peón, segundo mediero, tercero propietario y cuarto capitalista. Cerealistas y acopiadores, establecieron pulperías y boliches, almacenes y casas de ramos generales, crecía el comercio. De las taperas de paja y adobe salían los recados y entraban los pianos, comenzaron a elevarse castillos Tudor en los desiertos <sup>26</sup>.

El error del General Roca fue aceptar que se eligiera en 1886 para sucederle a su concuñado Miguel Juárez Celman, de apenas 39 años, con extensas influencias en el interior <sup>27</sup>.

Entusiasta e ingenuo, el progreso lo deslumbró, en 1892 los rieles llegaron a 13.637 kilómetros, la superficie de los campos cultivados se extendió a 85 millones de hectáreas, en 1880 se exportaban 1.165 toneladas de trigo y en 1890 más de 327.000 y en 1900 se alcanzó a 1.900.000, de 1880 a 1910 desembarcaron 2.300.000 inmigrantes <sup>28</sup>.

Juárez Celman, asistido por algunos ministros de relieve, Eduardo Wilde, Norberto Quirno Costa, Wenceslao Pacheco y Filemon Posse, cometió el error de romper con el General Roca, como Derqui había roto con el General Urquiza y su fin fue parecido.

El grupo gobernante obnubilado por una extraordinaria prosperidad se dejó arrollar por las especulaciones, las

<sup>25</sup> FERNS, *La Argentina*, 1973, 94, 130, 140.

<sup>26</sup> FERRARI Y GALLO, 410, 453; EZEQUIEL GALLO, *La pampa gringa*, 1983, 103, 186; LEVILLIER, *Historia Argentina*, t. V, 3167.

<sup>27</sup> GUSTAVO FERRARI, *Apogeo y crisis del liberalismo (1886-1890)*, 1978, 23.

<sup>28</sup> FERRARI y GALLO, 377, 395; ROBERTO CORTEZ CONDE, *El progreso argentino (1880-1914)*, 1979, 55, 78, 84; FERNS, 227; RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, t. I, 84; t. II, 172, el aluvión cubrió al país.



concesiones, los empréstitos y los paniaguados, creían en el progreso "à la vapeur".

El presupuesto subió a 77.000.000 de pesos oro en 1890 y el servicio de la deuda externa a 36.000.000, las exportaciones alcanzaban apenas a 90.000.000 y las importaciones a 196.000.000. Se emitieron 297.000.000 para cubrir los quebrantos, cayó el Banco Constructor de La Plata y la crisis estalló, la casa Baring herida por la deuda argentina quebró <sup>29</sup>.

El país conservaba los genes de las rebeldías, el 12 de junio de 1887 Lidoro J. Quinteros encabezó en Tucumán una asonada contra el Gobernador Juan Posse y en 1889 se produjo el levantamiento contra el Gobernador Ambrosio Olmos en Córdoba y otro encabezado por el Coronel Rufino Ortega contra el Gobernador Tiburcio Benegas en Mendoza <sup>30</sup>.

VI. — Ante las críticas lanzadas al Presidente Juárez Celman, el 20 de agosto de 1889 se realizó el banquete de "los incondicionales". Por su parte Francisco Barroetaveña y Leandro N. Alem convocaron a un mitin opositor en el Jardín Florida el 1º de septiembre y luego a una Asamblea el 13 de abril de 1890 en el Frontón.

La revolución se inició en el Parque de Artillería la mañana del 26 de julio bajo la dirección de Leandro N. Alem, el General Manuel J. Campos y el Jefe de Policía Hipólito Yrigoyen y estancada capituló tres días después. Pellegrini aseguraba que hubiera sido una imprudencia entregar el país a manos inexpertas. La revolución había sido vencida, pero el gobierno estaba muerto <sup>31</sup>.

Carlos Pellegrini en el carácter de Vicepresidente, asumió la presidencia el 6 de agosto de 1890, el más completo hombre de estado del Plata, condujo con firmeza el gobierno a través de la crisis. Hijo de un ingeniero saboyano Carlo Henrique Pellegrini y de María Bevans de origen inglés, representaba vigorosamente una nueva generación.

<sup>29</sup> FERRARI, *Apogeo y crisis*, 198.

<sup>30</sup> FERRARI, *Apogeo y crisis*, 63.

<sup>31</sup> JUAN BALESTRA, *El noventa*, 1971, 70, 77; SÁNCHEZ SORONDO, 291.

El 7 de octubre de 1890, la ley 2.741 creó la Caja de Conversión y el 16 de octubre de 1891 la ley 2.841 el Banco de la Nación, fueron sus ministros el General Roca, Eduardo Costa, Vicente Fidel López, Estanislao Zaballos, Juan Balestra y el General Nicolás Levalle.

Vencía el arado, cambiaba el país, aumentaba la producción, la cosecha de maíz subió de 15.000 toneladas en 1880 a 433.000 en 1890. El stock vacuno creció de 4,8 millones de cabezas en 1881 a 8,5 millones en 1888. Se produjo una nueva inmigración, los Shorthorns desplazaban al ganado cimarrón de largas guampas y los rebaños de ovejas merinos se multiplicaban <sup>32</sup>.

Se establecían aserraderos, obrajes, carpinterías metálicas, fundiciones de hierro, hilanderías, fábricas de carruajes, fósforos, tabacos, curtiembres, casimires, clavos, tornillos y artículos domésticos, en 1888 se fundó la Unión Industrial Argentina.

VII. — Se ha censurado que los mayores trabajos de esos años se dirigieran al campo, pero era entonces el renglón más seguro y el que ofrecía los mejores réditos, en el orden local e internacional. Después de la conquista del desierto, los campos de abrojos y paja brava, al sur del Salado, brindaron inmensas extensiones para poblar y una posibilidad de desarrollo excepcional.

En cambio por mucho tiempo se observó a las artesanías y las industrias con reservas, porque exigían un mayor aporte de capitales, técnicas y mano de obra especializada escasos en el país y sólo podían crecer lentamente y con penosos esfuerzos.

El dilema de huerta o taller es simplista y la alternativa equivocada. La producción agropecuaria, por las excepcionales condiciones geográficas, llevó al país a la opulencia y cuando se la expolió comenzó la decadencia.

Según el informe de la Fundación Carlos Pellegrini en los últimos 50 años el Fisco ha sustraído al campo, con las

<sup>32</sup> JAMES R. SCOBIE, *Revolution in the pampas*, 1964; ALBERDI, E. P., t. 1, 175; LEVILLIER, *Historia Argentina*, t. V, 3597.

retenciones y demás imposiciones, 361.400 millones de dólares, saqueo sectario y demagógico que explica las crisis que padecemos.

Actualmente el complejo agro-industrial con sus distintos ingredientes: agricultura, industrias manufactureras, industrias alimenticias, textiles, maderas y papel y los sectores proveedores de servicios: petróleo, automotores, maquinaria agrícola, electricidad, gas y aguas, construcciones, comercio mayorista y minorista, transporte terrestre y marítimo, almacenes y establecimientos financieros a pesar de las persecuciones, comprende el 35,7 % del Producto Bruto Interno y el 75 % de las exportaciones <sup>32a</sup>.

Paralelamente los capitales extranjeros, que hoy se imploran, después de haberlos perseguido desde 1943 con un espíritu tribal, fueron la gran palanca del progreso con los ferrocarriles, las usinas eléctricas, el gas, los puertos, los molinos, los teléfonos y los telégrafos.

Es afligente señalar que se persiguieron a los capitales argentinos con un parecido masoquismo y se les aplicaron los peores calificativos, monopolistas, especuladores, explotadores del pueblo, fue la economía del folklore que prevaleció por tantos años y destripó la gallina de los huevos de oro.

Es impropio hablar de una oligarquía en pueblos que apenas emergían de las viejas aldeas patriarcales, de hombres hechos al trabajo y a las luchas, templados por las campañas de la Independencia y de las guerras civiles, fundamentalmente sobrios y tenaces. Nacidos en hogares modestos y virtuosos Alsina, Sarmiento, Avellaneda, Roca, Plaza y sus colaboradores sobresalieron por su capacidad y sus esfuerzos <sup>33</sup>.

La sociedad argentina no estaba dividida en clases sino en sectores, era abierta y fluida, unos subían y otros descendían de acuerdo con sus condiciones. Así se veía diariamente,

<sup>32a</sup>. "La Prensa", 1º de septiembre de 1987, Sociedad Rural Argentina, Instituto de Estudios Económicos, Indicadores, Cuaderno Especial Nº 1, Complejo agroindustrial, marzo 1987.

<sup>33</sup> PINEDO, *La Argentina, su posición y rango en el mundo*, 1971, 472, 503, 527, 530; CARLOS ESCUDÉ, *Gran Bretaña, Estados Unidos y la declinación argentina*, 1983, 28, 85, 129, 139, 265; FERNS, 161, 162.

cómo las personas nacidas en los sectores menos adinerados, llamados a menudo clases medias o bajas, alcanzaban con facilidad los peldaños más altos si mostraban suficientes méritos y se convertían en afamados profesionales o en conocidos hacendados. Por eso los movimientos institucionales de los últimos años, se redujeron generalmente al deseo de reemplazar a los anteriores ocupantes en los cargos públicos <sup>34</sup>.

El Diario del Comisario Demarcador Juan Francisco Aguirre, conserva su verdor. "Buenos Aires es una ciudad en que se verifica al pie de la letra el refrán que dice: el padre mercader, el hijo caballero y el nieto pordiosero. No obstante ni la opulencia es tan excesiva ni tampoco la pobreza es tan andrajosa y miserable. Los hombres son de una de las especies que España da a la América, a la que transmigran para el comercio y mejorar de fortuna; entre ellos viven algunos conocidos y muchísimos que no lo son y según las utilidades con que se levantan sus giros, se levantan también las casas de ese país, donde se regulan las primeras, las más ricas." <sup>35</sup>

Los cambios eran constantes, los nuevos ricos se educaban y en pocos años sus hijos, tomaban visos de viejos pobladores, olvidados de sus exóticos orígenes.

Es doblemente absurdo calificar despectivamente de oligarquía vacuna a los pioneros que se internaban en las tierras de indios a lomo de caballo, para poblar estancias entre el sol y las tormentas, las langostas, en lucha con indios y fascinerosos, los lecheros vascos, los chacareros franceses, los ovejeros irlandeses, los yerbateros suizos, los algodóneros polacos, los agricultores piamonteses, que sólo a veces hicieron fortuna, después de muchos años de trabajos y privaciones.

Esa inmensa masa anónima de agricultores, ganaderos y artesanos, con el armonioso canto de su trabajo, en las praderas y en las sierras de la República, han sido por el contrario la soterrada y magnífica fuente del progreso del país.

<sup>34</sup> FERNS, 170, 174; ROBERTO AIZCORBE, *Argentina, the peronist myth*, 1975, 33, 200; GROUSSAC, *Liniers*, "Anales", t. 3, 45; ALAIN ROUQUIÉ, *Pouvoir militaire, Société politique*, 1977, 36, la capilaridad social.

<sup>35</sup> "Anales de la Biblioteca", t. IV, 1905, 176.

No es lícito confundir cultura y capacidad con oligarquía, no existía una aristocracia rectora, sino un sector gobernante, formado por los individuos más capaces, que se renovaban continuamente, universitarios, militares, terratenientes, barraqueros, invernadores, tenderos y alarifes, con olor a bosta, decía Sarmiento <sup>36</sup>.

VIII. — Los conflictos no concluyeron con la capitulación del Parque, las nuevas corrientes, los ajustes sociales, los rescoldos de las ambiciones alimentaban a los nuevos estamentos que pujaban por abrirse paso. Algunos prefirieron hacerlo por la sobria vía del estudio y del trabajo, en los campos y en las profesiones liberales, que brindaron grandes satisfacciones a los más empeñosos. Pero otros menos pacientes eligieron, por obra de los genes coloniales, el atajo de las conspiraciones y de las revueltas <sup>37</sup>.

La paz era intermitente y breve, el 22 de mayo de 1891 estalló una revolución dirigida por Juan M. Garro y el Comandante Tomás Bello contra el Gobernador de Córdoba Eugenio Garzón y otra en Catamarca el 23 de julio dirigida por Santiago Santa Coloma, Carlos de la Vega y Guillermo Leguizamón contra el Gobernador Gustavo Ferrary y en noviembre de 1892 otra más contra el Gobernador Absalon Rojas en Santiago del Estero.

En 1893 detonó una revolución de vastas proporciones en San Luis, encabezada por Teófilo Saa contra el Gobernador Jacinto Videla y otra en Santa Fe dirigida por Mariano Candiotti, Lisandro de la Torre y Carlos F. Gómez.

En la Provincia de Buenos Aires, la revolución contra

<sup>36</sup> SCOBIE, *Argentina, A City and a Nation*, 1964, 99, 108, 118, 172; JULIO MONZÓ, *Las clases dirigentes*, "Revista Argentina de Ciencias Políticas", t. VI, 1913, 384; NATALIO BOTANA, *El Orden Conservador*, 1979, 154, 157, 159, este preciso estudio merece completarse con una segunda parte sobre "el desorden Radical", Paul Valery observaba que el desorden es a veces un orden más profundo.

<sup>37</sup> ALBERTO ESPIL, *La revolución de 1893*, 1964; LEVILLIER, *Historia argentina*, t. IV, 1968; ROBERTO E. ETCHEPAREBORDA, *Tres revoluciones, 1890-1893-1895*, 1968; ROMERO CARRANZA, RODRÍGUEZ VARELA, VENTURA FLORES PIRÁN, *Historia política de la Argentina de 1862 a 1928*, 1975; GUSTAVO FERRARI y EZEQUIEL GALLO, *La Argentina del 80 al Centenario*, 1980; GABRIEL DEL MAZO, *Historia del radicalismo*, 1983.

el Gobernador Julio Costa, fue promovida por el Ministro Aristóbulo del Valle, también en el año 1893, cuando ordenó desarmar las fuerzas provinciales y dejó al Gobernador indefenso. Acaudillada por Hipólito Yrigoyen y el General Manuel J. Campos se extendió por las localidades de Ayacucho, Saladillo, Zárate, Baradero, Pilar, General Sarmiento, Rojas, San Nicolás, Las Flores, Azul, Olavarría, Adrogué, Temperley, Chascomús y Bahía Blanca hasta que fue rendida por el General Francisco Bosch el 25 de agosto.

Cundía la alarma entre los pueblos, no funcionaban los correos, ni los ferrocarriles, ni el teléfono, faltaban los artículos de primera necesidad. El país desabrido se hundió en un inmenso desorden y las provincias se defendían con sus escasas fuerzas policiales hasta que llegaba el ejército de línea para restablecer la paz <sup>38</sup>.

El costo de esos entusiasmos fue tremendo. Según los cálculos de Terry, la guerra contra el Paraguay costó 45.000.000 de pesos, más de 50.000 vidas argentinas y 150.000 vidas paraguayas; el alzamiento de 1874 costó 7.645.000 pesos; el alzamiento de 1880, 4.231.000 pesos; el alzamiento de 1890, 668.000 pesos, y el alzamiento de 1893, 2.547.000 pesos <sup>39</sup>.

En Corrientes, el Coronel Napoleón Uriburu se sublevó el 14 de agosto contra el Gobernador Antonio Ruiz y Tucumán volvió a levantarse contra el Gobernador Próspero García el 7 de septiembre de 1893. Otra revolución estalló en Catamarca contra el Gobernador Flavio Castellanos el 23 de septiembre de 1899.

Una nueva revolución asomó en la Provincia de Santa Fe el 4 de febrero de 1905, en Córdoba cayeron presos el Gobernador José Vicente Olmos, sus ministros y el Vicepresidente Figueroa Alcorta, pero fue rápidamente desarmada por los Generales Winter y Fotheringham <sup>40</sup>.

No cesaban las turbulencias, en febrero de 1907 el Coronel Carlos Sarmiento se levantó en San Juan, otro movi-

<sup>38</sup> RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, t. II, 405, t. III, 237.

<sup>39</sup> RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, t. I, 292.

<sup>40</sup> RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, t. IV, 59.

miento estalló unos meses después en San Luis, contra el Gobernador Esteban Alfaro y otro conato casi simultáneo fue encabezado por Juan Ramón Vidal, contra el Gobernador Juan Esteban Martínez en Corrientes.

IX. — La inmigración tan acendradamente propiciada por Alberdi para poblar los desiertos espectrales y luego por los hacendados para ampliar sus cultivos, fue el principal factor de transformación y como una marejada sumergió las enconadas rencillas de los capitostes lugareños. Equivalió a un segundo desembarco, más caudaloso que aquel lejano del siglo XVI, que sumergió el país, mudó su población, su economía y su espíritu. Sarmiento protestaba porque la ciudad de Buenos Aires en 1857 sobre 56.714 comerciantes, 52.687 eran extranjeros, era "una nación sin nacionales"<sup>41</sup>.

Llegaban cargamentos menesterosos, con el atado al hombro, a la Tierra de Promisión, la resaca del hambre, de la opresión y las congojas. Seducidos por la ilusión de la paz y de la libertad, por la esperanza de tareas fecundas y una fortuna fabulosa, se dedicaban con ahínco a la agricultura y al comercio. En 1914 habitaban en la ciudad de Buenos Aires 3 extranjeros por cada varón nativo<sup>42</sup>.

En una sociedad aluvional, las nuevas corrientes se asentaron en las aldeas y en los páramos y formaron un inmenso mosaico de vibrantes colores.

Para Scobie había irrumpido la revolución del trigo, en 1870 llegaron 120.000 italianos, 66.000, franceses, 49.000 españoles, 15.000 ingleses y 10.000 rusos, después de 1900 arribaron los italianos del sur, la mayoría analfabetos<sup>43</sup>.

De los más distintos orígenes vascos, catalanes y portugueses, sardos, franceses, ingleses, austríacos, ucranianos y de todos los pueblos de la Europa oriental, venían hipno-

<sup>41</sup> SARMIENTO, O. C., t. 36, 76, 196.

<sup>42</sup> Ley 817 del 19 de octubre de 1876 sobre inmigración y colonización, ley 4.167 del 8 de enero de 1903 sobre la venta y arrendamiento de tierras fiscales; ALEJANDRO BUNCE, *Una nueva Argentina*, 1940, 150; JAMES R. SCOBIE, *Argentina, a City and a Nation*, 1964, 33, 51, 131, 97, comerciantes, barraqueros y artesanos; RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, t. I, 400.

<sup>43</sup> SCOBIE, *Revolution in the pampas*, 56, 122; CORTEZ CONDE, *El progreso argentino*, 72, 192.

tizados por la leyenda del grandioso futuro de la Argentina, las cifras son elocuentes:

1880 .....	21.110	1905 .....	138.856
1885 .....	63.331	1906 .....	198.397
1886 .....	79.209	1907 .....	119.861
1887 .....	107.212	1908 .....	176.080
1888 .....	138.790	1909 .....	136.440
1889 .....	220.260	1910 .....	211.246
1896 .....	89.284	1912 .....	213.207
1900 .....	50.485	1913 .....	203.104 <sup>44</sup>

Permanecía el molde geográfico, pero cambiaba el contenido, de año en año, como las aguas de un río desbocado.

Las corrientes oscilaban, en ciertos años los españoles y los italianos sumaban el 40 %, los esclavos el 26 %, los británicos el 24 %, la mitad se radicó en la Capital y en el Litoral <sup>45</sup>.

A veces substituían los salvajes de la pampa con otros más temibles y traían las 7 plagas de Egipto. La inmigración no consistía en “echar gente adentro” que sólo servía para “vender naranjas en las calles”. Alberdi preocupado por la imprevisión protestaba <sup>46</sup>.

La mayoría de los inmigrantes no se interesaban por la política ni votaban, preferían “fare la América”. Pero sus hijos reclamaron pronto un lugar en el sol y en el gobierno, “cambiaba la levadura primitiva” <sup>47</sup>.

En 1895 sobre una población de 3.954.911 los argentinos eran apenas 2.948.063. En 1914 sobre 7.885.000 habitantes, 2.357.000 eran extranjeros y a menudo los más ricos.

De 1895 a 1908 el número de establecimientos fabriles creció en un 50 %, el personal se duplicó, la fuerza motriz

<sup>44</sup> ALBERTO SIREAU, *Teoría de la población*, 1906, 57; MULHALL, *Handbook of the River Plate*, 1865.

<sup>45</sup> FERRARI y GALLO, 594.

<sup>46</sup> ALBERDI, O. C., t. III, 426; t. VII, 197, 303; 359, 368; E. P., t. VII, 51, 69, 217, 563, 605; t. VIII, 271; t. IX, 662; FERRARI, *Apogeo*, 174.

<sup>47</sup> CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *El último caudillo*, 1930, 25; RODOLFO MORENO (h), *Enfermedades de la política argentina*, 1905, 92; SCOBIE, *Revolution in the pampas*, 128, 153.



se triplicó, la primera guerra mundial de 1914 y los bloqueos alentaron las industrias y la segunda guerra de 1939 les dio un nuevo impulso, en 1946 se censaron 85.000 establecimientos que ocupaban 1.200.000 personas <sup>48</sup>.

Las inversiones extranjeras alcanzaron en 1913 a 600 millones de libras, el 60 % británicas, el 15 % francesas y el 8 % alemanas. Las 30 mil toneladas de azúcar que los ingenios producían en 1885 llegaron a 300 mil en 1910. La legua cuadrada de campo valía \$ 3.000 pagaderos en 6 años <sup>49</sup>.

Los pasajes de ida y vuelta a Europa, de los braceros contratados para levantar las cosechas, costaban \$ 100, los veleros, los *river steamboats* con ruedas laterales y las mensajerías fluviales poblaban los ríos, los barcos argentinos llegaban a Corumba y Palmas Chicas, los Torromé abrían un banco en Londres <sup>50</sup>.

X. — Limitados por el tiempo, se sucedían los gobiernos de Luis Sáenz Peña y José F. Uriburu (1892-1898), el General Roca (1898-1904), de Quintana y Figueroa Alcorta (1904-1910) y de Roque Sáenz Peña y Victorino de la Plaza (1910-1916) <sup>51</sup>.

Buenos administradores, progresistas y aplicados, se rodearon de los personajes más cultos en sus días Cané, Alcorta, Terry, Victorica, Romero, Joaquín V. González, Drago, Magnasco, Berduc, García Merou, Civit, Riccheri, Rafael Castillo, Torino, Orma, Zeballos, Frers, Lobos, Bibiloni, Ramos Mejía, Racedo, Bosch, Enrique Pérez, Calderón, Moyano, Murature, Carbó y Cullen.

El gobierno se apoyaba sobre montañas de trigo, el camino ascendente alentaba esperanzas infinitas, sin embargo

<sup>48</sup> ADOLFO DORFMAN, *Cincuenta años de industrialización argentina, 1930-1980*, 1983, 33, 53.

<sup>49</sup> FERNS, *Argentina*, 49, 130, 154.

<sup>50</sup> LUIS DODERO, *La navegación en la Cuenca del Plata y sus propulsores*, 1961, 104, 149.

<sup>51</sup> ATILIO CORNEJO, *Doctor Victorino de la Plaza*, 1980, 30, en esos años un niño vendedor de empanadas en la plaza de Jujuy llegaba por sus méritos a Presidente de la Nación; FERNS, 170.

la sociedad se desgajaba en inquietos sectores, la generación de 1880 había cumplido felizmente su tarea, otras figuras asomaban en el horizonte.

Con los años cambiaban inexorablemente los dirigentes de las Universidades y de los Institutos Científicos, los directores de los bancos, de los ferrocarriles, de las empresas de servicios públicos y de las sociedades privadas, los propietarios de las industrias y de los campos, hasta las razas vacunas y lanares, se hacían y se deshacían fortunas, con una arriesgada versatilidad en un mundo turbulento.

El país de los Conquistadores y de los Adelantados, aventureros y piratas, se había mutado en una comarca de pioneros exitosos. El ritmo de los viajeros, las nuevas explotaciones, los nuevos ricos, el paso de los años, la muerte y la vida, gestaban otra sociedad.

Surgieron otros hombres de ciencia, Francisco P. Moreno (1819-1888), Samuel Lafone Quevedo (1835-1920), Florentino Ameghino (1853-1911), Eduardo L. Holmberg (1852-1937), Juan B. Ambrosetti (1865-1917), el viejo positivismo era desplazado por el espiritualismo de los Cardenales Manning (1808-1892) y Mercier (1851-1926).

Todo era efímero, desaparecían Adolfo Alsina en 1877, Avellaneda en 1885, Sarmiento en 1888, el patético Alem y Aristóbulo del Valle en 1896, Vicente F. López y Carlos Tejedor en 1903, Miguel Cané en 1905. El 19 de enero de 1906 fallecía el General Mitre y el 12 de marzo Quintana, el 17 de julio Pellegrini y el 27 de diciembre Bernardo de Irigoyen, el 9 de agosto de 1914 Roque Sáenz Peña y el 19 de octubre el General Roca, se renovaba el elenco del drama argentino <sup>52</sup>.

El paso de una sociedad pastoril a una sociedad semindustrializada generó una ristra de diferencias urticantes. Aparecían los puesteros y una multitud de pequeños comerciantes. El Código Civil impuso una rápida reforma agraria con la división de las herencias, los ferrocarriles, los alarifes y los

<sup>52</sup> RODOLFO MORENO, *Enfermedades de la política*, 60, la muerte del caudillo determina la muerte del partido.

almaceneros formaron la urdimbre de los nuevos ricos, cada vez con mayor influencia <sup>53</sup>.

El aumento de los talleres generó a su vez una masa obrera que planteó distintos problemas. Los inmigrantes italianos difundieron la prédica de Emilio Malatesta, Papini y Malfassi que se extendió por Rosario, la Capital y Bahía Blanca <sup>54</sup>.

En 1878 asomaron los primeros sindicatos y se creó la Unión Tipográfica. Divididos en anarquistas o comunistas, discípulos de Bakunin o de Marx, se les sumaron los inmigrantes franceses, fugitivos de la Comuna de 1870 <sup>55</sup>.

El 1º de enero de 1882 se inauguró el Club Socialista Vowarts; en 1891 se constituyó la Federación de los Trabajadores de la Región Argentina. En 1901 se estableció la F.O.R.A. o Federación Obrera Argentina y en 1902 la Unión General de Trabajadores <sup>56</sup>.

Las protestas por los bajos salarios, la desocupación, la falta de viviendas, el encarecimiento de los alimentos, encendió un número creciente de huelgas, hasta que se votó la ley de residencia Nº 4.144, del 23 de noviembre de 1902, para contener a los predicadores pirotécnicos.

El 1º de marzo de 1909 se produjo una violenta huelga general, el 14 de noviembre fueron asesinados el Jefe de Policía Ramón L. Falcón y su secretario Alberto Lartigau y el 26 de julio de 1910 estalló otra bomba en el Teatro Colón <sup>57</sup>.

En Europa se multiplicaban los atentados, caían el Zar Alejandro, el Presidente Garfield de los Estados Unidos, el Presidente Carnot, en Francia; el Presidente Prado, en el Perú; no había jefe de Estado que no fuera distinguido por un pistoletazo, el Rey de España, el Rey de Italia, el Rey de Serbia y hasta la fabulosa Reina Victoria.

<sup>53</sup> BUNGE, *Una nueva argentina*, 146; FEDERICO PINEDO, *En tiempos de la República*, t. I, 1946, 17.

<sup>54</sup> MIGUEL CANÉ, *Nuevos rumbos humanos*, "La Biblioteca", t. I, 1896, 40; FERRARI y GALLO, 581.

<sup>55</sup> ALFREDO PALACIOS, *El nuevo derecho*, 1928, 109, 195; FERNS, *Argentina*, 176.

<sup>56</sup> FERRARI y GALLO, 277, 599.

<sup>57</sup> FERRARI y GALLO, 67.

XI. — El régimen del PAN (Partido Autonomista Nacional) descansaba sobre un tinglado formado por los núcleos más cultos y mejor afincados, representados y conducidos por el Presidente de la República y una Liga de Gobernadores provinciales, en un teatro reducido, animados por la misma filosofía.

Es cierto que este régimen ofrecía, según los criterios actuales, diversas fallas teóricas, pero la realidad imponía en esos años soluciones, que era prematuro descartar.

Era difícil seguir otra conducta frente a una población que contaba con el 70 % de analfabetos, a menudo impulsados por lejanos atavismos, que miraban al competidor como a un enemigo y que en algunos casos consideraban normal escalar los campos ajenos.

La educación desde la simple lectura, hasta el respeto por las normas de una conducta cívica razonable, requería una larga y paciente etapa de aprendizaje y de adaptación, para poder extirpar los genes, que tanto afligían a Joaquín V. González <sup>58</sup>.

El derecho de voto tan debatido y apenas aplicado en los últimos cien años, en un reducido radio del mundo occidental, es sólo un canal de expresión para la voluntad de los ciudadanos, pero no un talismán suficiente para resolver cualquier problema.

Es un error confundir los medios con los fines, lo esencial es que el gobierno asegure la paz y el bienestar del pueblo, si no lo consigue pone en tela de juicio su legitimidad. Es sabido que no es posible sentarse sobre las bayonetas y otro autor ha observado hace unos años que tampoco es posible sentarse sobre los votos.

Los gobiernos marxistas, inspirados por una nueva versión del Despotismo Ilustrado, lo rechazan por considerarlo una herejía burguesa ideada para dominar a las clases obreras y prefieren las luces del Soviet Supremo, que desdeña hasta los más elementales derechos personales, porque en su opinión, constituyen una valla para el eficaz manejo del es-

<sup>58</sup> ALBERDI, *O. C.*, t. III, 418; t. VII, 295; *E. P.*, t. XII, 236; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *O. C.*, t. XI, 430, 635.

tado y el bienestar de los pueblos y entienden que confiar en el buen sentido de las masas, es una ingenuidad y que la libertad es una semilla de discordias.

El suicidio colectivo de 928 personas el 18 de noviembre de 1978 en la Guayana, de 60 personas el 9 de septiembre de 1985 en las Filipinas y de 33 personas en el mes de agosto de 1987 en Seul, descubre los demonios que se ocultan en la psicología de las masas <sup>58a</sup>.

Por mucho tiempo se creyó que era necesario ser propietario para votar, porque esa condición daba al votante la indispensable responsabilidad y era además explicable, puesto que los propietarios eran quienes pagaban los impuestos, pero esta condición fue derogada por la Revolución Francesa de 1848 <sup>59</sup>.

Hablar de una liga oligárquica en el siglo pasado, es olvidar las condiciones sociales del país. El dueño del campo, el saladerista, el tendero eran los jefes de los clanes, representaban y defendían sus intereses y los de sus parientes y arrimados, y a nadie se le hubiera ocurrido votar contra su patrón y pasar por un felón <sup>60</sup>.

Los antecedentes son ilustrativos, los grandes principios institucionales adoptados en Europa llegaban al Río de la Plata como modelos envidiables. El Reglamento del 23 de noviembre de 1811 disponía que para votar o ser elegido, era necesario contar con 21 años de edad, arraigo o giro conocido y una decidida adhesión a la causa de la libertad de las Provincias Unidas.

La ley de la Provincia de Buenos Aires del 14 de agosto de 1821 estableció que podía votar todo hombre libre después de los 20 años y ser elegido cualquier candidato a los 25, si tuviera alguna propiedad inmueble o industrial. El voto era un atributo de los vecinos afincados que se pronunciaba de a caballo y con voz alta, del modo digno de un pueblo virtuoso y libre.

Otras disposiciones suspendieron el derecho de voto

<sup>58a</sup> "La Nación", 30 de agosto de 1987.

<sup>59</sup> BENJAMIN CONSTANT, *Oeuvres*, 1957, 1103.

<sup>60</sup> GARCÍA, *La ciudad indiana*, 267.

a todos aquellos que carecían de propiedad o de oficio lucrativo y útil al país y a los criados a sueldo, peones, jornaleros, soldados de línea, vagos notorios y mal entretenidos.

El primer fraude patriótico, origen de nuestras instituciones, fue el del 22 de mayo de 1810, cuando los Patricios al mando del Capitán Eustaquio Díaz Vélez, se apostaron en las puertas del Cabildo y solo dejaron pasar 250 de los 450 invitados, que tenían en la esquila el tilde convenido con los patriotas. Creyeron que el porvenir de la Patria y la libertad eran más importantes que el número de las boletas <sup>61</sup>.

Echeverría exponía angustiada las consecuencias del voto indiscriminado en las condiciones sociales de esos días. "La ley del 14 de agosto —el sufragio universal, dio de sí cuanto pudo dar, el suicidio del pueblo por sí mismo— la legitimación del depotismo. El sistema representativo del año 1821 devoró a sus padres y a sus hijos. Hace once años que Rosas, en castigo lo expuso a la vergüenza pública, y ahí está sirviendo de escarnio a todo el mundo." <sup>62</sup>

La experiencia fue tremenda, la vesanía del Restaurador, el desenfreno de las multitudes fanatizadas, sumieron al país en 17 años de esclavitud y de sangre. "Ninguna mayoría, ningún partido o asamblea tiene derecho para establecer una ley que ataque las leyes naturales y los principios conservadores de la sociedad y que ponga a merced del capricho de un hombre la seguridad, la libertad y la vida de todos. La voluntad de un pueblo jamás podrá sancionar como justo lo que es esencialmente injusto" <sup>63</sup>

Las tribulaciones de una sociedad primaria, atormentada por la codicia y las ambiciones, eran complejas. Alberdi clamaba con desesperación frente al voto universal de la universal ignorancia. Un viejo y pesimista adagio, decía

<sup>61</sup> Informe del Virrey Cisneros del 22 de junio de 1810 en el que expone las ocurrencias de Buenos Aires, "Biblioteca Mayo", t. XVIII, 10.648, las tropas "negaban el paso a los vecinos honrados"; VICENTE F. LÓPEZ, *Historia*, t. II, 1944, 17; CARLOS S. FAYT, *El político armado*, 1971, 275, "al fraude electoral debe el país su vida".

<sup>62</sup> *Dogma Socialista*, 1940, t. I, 96; ECHEVERRÍA, O. C., t. IV, 31, el plebiscito del 26 de marzo de 1835.

<sup>63</sup> *Dogma Socialista*, t. I, 155.

que las malas elecciones daban buenos gobiernos y las buenas elecciones daban malos gobiernos <sup>64</sup>.

Es una ilusión suponer que las fórmulas políticas sean eternas, que el mundo haya girado 4 mil años para llegar a la ley Sáenz Peña y detenerse, la historia muestra que siempre cambian por la acción de las innovaciones científicas, económicas o intelectuales.

El problema es arduo, pero quizás se resolverá en el futuro por medio de un juego de robots y computadoras. El único instituto que hasta ahora ha dado buenos resultados es el Cónclave de Cardenales, pero nuestros caudillos rara vez exhiben virtudes teologales.

XII. — El éxito de la generación del 80, aun con sus inevitables fallas humanas, fue hasta 1910 completo, pobló, educó, organizó, fortaleció y enriqueció al país. Constituye el más positivo experimento institucional realizado en estas tierras y de sus recuerdos todavía sobrevive la Argentina de hoy.

Esos gobernantes tuvieron una fe razonada en el porvenir, supieron emprender las reformas concretas que hicieron adelantar la sociedad, trazaron las líneas férreas, utilizaron los brazos de los inmigrantes y los capitales extranjeros en obras fecundas.

Realizaron el milagro argentino, convirtieron un país informe y anárquico, en un estado bien organizado, con una capital, un ejército, difundieron en las medidas de sus fuerzas la seguridad y la cultura.

Las razones del éxito de esta generación son claras:

a) Mantuvo el orden interno, reprimió las revueltas y

<sup>64</sup> ALBERDI, O. C., t. VII, 258, 335, 343, 367; E. P., t. VII, 62, 269, 344, 375, 403, 405, 412; t. VIII, 53; t. X, 146; t. XI, 30; RODOLFO MORENO, *La cuestión democrática*, 1937, denunciaba la venta de votos y los gobiernos de comité, recordaba que según Cicerón el voto secreto había sido la causa de la caída de la República Romana y proponía que fuera público, para esclarecer la postura de los votantes y sanear el ambiente de dobleces, 97, 119. Se ha propuesto también elevar la edad mínima de los votantes a los 21 años, de acuerdo con el Código Civil y requerirles que completen el ciclo de la educación primaria, para lograr un cuerpo electoral mejor preparado. Pero Alberdi advertía que los actores de los peores excesos de la Comuna de 1871, habían sido excepcionalmente cultos.

garantizó los derechos personales, el derecho de propiedad, de educación y de opinión.

b) Aseguró la Patagonia, la mitad de la superficie del país, fundó pueblos, construyó ferrocarriles e iglesias, cultivó sus planicies desiertas con rebaños y mieses y realizó así la obra de gobierno más valiosa que se haya cumplido desde 1810 hasta la fecha <sup>65</sup>.

c) Eligió para que colaboraran en esta empresa a los ciudadanos más "idóneos" de esos días, sin reparar en sus antecedentes o inclinaciones intelectuales.

d) Educó e ilustró al país, fundó escuelas, Universidades, Institutos Científicos, museos, laboratorios, bibliotecas e imprentas a su largo y a su ancho.

e) Alentó el trabajo y el esfuerzo personal de todos los habitantes en el campo, las industrias, el comercio y fomentó la producción de bienes de todo género.

f) Cuidó prudentemente el gasto público y sólo sancionó impuestos reducidos que permitieron la capitalización de los pueblos y un extraordinario progreso.

El análisis de estos sucesos, descubre la fuerza de las diferentes corrientes, que se superponen sucesivamente, movidas por mitos dispares y modifican la textura social y cómo los conflictos se deben, en gran parte, a que esas corrientes no se han decantado bastante, para formar una población homogénea, con una fe común <sup>66</sup>.

Era la Argentina opulenta y orgullosa, pero ese ciclo concluyó a fines de 1910. Todo pasaba en un nostálgico crepúsculo. Muchos de los protagonistas habían fallecido y otros ya viejos vivían retirados. El poder económico había pasado a las manos de los recién llegados y pronto conquistarían el poder político. El viejo círculo gobernante creyó que había llegado la hora de entregar la bandera a los hijos de los inmigrantes que se alistaban impacientes para ocupar los cargos y dar lustre a sus nombres.

<sup>65</sup> RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, t. II, 188, discurso del diputado Nicolás Repetto.

<sup>66</sup> SARMIENTO, *Conflicto y armonía de las razas*, O. C., t. 37, 15, 27.



Una sociedad fuertemente individualista se transformaba en una sociedad de masas, el automóvil, el teléfono, el cinematógrafo, moldeaban el espíritu de vastos sectores, la emancipación femenina quebraba la vida familiar.

William James (1842-1930), Kock (1843-1910), Poincare (1854-1912), Marie Curie (1867-1934), Marconi (1874-1937), Einstein (1879-1955), la revolución industrial, el *art nouveau* y los sociólogos lanzaban nuevas ideas y otras corrientes.

Roque Sáenz Peña enfermo hizo votar la ley electoral Nº 8871 del 13 de febrero de 1912, que impuso el voto obligatorio, universal y secreto con la base de los padrones militares y así se atravesó del régimen tutelar de los sectores cultos al régimen apriorístico de los comités <sup>67</sup>.

<sup>67</sup> FERMÍN ARENAS, *Roque Sáenz Peña*, 1951, 246; BOTANA, *El orden conservador*, 292; *Anales de Legislación, 1889-1919*, 844; RODOLFO MORENO, *La cuestión democrática*, 47, 52, 67.



## II

### LA CRISIS DE 1930

I. La Unión Cívica. — II. Yrigoyen. — III. La primera presidencia. — IV. Su obra. — V. Los cambios sociales. — VI. Los rolidos. — VII. La presidencia de Alvear. — VIII. El regreso de Yrigoyen. — IX. La crisis. — X. El desenlace.

I. — Abiertas las compuertas apareció otra generación, formada por elementos distintos y de un estilo más popular y bullicioso.

La Unión Cívica, nacida en el Parque de Artillería en 1890, se dividió el 18 de julio de 1891 en dos ramas, los Radicales Nacionales y Concordancistas, dirigidos por Bernardo de Irigoyen, propensos al contubernio y los Radicales Intransigentes y Abstencionistas acaudillados por Hipólito Yrigoyen <sup>1</sup>.

El tiempo inexorable generaba los cambios, el viejo PAN (Partido Autonomista Nacional) privado de sus principales figuras, comenzó a disolverse y el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Marcelino Ugarte, trató vanamente de formar una nueva coalición. Los Socialistas por su número pesaban poco, Lisandro de la Torre fundó en 1914 con un espíritu más moderno, el Partido Demócrata Progresista que contó en sus filas, destacadas figuras intelectuales Joaquín V. González, Carlos Ibarguren, Julio A. Roca, Indalecio Gómez y Norberto Quirno Costa y proclamó en 1915 la

<sup>1</sup> FERNES, *La Argentina*, 178; SÁNCHEZ SORONDO, 341, 389.

fórmula presidencial de Lisandro de la Torre y Alejandro Carbó.

La marea avanzaba. En 1912 los Radicales impusieron al Gobernador Manuel Menchaca en Santa Fe, al Senador José Camilo Crotto en la Capital, al Gobernador Miguel Laurencena en Entre Ríos y a Eufasio Loza en Córdoba, a la Cámara de Diputados llegaron Vicente Gallo, Delfor del Valle, Ernesto Celesia y Marcelo T. de Alvear <sup>2</sup>.

El Partido Radical con la fórmula de Yrigoyen y Pelagio Luna aglutinó a los hijos de los inmigrantes, a los agricultores de Santa Fe, los pequeños comerciantes y artesanos, a los profesionales que formaban el sector medio, a un conocido número de nuevos ricos y grandes estancieros de las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, descontentos con el roquismo <sup>3</sup>.

En la elección presidencial del 2 de abril de 1916, el Partido Radical obtuvo 367.200 votos, los Conservadores 141.083 y los Demócratas Progresistas 131.022.

Se abría una etapa natural en la evolución de la sociedad platense, se pasó de una organización casi patriarcal, con todas sus imperfecciones, a una congregación dirigida por los últimos llegados, los vascos fueron desplazados de los cargos por los mediterráneos más numerosos y menos pulidos.

II. — Era curiosa la figura del nuevo presidente, había nacido el 12 de julio de 1852 y sus padres fueron Martín Yrigoyen y Marcelina Alem.

Leandro Antonio Alem, su abuelo materno había sido fusilado junto con el Coronel Ciriaco Cuitiño, en la plaza de la Concepción, el 29 de diciembre de 1853. Había tenido tres hijas, Marcelina, Luisa y Tomasa y un hijo, Leandro N. Alem. Marcelina casó con Martín Yrigoyen y tuvo como hijos a Hipólito, Roque y Martín. Hipólito fue bautizado cuatro años después de su nacimiento, con el padrazgo de

<sup>2</sup> *Sur, Argentina 1930-1970*, 340, 242.

<sup>3</sup> GABRIEL DEL MAZO, *El Partido Radical*, 1983, 99; SCOBIE, *La Argentina*, 175; FAYT, 126.

Juan Martín Núñez. Era pues sobrino de Leandro N. Alem y 10 años menor. Vivió la juventud en su casa y se formó en un medio rosista, con una visión trágica de la época <sup>4</sup>.

Educado en el Colegio San José y aficionado tempranamente a la política, se inició en las filas de Adolfo Alsina y Aristóbulo del Valle. Las parroquias de San Telmo, Balvanera y Montserrat formaban su feudo. Fue nombrado Comisario por el Jefe de Policía Marcos Paz el 17 de agosto de 1872 y elegido Diputado provincial en 1876. El 13 de julio de 1880 el Presidente Avellaneda lo designó Administrador General de Sellos y Patentes, Diputado Nacional renunció en 1880 y fue nombrado Profesor de Instrucción Cívica, Historia Argentina y Filosofía en la Escuela Normal de Maestras.

Con un préstamo del Banco de la Provincia, compró los campos de Santa María y Santa Isabel y más tarde una estancia en el partido de Flores y se dedicó a negocios de invernada. Adquirió luego a bajo precio los campos La Tomasa y La Carolina con más de 9 leguas; La Victoria y Charlone en la provincia de San Luis, que se valorizaron considerablemente con la llegada del ferrocarril.

En esa época descubrió a un filósofo alemán Karl Krause (1781-1832), Profesor en la Universidad de Gotinga, que definía la sociedad como la flor de la Metafísica y creó un confuso panteísmo humanista que logró bastante éxito en España, gracias a la traducción de Julián Sanz del Río y discípulos como Emilio Castelar, Nicolás Almeron, Francisco Giner de los Ríos y Leopoldo Alas <sup>5</sup>.

En sus aforismos dispersos se descubre también la influencia de Almafuerte (1854-1917) que le dio un tono más agorero.

Ensimismado y cauteloso, actuaba con una impasibilidad musulmana, por medio de confidencias en voz baja,

<sup>4</sup> MANUEL GALVEZ, *Vida de Hipólito Yrigoyen*, 1959; TELMO MANACORDA, *Alem*, 1941; FEDERICO PINEDO, *En tiempos de la República*, t. I, 28; AYARRAGARAY, *Cuestiones y problemas argentinos*, 1937, t. I, 34.

<sup>5</sup> DEL MAZO, *El Partido Radical*, 54; MÁRIO ANTONIO VERONE, *El Krausismo y la República*, "La Prensa" 21 de septiembre de 1986; ROBERTO BOSCA, *La nueva ética krausista*, "La Prensa", 9 de septiembre de 1987.

rehuía las multitudes y la publicidad. Cada vez más alejado de Alem, se separaron resentidos en 1889 y se mudó a una casa en la calle Callao.

Los buenos tiempos lo acompañaban, la suavidad del clima, la feracidad de las llanuras, la abundancia de los alimentos habían mullido las normas de convivencia y reducido la necesidad de trabajar con empeño, las consecuencias fueron la laxitud y la falta de precisión en los gobernantes, era la Argentina fácil, que progresaba de noche a los ojos de un observador francés.

III. — Una alborozada multitud, con ribetes rosistas, lo recibió el 12 de octubre de 1916, como el gobernante providencial que emprendería las grandes reformas. Su primera medida fue donar los sueldos que le correspondían como Presidente a la Sociedad de Beneficencia.

Hombre adinerado, socio del Jockey Club desde 1897, acostumbrado a moverse en un alto nivel, almorzaba diariamente en el Café de París con media botella de champagne francés y sus feligreses. Eligió para Ministros a Carlos Alberto Becú, Domingo Salaberry, Honorio Pueyrredón y Fernando Álvarez de Toledo nacidos en las capas más adineradas.

Había conocido la pobreza y la marginación en la infancia, el trágico recuerdo de su abuelo le inculcó un invencible horror a la sangre. En su interior se debatían tres personajes pirandelianos, el joven rosista transformado en profeta, el invernador y el Comisario, que aparecían alternadamente para corregir “las patéticas miserabilidades” del régimen.

Celoso de su autoridad y desconfiado, su gobierno sería maniqueo y sentimental. Dividió al país en dos bandos “la Causa” que personificaba y el “régimen falaz y descreído”. Convencido de haber llegado al gobierno para “cumplir un destino admirablemente conquistado”, no admitía observaciones o réplicas.

Su principal error fue la condena rosista a todo acuerdo, a toda conciliación, con los demás sectores, “los contubernios” con los “inmundos y salvajes unitarios”, que engendró los

dos frutos del sectarismo y de la intolerancia y redujo penosamente los alcances de su obra institucional.

Sus metas eran dos, la primera lograr la pureza del sufragio que quedó empañada en las urnas de Belén y de Andalgalá y unos años después en Mendoza y San Juan, la segunda el respeto por el federalismo que quedó pulverizado con las 22 intervenciones que envió a las provincias desafectas <sup>6</sup>.

Por su formación y la falta de informes, carecía de las ideas minuciosas de gobierno, de educación, de obras públicas, de mejoras sociales. Desdeñaba las enseñanzas de la experiencia, le movían más las inclinaciones sentimentales que los objetivos concretos que podían contribuir a mejorar el nivel de vida de los pueblos, que nunca percibió con claridad. Según Pellegrini el Radicalismo era un temperamento más que una doctrina <sup>7</sup>.

Las minorías "oprobiosas" eran unos herejes que se oponían a su apostolado y "a la consagración plena de la obra reparadora en el plano superior de las abstracciones" y debían ser fulminadas como tales.

Se erigió en el Gran Profeta de un culto redentor, con las terribles facultades de excomunión, la virtud esencial de sus discípulos era la sumisión absoluta y devota a sus órdenes.

No era "un mandatario de orden común", los jóvenes esperaban un cambio y les brindó una mitología verbal, "la reparación" y "el contubernio" de clara herencia rosista y las "trayectorias luminosas" de origen krausista. El principio más rescatable de su literatura es aquel de que los hom-

6 ROBERTO A. POTASH, *El ejército y la política argentina 1928-1945*, 1981, 27; EDUARDO AUGUSTO GARCÍA, *Yo fui testigo*, 1971, 61, 99, 138; ROMERO CARRANZA, RODRÍGUEZ VARELA y VENTURA FLORES PIRÁN, *Historia política de la Argentina*, t. III, 525, 533; PINEDO, t. I, 35, 71.

7 NICOLÁS REPETTO, *Mis memorias*, 1962, 106, 248; JOSÉ LUIS ROMERO, *El desarrollo de las ideas en la sociedad argentina del siglo XIX*, 1965, 32, 84, 128; CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *El último caudillo*, 1930, 72, 75; SCOBIE, *La Argentina*, 201; FERNS, *Argentina*, 182, 187; JULIO IRAZUSTA, *Balace de siglo y medio*, 1972, 105; AGUSTÍN RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, t. I, 1941, 11; SÁNCHEZ SORONDO, 361.

bres deben ser sagrados para los hombres y los pueblos para los pueblos <sup>8</sup>.

Deseaba distribuir empleos y mercedes entre sus correligionarios, sin examinar su idoneidad, siempre que estuvieran animados por el fuego sagrado. Sentía una profunda aversión por los automóviles, los aeroplanos "no mejoremos la obra del Señor" y las industrias, porque temía que trajeran una gran inmoralidad <sup>9</sup>.

A pesar de esas limitaciones, en un medio fragmentariamente culto y ríspido, fue por su magnetismo un caudillo de influencia dominante. Los caudillos de este género, por suerte bastante escasos, actúan como un *medium* que interpreta los sentimientos difusos de las multitudes y les ofrecen las metas que han buscado en forma subconsciente y se transfiguran así en un padre a cuyos brazos se precipitan los fieles, como el único que puede protegerlos <sup>9a</sup>.

Es un sentimiento de fe, firme e impalpable, que mueve las poblaciones con prescindencia de los valores racionales, porque se basa en otra escala de carácter instintivo. Así se explica que Yrigoyen, encerrado en su casa, por un defensivo reflejo infantil, sin discursos, sin desfiles, sin balcones ni hazañas guerreras, ejerciera una influencia tan profunda y duradera a pesar de sus falencias prácticas.

Es curioso observar cómo otros personajes, quizás mejor preparados, generan en cambio un sentimiento instintivo de rechazo en los campos electorales, ya sea por desconfianza o por cualquier otra prevención, que no consiguen superar.

Los esquemas institucionales, no se basan sólo en los factores económicos o doctrinarios, influyen también los factores personales, el sortilegio, el prestigio, el carácter, la figura, la fiabilidad, a veces con más fuerza.

Un hábil conspirador, no es siempre un gobernante puntual, el error del partido Radical, fue entregarse ciegamente a sus manos, cuando tenía en sus filas tantos hombres mejor

<sup>8</sup> SÁNCHEZ VIAMONTE, *El último caudillo*, 75.

<sup>9</sup> DEL MAZO, *El radicalismo*, t. I, 117, t. II, 101.

<sup>9a</sup> Son ejemplos del juego de los resortes psicológicos, los dictadores europeos de los años 40 y los predicadores millonarios de Harlem, tan aleccionadores.



preparados para administrar un estado moderno y guiarlo por el camino de una conveniente renovación.

La gran mayoría de la población lo contemplaba como su intérprete, el padre de los pobres, igual que a Don Juan Manuel. Por eso su obra de gobierno fue limitada, creía más en la beneficencia que en una administración eficaz <sup>10</sup>.

IV. — Tuvo siempre dubitativas dificultades para transitar desde los principios inmanentes, largamente acariciados, a las medidas concretas. Si su preocupación por los sectores modestos era sincera y elogiabile, no percibió cuáles eran las reformas prácticas que debían aplicarse para mejorar su suerte <sup>11</sup>.

Bajo el “régimen” tan denostado, se dictaron encomiables medidas, que constituyen todavía la base de nuestra organización social, como la ley 2.289 del 23 de octubre de 1891 que creó el Departamento Nacional de Higiene; la ley 4.349 del 20 de septiembre de 1904 que creó la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles; la ley 4.531 del 10 de octubre de 1904 que creó el Banco Municipal de Préstamos; la ley 4.661 del 6 de septiembre de 1905 que estableció el descanso dominical; la ley 5.291 del 14 de octubre de 1907 sobre el trabajo de las mujeres y menores; la ley 5.559 del 11 de septiembre de 1908 para el fomento de los Territorios Nacionales, ferrocarriles, navegación e inmigración; la ley 8.999 del 8 de octubre de 1912 que fundó el Departamento Nacional de Trabajo; la ley 9.148 del 25 de septiembre de 1913 sobre las agencias oficiales de colocaciones; la ley 9.511 del 2 de octubre de 1914 que dispuso la inembargabilidad de los salarios, sueldos y pensiones, la ley 9.257 del 16 de octubre de 1914 que creó la Caja Nacional de Ahorro Postal, y la ley 9.688 del 11 de octubre de 1915 sobre los accidentes de trabajo.

En cambio bajo el promisorio gobierno de “la Causa” de 1916 a 1922, no se adoptaron reformas fundamentales,

<sup>10</sup> ISMAEL BUCICH ESCOBAR, *Historia de los Presidentes*, 1927, 473, 484.

<sup>11</sup> ROMERO, *El desarrollo de las ideas*, 128.

apenas se dictaron la ley 10.240 del 14 de enero de 1917 sobre las elecciones municipales; la ley 10.284 del 28 de septiembre de 1917 sobre el Hogar; la ley 10.505 del 8 de octubre de 1918 sobre el trabajo a domicilio; la ley 10.550 del 5 de abril de 1919 que creó la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de empleados y obreros ferroviarios, que le valió al Presidente un persistente prestigio en ese gremio, y la ley 11.110 del 11 de febrero de 1921 que creó la Caja Nacional de Jubilaciones para el personal de las Empresas Particulares y en el segundo período de 1928 a 1930 la ley 11.544 del 2 de septiembre de 1929, sobre la jornada de 8 horas, y la ley 16.575 del 5 de diciembre de 1929 sobre la Caja Nacional de Jubilaciones Bancarias.

Como invernador el fondo psicológico del Presidente era crudamente conservador, sus medidas más trascendentes fueron la adopción del bachillerato nocturno y el guardapolvo blanco en las escuelas. El proceso se redujo en gran parte a reemplazar en los cargos oficiales al viejo estamento de dirigentes por el de los hijos de los inmigrantes, "las efectividades conducentes" <sup>12</sup>.

Bajo su administración el costo de vida subió en 1916 a 127, en 1917 a 148 y en 1919 a 186.

V. — La sociedad cubierta por las nuevas corrientes, pasaba por una desordenada transformación. Las polivalentes masas de inmigrantes trajeron consigo las protestas y los reclamos de sus hogares. Algunos al tener éxito se aburguesaron y otros se sintieron decepcionados, porque no habían alcanzado en pocos meses, el Vellochino de Oro.

El cambio de las ideas y de las condiciones de trabajo generaron además nuevos roces, era fácil percibir las diferencias que aparecían entre los viejos habitantes y los recién llegados en las aulas, el comercio y los talleres.

En 1893 los colonos suizos y alemanes de Esperanza, calzaron sus escopetas para oponerse a los impuestos abusivos

<sup>12</sup> ROBERTO ETCHEPAREBORDA, *Hipólito Yrigoyen, Perspectivas*, 1972, 121.

y a las arbitrariedades de los funcionarios locales. Después de un mes fueron contenidos, pero en los años siguientes formaron un sólido reducto del partido Radical <sup>13</sup>.

El 7 de abril de 1894 un joven médico Juan B. Justo fundó un periódico "socialista, científico y defensor de la clase obrera", titulado "La Vanguardia", bajo la inspiración de Fernando Lasalle y luego de Carlos Marx y el mismo año se organizó el partido Socialista Obrero Argentino.

Los nuevos sectores gravitarían en adelante en la vida institucional del país, el dominio de los hacendados y tenderos fue desplazado por los sectores medios y luego las nacientes organizaciones obreras harían escuchar su voz cada vez con más fuerza.

Alfredo L. Palacios fue elegido diputado, con el apoyo de los votos conservadores, en 1904, y el partido Socialista llegó a contar 42 mil votos, el año 1916, en la capital.

Más importante fue el grito lanzado por los colonos de Santa Fe, acuciados por la caída del valor de los cereales, en la Villa de Alcorta, el 25 de junio de 1912 contra los propietarios de los campos. Éstos exigían a los puesteros que les entregaran el 33 % de la cosecha en granos seleccionados, recogidos por sus propias máquinas y debidamente embolsados <sup>14</sup>.

Un abogado de Rosario Francisco Netri, organizó el movimiento bajo la forma de una Federación Agraria, que se extendió rápidamente por las Provincias de Buenos Aires, Córdoba y el Territorio de La Pampa con una considerable fuerza.

La revolución maximalista que se impuso en San Petersburgo el 7 de noviembre de 1917, a causa de las catástrofes militares y el derrumbe del régimen zarista, produjo una dilatada impresión y deslumbró a un buen número de literatos. Un hijo de Joaquín V. González aseguraba que la revolución rusa "surgía como un lucero que anunciaba la aurora de un mundo mejor" <sup>15</sup>.

<sup>13</sup> SCOBIE, *Revolution in the pampas*, 154, 160.

<sup>14</sup> SCOBIE, *Revolution*, 155; FERNS, *Argentina*, 160; DEL MAZO, t. II, 120.

<sup>15</sup> ROMERO CARRANZA, *Historia*, 577.

Las perspectivas fueron deformadas por una dialéctica hegeliana, espiritualmente opresora, que suscitó generosas esperanzas y amargas decepciones y por eso se la ha llamado el opio de los intelectuales.

VI. — El gobierno, indeciso y difuso, sin ideas concretas de progreso, en una sociedad todavía incipiente, se hallaba impulsado por dos resortes, el primero por un espíritu de repudio contra todo lo que tuviera relación con “el régimen falaz y descreído” de sus predecesores y el segundo por el deseo de solucionar sentimentalmente las dificultades prácticas.

Esa política aun en tiempos tan favorables, no resolvía los problemas, sino que los difería, como lo mostraron tres episodios característicos.

El primero fue la insurrección estudiantil que conmovió la Universidad de Córdoba, el 15 de junio de 1918, en nombre de la llamada “Reforma Universitaria”, iconoclasta y revoltosa. Como demostración de su filosofía, comenzaron por acuchillar con fervor los retratos de los clérigos que se encontraban colgados en la Sala del Rectorado y que tantos y valiosos servicios habían prestado en los años dramáticos de la Organización Nacional.

El fin de los “polinésicos” era apoderarse de las Facultades, en nombre de la Revolución, para imponer a su gusto estudios más fáciles y la reforma agraria del Yucatán <sup>16</sup>.

El modelo elegido para regenerar la Universidad fue curioso, sus mentores habían oído que en las Universidades norteamericanas votaban los “students”, palabra que ingenuamente tradujeron por estudiantes, sin advertir que sólo designaba a los egresados, que se distinguían por las generosas contribuciones que ofrendaban a su “Alma Mater” y que naturalmente tenían interés en verificar que esos fondos fueran bien administrados. Y así resolvieron con tan loable ejemplo, entregar también aquí el manejo de las Universidades a los estudiantes. De esta manera, la reforma universitaria fue un fruto sorprendente del imperialismo yanqui.

16 ROMERO CARRANZA, *Historia*, 536.

A pesar de las románticas ilusiones, de los discursos libertarios, las consecuencias de la reforma fueron la politización de los estudios, el descenso de las normas profesionales y la desorientación intelectual, en vez de emprenderse una reforma genuina se cayó en una reforma verbalista y desleída <sup>17</sup>.

El segundo brote fue más doloroso, el aumento de los reclamos obreros y a veces los salarios insuficientes, originaron numerosas huelgas, sin que el gobierno tuviera el tacto de encauzarlas, dar a cada cual lo suyo y evitar mayores daños <sup>18</sup>.

Alentados por la lenidad oficial, los agentes de la Tercera Internacional iniciaron una huelga particularmente violenta en la casa Vasena, el 7 de enero de 1919. Dos compañías de guardias se atrincheraron en los talleres para evitar que fueran incendiados, pero cuando el Jefe de Policía Elpidio González pretendió inspeccionar la escena de los disturbios, fue furiosamente agredido y su automóvil destruido.

La FORA declaró una huelga general por 24 horas, los más exaltados saquearon las armerías, levantaron los rieles del ferrocarril e incendiaron el Convento y el Colegio del Sagrado Corazón. La ciudad entre los escombros y los tiroteos, se deslizaba hacia el caos, hasta que reapareció en el Presidente Yrigoyen, siempre lento, el comisario y envió las tropas de línea para restablecer la paz. El saldo de una conducta tan parsimoniosa, fueron 60 muertos y 150 heridos, que pudieron evitarse, con una mayor previsión. Las normas del krausismo tan simpáticas como doctrina eran en la práctica insuficientes.

Más grave todavía fue la crisis patagónica, en el territorio de Santa Cruz, malcontento por la fuerte caída del precio de la lana, estalló en 1920 otro movimiento impulsado por un grupo anarquista. En zonas apenas protegidas por

<sup>17</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 80, 83, 112; ROUQUIÉ, 191.

<sup>18</sup> ROMERO CARRANZA, *Historia*, 539; PINEDO, *En tiempos de la República*, t. I, 41.

una policía nominal, un gallego actor de zarzuelas Antonio Soto, se erigió en secretario de la Sociedad Obrera de Río Gallegos, incitó a las huelgas del personal y a la ocupación de las estancias. Con algunas comparsas y los peones chilenos, asaltaron los almacenes rurales, robaron los caballos, quemaron los fardos de lana, cortaron los alambrados, carnearon ovejas, asesinaron a policías y obreros, tomaron de rehenes a los administradores y capataces, desplegaron banderas rojas y negras y lanzaron unos furibundos manifiestos.

Al fin preocupado, el Presidente Yrigoyen envió a principios de 1921 al Teniente Coronel Héctor Benigno Varela, al mando del Regimiento 10 de Caballería. Éste logró hacer entrar en razón a los insurrectos y cuando creyó la paz restablecida, volvió a Buenos Aires en el mes de marzo de 1921.

Pero todo había sido un engaño, en el mes de octubre estalló un segundo golpe de mano y Soto con la complicidad de las peonadas chilenas, saqueó otra vez las estancias. La situación se agravó tanto, que el Presidente Yrigoyen, ante la amenaza de la intervención del ejército chileno, envió nuevamente al Teniente Coronel Varela, con su Regimiento, para restablecer el orden. La Patagonia se salvó, pero el Teniente Coronel Héctor Benigno Varela fue asesinado por otro anarquista el 27 de enero de 1923<sup>19</sup>.

Crecía en la capital el desencanto y el número de huelgas, ferroviarios, correos, metalúrgicos, portuarios, en 1917 llegaron a 138, en 1918 subieron a 196 y en 1919 alcanzaron a 367, que el gobierno atribuía a unos fantasmales agitadores. Si con buenos sentimientos suele hacerse mala literatura, también con buenos sentimientos suele hacerse una desapareja administración<sup>20</sup>.

En el mismo Radicalismo afluían las corrientes centrifugas de los intereses. El Presidente Yrigoyen era por arriba de todo un Presidente porteño, y en el interior celoso de su autonomía crecían las resistencias. En San Juan se afir-

<sup>19</sup> ROMERO CARRANZA, 541; ROUQUIÉ, 133.

<sup>20</sup> ISMAEL BUCICH ESCOBAR, *Historia de los Presidentes*, 1927, 509; Chamfort advertía que "on ne joue pas aux echecs avec un bon coeur".

maban con vigor Federico y Aldo Cantoni y Carlos A. Porto, en Mendoza José Néstor Lencinas y su hijo Carlos Washington, en Entre Ríos Miguel Laurencena, Luis Etchevehere, los Mihura y los vascos de esa provincia, en Corrientes Miguel Susini, en Córdoba Arturo Bas y en la ciudad de Buenos Aires "los galeritas" que formarían más tarde el partido Radical Antipersonalista: Leopoldo Melo, Vicente Gallo, José Tamborini, Roberto Ortiz, Vicente Molina, Diógenes Tabora, Fernando Saguier y Arturo Goyeneche <sup>21</sup>.

VII. — En esa encrucijada, el Presidente Yrigoyen indicó en el Café de París el 12 de marzo, a los convencionales de su partido, en el más puro estilo roquista, que proclamaran candidato a presidente a Marcelo T. de Alvear y de vicepresidente a Elpidio González. Eligió para presidente al candidato más independiente y que le ofrecía las mejores garantías de respetarlo en el llano y por precaución a Elpidio González para vigilarlo <sup>22</sup>.

En la elección del 8 de abril de 1922, la fórmula Radical obtuvo 458.457 votos, la fórmula de la Concentración Nacional de Norberto Piñero y Rafael Núñez 200.080, los Demócratas Progresistas 73.222 y los Socialistas 73.186.

El Presidente Alvear siguió otra conducta, eligió a sus colaboradores por su capacidad y no por su docilidad partidaria. Así designó Ministros a José Nicolás Matienzo, Ángel Gallardo, Rafael Herrera Vegas, Celestino Marcó, Tomás Le Breton, Eufasio Loza, al General Agustín P. Justo y al Almirante Manuel Domecq García, "un ministerio muy desteñido", decían los contrariados capitostes del personalismo.

Esto le permitió jugar al golf, concurrir a los teatros a escuchar los sainetes sobre su gobierno, sin sofocones y comprobó las ventajas de trabajar con equipos bien formados.

Fue un remanso, el país retornó a la fórmula del Gene-

<sup>21</sup> JUAN B. ORONA, *La Revolución del 6 de septiembre*, 1966, 13; EDUARDO A. GARCÍA, 96, 139.

<sup>22</sup> GUILLERMO GALLARDO, *La presidencia de Alvear*, en la *Historia Argentina*, de Roberto Levillier, t. IV, 3407.

ral Roca, con un buen manejo de los intereses nacionales, el cuidado de los gastos y de la moneda, presupuestos equilibrados que impulsaron sensiblemente el bienestar y colocó a la Argentina a la cabeza de los países exportadores, "fue la edad de oro de las libertades"<sup>23</sup>.

El producto bruto nacional se hallaba muy por encima del promedio mundial. Todavía en la actualidad ese gobierno de solaz y concordia es añorado por muchos, como un modelo institucional que difícilmente se repetirá, era realmente la *belle époque*.

Bajo el gobierno del Presidente Alvear de 1922 a 1928, se dictaron la ley 11.317 del 30 de septiembre de 1924 sobre el trabajo de mujeres y menores en todo el territorio de la República y el decreto reglamentario del 9 de junio de 1925, la ley 11.278 del 5 de agosto de 1925 sobre el pago en moneda nacional de los salarios y la ley 11.357 del 22 de septiembre de 1926 sobre los derechos civiles de la mujer.

Los presupuestos de 1924 a 1927 arrojaron superávits y se redujo la deuda flotante a 870 millones que se transformó en consolidada. Tales eran los años de paz y bonanza que el 25 de agosto de 1927 se reabrió la Caja de Conversión.

VIII. — El 8 de septiembre de 1924 con motivo de las elecciones de Santiago del Estero, se produjo la división formal entre los Radicales Antipersonalistas, que habían acompañado al Presidente Alvear en su gobierno y los Radicales Personalistas que permanecían fieles a Yrigoyen.

Al fenecer el período presidencial los primeros proclamaron la fórmula Melo-Gallo y los segundos en el Teatro de la Ópera a Yrigoyen-Beiró, que al fallecer fue substituido por Enrique Martínez. Alvear cumplió con el cálculo de Yrigoyen y se mantuvo imparcial en la contienda. Se negó a volcar el peso de su influencia a favor de la fórmula Antipersonalista y sobre todo a intervenir la Provincia de Buenos Aires, que era el principal baluarte de sus adversarios, algunos observadores lo llamaban "el Capitán del Mafalda".

<sup>23</sup> IRAZUSTA, 111; FERNS, 156.



El 1º de abril Yrigoyen obtuvo 838.853 votos y la fórmula Melo-Gallo 414.026. A pesar de los caracteres tan distintos de la administración de Yrigoyen y de la administración de Alvear, a pesar de considerarse que los miembros de la segunda fórmula estaban mejor preparados para las tareas técnicas del gobierno, el magnetismo de Hipólito Yrigoyen, fue otra vez decisivo y arrastró los votos de los sectores modestos, no porque lo creyeran más capaz, sino porque mantenían a pesar de los hechos, una confianza supersticiosa en que protegería con más empeño sus intereses. Las decisiones electorales se basan más a menudo en los sentimientos que en las razones y las experiencias administrativas tienen en ese terreno poco valor didáctico.

El 12 de octubre de 1928, Yrigoyen a los 76 años llegó por segunda vez a la presidencia, en un afligente estado físico y mental y su breve administración le sería una vía crucis, en un mundo que ya no comprendía <sup>24</sup>.

El nuevo ministerio carecía de práctica, cuando el candidato a ocupar el Ministerio de Hacienda se excusó porque era sólo un poeta, le replicó que no se inquietara porque él lo dirigiría personalmente en los trabajos, "no necesitaba de sabios" <sup>25</sup>.

Se abrieron las compuertas que habían permanecido entornadas bajo la presidencia anterior, avanzaron los elementos más dispares, que sólo se distinguían por su entusiasmo partidario, en busca de puestos y ventajas, como ocurre a menudo en los torneos electorales, fue un ejemplo del viejo *spoils system* y el origen de una mayor decepción <sup>26</sup>.

La primera presidencia de Yrigoyen había sobrevivido impulsada por un excelente clima, que le permitió flotar sin mayores tropiezos, pero el viento cambió en esta segunda etapa y fue demasiado intenso para sus disminuidas fuerzas.

Habían pasado casi 15 años desde 1916, las corrientes continuaban su curso y en 1929 el ambiente era más exigen-

<sup>24</sup> FERNS, 195.

<sup>25</sup> SANCHEZ VIAMONTE, *El último caudillo*, 26, 32; DEL MAZO, *El Radicalismo*, t. II, 151.

<sup>26</sup> SANCHEZ VIAMONTE, *El último caudillo*, 75.

te. Habían desaparecido muchos de sus viejos partidarios, algunos decepcionados se habían alejado, el público reclamaba soluciones concretas y un mayor bienestar, en vez de mensajes esotéricos<sup>27</sup>.

Para peor, una crisis excepcionalmente severa azotó el mundo y a la Argentina y puso a prueba la capacidad de los gobernantes para afrontarla. Los factores económicos entraron a jugar con una fuerza irresistible, en un país acostumbrado a la vida fácil.

Los precios agropecuarios se derrumbaron de 1928 a 1930, en 1925 se exportaban 10 millones de toneladas de cereales por un valor de 1.972 millones y en 1930 unos 11 millones de toneladas por un valor de sólo 1.395 millones. Más costaba cosechar los cereales, que el importe que podía obtenerse, una vaca se vendía por 4 pesos, las rentas aduaneras cayeron en 30 millones, los quebrantos llegaron a 105 millones, el déficit del presupuesto a 900 millones y la deuda pública alcanzó 4.160 millones, el número de los automotores importados cayó de 69 mil a 6 mil, se precipitó la desocupación<sup>28</sup>.

Incidieron varios factores, cada uno con bastante fuerza para causar el descalabro, el irreparable envejecimiento y la falta de preparación del elenco gobernante, una ideología atrasada que fincaba el éxito de la administración en el balance de las elecciones y una resignación fatalista para afrontar los hechos, ante la decepción y luego el enojo del público cada vez más agobiado<sup>29</sup>.

La administración encabezada por un Presidente absorbente y débil, se dislocaba y se detenía. Las cesantías de numerosos empleados aumentaba el descontento. El Presidente

<sup>27</sup> DEL MAZO, *El Radicalismo*, 127.

<sup>28</sup> ADOLFO DORFMAN, *Evolución industrial argentina*, 1942, 75, 159; PEDRO S. MARTÍNEZ, *La revolución de 1930*, "Investigaciones y Ensayos", vol. XVII, 244; VICENTE OSVALDO CÚTOLO, *Manual de Historia Económica Mundial y Argentina*, 1981, 355, 382, 419.

<sup>29</sup> ETCHEPAREBORDA, *Breves anotaciones sobre la Revolución del 6 de septiembre de 1930*, 57, 61; CARLOS COSSIO, *La Revolución del 6 de septiembre de 1930*, 1933, 29, 60, 144; ATILIO E. CATTÁNEO, *Entre rejas*, 1939, 10, 23, 25.

no firmaba por desconfianza los expedientes, mas le inquietaba el desnudo de las artistas en los teatros, cundía la desazón entre sus partidarios <sup>30</sup>.

El invernador no conocía las ventajas del trabajo en equipo, no tenía asesores ni los toleraba, los pocos adictos que lo graban visitarlo carecían de fuerzas para afrontar problemas, cada vez más acuciantes.

Creó una institución característica "la amansadora", digna de los relatos de Saint Simon, que obligaba a los postulantes, incluso los Ministros, a hacer antesalas por semanas. Rodeado por una camarilla que lo aislaba, su incapacidad para afrontar la crisis mermó pronto su prestigio <sup>31</sup>.

El ejército era víctima de sus prevenciones, reincorporaba a oficiales dados de baja hacía muchos años, modificaba la fecha de los ascensos a pesar de los reglamentos, no ratificaba las designaciones en los grados superiores, en las filas se difundía un sabor de frustración y malestar <sup>32</sup>.

Por una ley térmica, el proceso institucional se caldeaba, la crisis afligía a todo el país y el espectáculo de las falencias del gobierno provocaba una reacción cada vez más viva de enojo. Para los socialistas y los conservadores, no existían diferencias de doctrina, sino un reclamo para que se resolvieran los problemas económicos concretos y se corrigieran los errores de aritmética.

El problema se ahondó porque el Presidente, ungido en su opinión por "el plebiscito popular", observaba con desdén al Congreso y consideraba un sacrilegio que se pusiera en tela de juicio sus opiniones. El Congreso sólo funcionó intermitentemente en 1929 y en 1930 apenas celebró unas sesiones preparatorias para discutir la validez de los diplomas de los diputados opositores.

<sup>30</sup> VIDAL LEDESMA, *6 de septiembre*, 1931, 11; PINEDO, *En tiempos de la República*, t. II, 63, 321; ETCHEPAREBORDA, *Yrigoyen*, 172.

<sup>31</sup> FRANCISCO REYNOLDS, *La Revolución del 6 de septiembre de 1930*, 1969, 21; GALVEZ, *Yrigoyen*, 322, 327; DEL MAZO, *El Radicalismo*, t. II, 25, 151; JOSÉ NICOLAS MATIENZO, *La Revolución de 1930*, 51; COSSIO, *La Revolución del 6 de septiembre*, 29.

<sup>32</sup> ROBERT A. PÓTASH, *El ejército y la política en la Argentina, 1928-1945*, 1981, 60; FERNS, 138.

Los legisladores de los distintos partidos que formaban la oposición, aunque minoritarios, eran más capaces y dominaban los debates, sin que los oficialistas pudieran refutarlos <sup>33</sup>.

Inhibidos por el temor a la excomunión los legisladores oficiales volvieron a actuar como en 1890. Si en ese año aparecieron "los incondicionales", 40 años después aparecieron "los genuflexos" como los calificó un conocido dirigente Radical, tal es la fuerza genética de las falencias institucionales.

Las intervenciones a Mendoza y San Juan con sus desaprensivos manejos y las vociferantes protestas de los Cantoni en las calles de Buenos Aires, comenzaron a alarmar la opinión. La intervención de la Provincia de Corrientes el 24 de abril de 1929 y la amenaza de intervenir a la Provincia de Entre Ríos agudizó el disgusto <sup>34</sup>.

Las grietas se abrían cada vez más anchas, el gobierno debió cerrar la Caja de Conversión el 16 de diciembre de 1929 y reconoció así su fracaso administrativo, la prosaica realidad trituraba los sueños apostólicos <sup>35</sup>.

Los Conservadores de la Provincia de Buenos Aires, los Demócratas de Córdoba y los Antipersonalistas de Entre Ríos, eran otros molestos focos de críticas. La campaña para la elección de diputados por la ciudad de Buenos Aires, el 30 de marzo de 1930, elevó la temperatura. Los candidatos del Partido Socialista Independiente, "los cuatro mosqueteros" Antonio De Tomaso, Héctor González Iramain, Federico Pinedo y Enrique Dickman, emprendieron una campaña devastadora.

En la capital los Socialistas Independientes obtuvieron 109.292 votos, otros partidos 83.070 y en último lugar los Radicales apenas 82.713. En la Provincia de Buenos Aires los Radicales lograron 176.906 votos y los Conservadores 154.117, en Córdoba los Radicales obtuvieron 78.233 votos

<sup>33</sup> M. G. SÁNCHEZ SORONDO, *Historia de seis años*, 1923, 82, 432; CARLOS ALBERTO QUINTERNO, *Historia reciente*, 1970, 160.

<sup>34</sup> MATIENZO, *La Revolución de 1930*, 20; GALVEZ, *Yrigoyen*, 340.

<sup>35</sup> FERNS, 201; EDUARDO A. GARCÍA, 148.

y los Demócratas 78.050, en Entre Ríos los Radicales 49.466 y los Antipersonalistas 47.785, la marea cambiaba <sup>36</sup>.

IX. — El partido Demócrata denunció el 4 de abril la violación de las urnas en la Provincia de Córdoba y los debates en el Congreso sobre los diplomas, colocaban en una situación cada vez más molesta a los legisladores oficialistas.

El 9 de agosto los representantes de la Unión Provincial de Salta, Liberal de Tucumán, Demócrata de Córdoba, Liberal de San Luis, Autonomista de Corrientes y Conservador de Buenos Aires lanzaron el famoso manifiesto de los 44, que exigía al Poder Ejecutivo “el cumplimiento de la Constitución y la correcta inversión de los dineros públicos” <sup>37</sup>.

Los artículos doctrinarios de los grandes diarios “La Prensa” y “La Nación”, las objeciones más populares de “Crítica” y las burlonas sátiras de “La Fronda” soliviantaban una opinión ya muy escaldada.

En un ambiente de resquemores, los movimientos cívicos y militares avanzaban. Se creía que sería muy difícil desalojar al yrigoyenismo del poder, por medio de elecciones, porque utilizaría toda clase de artificios para seducir a los votantes y a los mayores fraudes, como se observaba con recelo en Córdoba, Mendoza y San Juan. Ese camino exigiría además varios años y el derrumbe económico “las viñas de ira” de la desocupación y del hambre no permitían esperar <sup>38</sup>.

La nueva generación observaba con fastidio ese espectáculo en tiempos difíciles. Otras ideas mostraban metas distintas, Charles Maurras era admirativamente comentado en algunos cenáculos. Los *Camelots du Roi* ejercían una influencia romántica. Los ejemplos de Mussolini que había salvado a Italia del comunismo y obtenido que los trenes llegaran puntualmente, del General Primo de Rivera que ha-

<sup>36</sup> PINEDO, *En tiempos de la República*, t. II, 471.

<sup>37</sup> ABAD DE SANTILLÁN, *Historia*, t. IV, 1971, 195.

<sup>38</sup> VIALE LEDESMA, *6 de septiembre*, 18; ETCHEPAREBORDA, *Breves anotaciones*, 82; SAROBE, *Memorias*, 17.

bía impuesto en España el orden y derogado las gangas de los caciques pueblerinos, de un Profesor de Finanzas Antonio de Oliveira Salazar, que había logrado en Portugal el bienestar del pueblo con un espíritu humanista, fueron para muchos destellos seductores. Para Lugones había sonado la hora de la espada <sup>39</sup>.

Las mayorías electorales, no convalidan las transgresiones de la Constitución, ni el suicidio de los pueblos, el ejemplo del 22 de mayo de 1810 mantiene aún en nuestros días su valor intacto.

Se pronunciaban dos movimientos, el primero encabezado por el Teniente General José F. Uriburu era de carácter estrictamente militar y con el consejo de algunos doctrinarios, se proponía substituir el régimen de la ley Sáenz Peña, por una organización que representara directamente los grandes sectores de la población. El segundo, dirigido por el General Agustín P. Justo, el ex Ministro del Presidente Alvear, trataba en cambio de reemplazar, con el apoyo de los políticos amigos, el elenco gubernativo, por otro más capaz <sup>40</sup>.

El 28 de agosto Nicolás Repetto pronunció en la Cámara de Diputados un discurso lapidario que tuvo una decisiva repercusión. Acusó al Presidente de restaurar el unicato y el fraude, en San Juan se habían secuestrado 14.500 libretas para utilizarlas en la elección anunciada para el 7 de septiembre. Observaba que el Presidente era el apóstol de la pureza del sufragio, "pero si no podía ganar una elección en buena ley, estaba dispuesto a ganarla de cualquier manera", para salvar "la Causa" de la perfidia de sus enemigos. Recordaba que las administraciones de los años 80 habían sido un modelo de acierto, comparadas con el espectáculo de esos días <sup>41</sup>.

<sup>39</sup> ALFREDO COLMO, *La Revolución en América Latina*, 192, 66, 225; POTASH, 49.

<sup>40</sup> SAROBE, *Memorias*, 21; PINEDO, *En tiempos de la República*, t. I, 32; JUAN B. ORONA, *La Revolución del 6 de septiembre*, 1966, 31, 53, la participación, del Capitán Perón, 36, 37, 38, 39, 68, 78; POTASH, t. I, 49, 71, 73.

<sup>41</sup> *Cámara de Diputados*, 1930, t. II, 523; EDUARDO A. GARCÍA, 162.

El 29 de agosto, los legisladores Antipersonalistas Leopoldo Melo, Luis Etcheveré, Adolfo J. Paz, Carlos Vallejos, Alejandro Ruzzo, Enrique M. Mosca, Herminio J. Quirós, Miguel Aguirrezabala, Francisco Mihura, Manuel C. Cáceres, Rudecindo S. Campos, José Luis Ferraroti, Héctor S. López y Francisco J. Triana, lanzaron otro manifiesto donde volvían a acusar al gobierno de substraer las libretas cívicas para asegurarse el éxito en las elecciones cordilleranas <sup>42</sup>.

Cuando el Ministro de Agricultura concurrió a la Exposición de la Sociedad Rural en Palermo, el 31 de agosto fue recibido con tal silbatina que no pudo hablar y debió retirarse <sup>43</sup>.

Los estudiantes, primeramente asombrados y luego indignados por la inoperancia oficial, exigieron el 1º de septiembre, a través de la Federación Universitaria de Buenos Aires y una vibrante manifestación, la remoción del gobierno <sup>44</sup>.

El 2 de septiembre renunció el General Dellepiane, Ministro de Guerra, en términos severos, frente a "un gobierno sordo y ciego" formado por "incapaces y ambiciosos", "poco leales y muchos intereses" <sup>45</sup>.

El Decano de la Facultad de Derecho de La Plata, Alfredo L. Palacios y el Rector de la Universidad de Buenos Aires, Enrique Butty exigieron también su renuncia, tal era la sensación de desamparo.

El 3 de septiembre los 44 legisladores convocaron a un mitin que debía realizarse el 20 de septiembre, para reclamar "la vuelta a la normalidad constitucional, destruida por los actos de gobierno" <sup>46</sup>.

En todo este tumultuoso proceso, es preciso destacar la fuerza con que actúan las corrientes espirituales, que dan

<sup>42</sup> ORONA, *La Revolución del 6 de septiembre*, 197.

<sup>43</sup> COLMO, *La Revolución*, 56.

<sup>44</sup> ORONA, *La Revolución del 6 de septiembre*, 59, 64; VIALE LEDESMA, 71, 78; SAROBE, *Memorias*, 113; MATIENZO, *La Revolución de 1930*, 20, y también en JULIO QUESADA, *Orígenes de la Revolución del 6 de septiembre*, las cartas del Teniente de Navío Lauro Lagos y del ex Intendente Joaquín Llamabías, 85, 89.

<sup>45</sup> SAROBE, *Memorias*, 95; ABAD DE SANTILLÁN, *Historia*, t. IV, 224.

<sup>46</sup> ABAD DE SANTILLÁN, *Historia*, t. IV, 175.

tono al drama, animan a un sector para salvar el futuro del estado y detienen al otro, por el convencimiento de la incapacidad del gobierno para atajar la catástrofe.

Se ha dicho con un evidente estrabismo que "la Revolución de 1930 fue la primera ruptura del orden constitucional". Se olvida que el movimiento del 6 de septiembre fue un eslabón de los sucesivos chispazos que produjeron los desequilibrios internos, como prueban los movimientos de 1890, 1891, 1893, 1895 y 1905 en una sociedad que cambiaba alborotadamente y que su mayor diferencia con los anteriores fue que tuvo éxito.

Se desconoce también que desde 1928 el régimen encabezado por el Presidente Yrigoyen había comprometido el orden constitucional con el maniqueísmo, las intervenciones, los fraudes electorales, la claudicación del Poder Legislativo, hasta culminar el 10 de noviembre de 1929 con el asesinato del Senador Carlos Washington Lencinas, que marcó el hito sangriento del derrumbe institucional. Por añadidura estaba ostensiblemente incapacitado para enfrentar la crisis "consolidar la paz interna, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad" a todos los ciudadanos, según exigía el Preámbulo de la Constitución <sup>47</sup>.

Tampoco es posible calificar la crisis del 6 de septiembre de Revolución, pues no se propuso modificar las leyes fundamentales ni se depusieron funcionarios, orlados del título de una legitimidad que habían perdido por sus errores <sup>48</sup>.

La locomotora había sido descarrilada por el gobierno y el movimiento del 6 de septiembre fue sólo el instrumento necesario para volver a colocar el país sobre los rieles.

Los personajes del partido gobernante no atinaron tampoco a encauzar la corriente. En vez de exigir la renuncia de un Presidente valetudinario y el nombramiento de un Ministerio de prestigio, que hubiera disipado inmediatamente la tormenta, recurrieron a subterfugios inocuos. Temían la

<sup>47</sup> ALBERDI, *Fragmento Preliminar*, O. C., t. 188, 189, 190, contra el totalitarismo roussoniano; COLMO, *La Revolución*, 40, 47, 62; EDUARDO A. GARCÍA, 139, 173.

<sup>48</sup> DEL MAZO, *El Radicalismo*, 151.



excomuni3n del Presidente, que los hubiera arrojado al ostracismo, para la eternidad.

As3 anunciaron el 5 de septiembre que el Presidente hab3a delegado el mando en el Vicepresidente, un ingenuo escapismo para ganar tiempo, en el que nadie crey3.

El 6 de septiembre el General Urriburu, acompa3ado por el Coronel Juan Bautista Molina, sali3 de los cuarteles a las 7 de la ma3ana. S3lo contaba con el Colegio Militar, la Escuela de Comunicaciones y el 3 de Infanter3a, en total 1.500 hombres y en cambio permanecieron fieles al gobierno, la Guarnici3n de Campo de Mayo, el Arsenal y los Regimientos 1, 2 y 4 de Infanter3a. Le hubiera bastado al Vicepresidente dirigirse a Campo de Mayo y dictar la orden de represi3n, como hab3a hecho el Presidente Avellaneda desde Belgrano en 1880, para que el movimiento se ahogara sin verter una gota de sangre <sup>49</sup>.

Se ha repetido que existi3 un entendimiento previo entre el General Urriburu y el Vicepresidente y hasta que se firm3 un acta, por la cual se le entregar3a a 3ste el gobierno, con el apoyo de las fuerzas armadas. Esto explica que al encararlo esa tarde el General Urriburu y exigirle la renuncia, exclamara "he sido traicionado" <sup>50</sup>.

Mientras el Colegio Militar avanzaba hacia el centro, jubilosamente aplaudido, a las 10 de la ma3ana el Vicepresidente trat3 de formar un Ministerio con Enrique Larreta como Ministro de Relaciones Exteriores, Honorio Pueyrred3n de Hacienda y el Almirante Storni de Marina, que fue impugnado por algunos de sus correligionarios. A las 11.30 habr3a llegado a la Casa de Gobierno el Dr. Osvaldo Meabe. con la orden del Presidente Yrigoyen de no resistir. Lo cierto, es que el Dr. Mart3nez se neg3 con porf3a a mover

<sup>49</sup> SAROBE, *Memorias*, 25, 156; REYNOLDS, *La Revoluci3n*, 33, 38; COLMO, *La Revoluci3n del 6 de septiembre*, 61; DEL MAZO, t. II, 144; CARLOS FLORIA y ROBERTO CORT3Z CONDE, *La Argentina pol3tica*, 1981, 101.

<sup>50</sup> ORONA, *La Revoluci3n del 6 de septiembre*, 48, 83, 85 el acta; ETCHEPAREBORDA, *Anotaciones*, 71; ETCHEPAREBORDA, *Yrigoyen*, 204, en el arreglo habr3a intervenido un hermano del Vicepresidente; *Diez periodistas porte3os, al margen de la conspiraci3n*, 1933, 326, 369.

las fuerzas leales, a dictar la orden de represión o a hacer fuego y mandó levantar una bandera blanca <sup>51</sup>.

El 8 de septiembre el General Uriburu juró ante la Plaza de Mayo colmada de público. Se suponía que el país entraba en una etapa de paz y progreso y que la crisis sería vencida.

El Ministerio formado por el Dr. Matías Sánchez Sorondo en el Interior, Ernesto Bosch en Relaciones Exteriores, Ernesto E. Padilla en Justicia e Instrucción Pública, Enrique S. Pérez un antiguo soldado del Parque en Hacienda, Horacio Beccar Varela en Agricultura, Octavio S. Pico en Obras Públicas, el General Francisco Medina en Guerra y el Contralmirante Abel Renard en Marina tenía por misión fundamental aplicar las medidas administrativas más eficaces para sanear las finanzas y detener la hemorragia <sup>52</sup>.

Los distintos sectores que habían coincidido en la lucha contra el gobierno del Presidente Yrigoyen, después de su caída tomaron distintos rumbos. Particularmente la mayoría se opuso a los planes reformistas del General Uriburu que herían sus intereses, formaron el esquema de la "Concordancia" y "levantaron la candidatura presidencial del General Agustín P. Justo" <sup>53</sup>.

El Gobierno Provisional fue reconocido por la Corte Suprema en la Acordada del 10 de septiembre. El ex Presidente Marcelo T. de Alvear, le escribía desde París el 10 de enero de 1931 a su amigo Publio C. Massini. "Creo que la revolución ha realizado una obra saludable y de haber estado yo en ésa, hubiera participado del entusiasmo que Ud. experimentó." <sup>54</sup>

El Ministro de Hacienda Enrique S. Pérez puso en or-

<sup>51</sup> ATILIO E. CATTANEO, *Entre rejas*, 1939, 19, 22, 28, 31; REYNOLDS, *La Revolución*, 42; ORONA, *La Revolución*, 85; ETCHEPAREBORDA, *Anotaciones*, 69, 80, 93, 100, 102; COLMO, *La Revolución*, 36, 56, 145; DEL MAZO, *La Revolución*, t. II, 153; COSSIO, *La Revolución*, 58, 150; *Diez periodistas*, 221, 244, 246, 277, 288; CARLOS R. RIBERO, *Origen y desarrollo de la Revolución de septiembre*, 1932, 3.

<sup>52</sup> ORONA, *La Revolución del 6 de septiembre*, 97.

<sup>53</sup> PINEDO, *En tiempos de la República*, t. I, 32; EDUARDO A. GARCÍA, 177, 181.

<sup>54</sup> F. S. C., 158, 240; "La Prensa", 30 de agosto de 1986.

den las finanzas, ordenó severas economías y rebajó todos los sueldos en un 10 %. La balanza comercial que había arrojado 125 millones en contra en 1930, en 1931 llegó a 121 millones a favor, el dólar bajó de 1,28 a 1,18. El déficit se redujo de 239 millones en 1930 a 12 millones en 1934. Pidió a los Bancos un adelanto de 50 millones y le dieron 100 <sup>54a</sup>.

El gobierno ilusionado llamó a elecciones en la Provincia de Buenos Aires para el 5 de abril de 1931, sin advertir que las convalecencias suelen exigir tanto tiempo como las enfermedades. Así la fórmula Radical Pueyrredón-Guido triunfó con 218.000 votos sobre la fórmula Conservadora Santamarina-Pereda, que sólo obtuvo 187.000. Era patente que si los ciudadanos habían repudiado al gobierno inoperante de Yrigoyen, no deseaban que fuera reemplazado por otros candidatos considerados anacrónicos <sup>55</sup>.

El General Uriburu, enfermo y presionado por los partidos, convocó el 9 de mayo a elecciones presidenciales, para el día 8 de noviembre y con el fin de evitar el retorno del Radicalismo por vía de las urnas, vetó el 6 de octubre la fórmula Alvear-Güemes que tenía asegurado el éxito. La Concordancia adelantó la fórmula Justo-Roca y la Alianza Demócrata Progresista y Socialista a Lisandro de la Torre y Nicolás Repetto. Si el General Justo y sus partidarios no creían en el régimen corporativo que proponía el General Uriburu, tampoco creían en las virtudes de la ley Sáenz Peña.

La fórmula Justo-Roca obtuvo oficialmente 606.526 votos y la fórmula de la Torre-Repetto 487.955. El voto se redujo a una facultad hipotética y precaria, sometida al prudente juicio de los presidentes de mesa, como en los buenos tiempos, apareció la borbónica doctrina del fraude patriótico <sup>56</sup>.

El 22 de febrero de 1932 asumió la presidencia el General Justo. Fueron sus primeros Ministros Leopoldo Melo

<sup>54a</sup> *La obra de la Revolución de 1930, 1931, 53 la acción económica.*

<sup>55</sup> ORONA, *La Revolución del 6 de septiembre*, 124; COLMO, *La Revolución*, 76; POTASH, 103.

<sup>56</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 182; POTASH, 1100, 112.

en el Interior, Saavedra Lamas en Relaciones Exteriores, Alberto Hueyo un excepcional administrador en Hacienda, Manuel R. Alvarado en Obras Públicas, Manuel M. de Iriondo en Justicia e Instrucción Pública, Antonio de Tomaso en Agricultura, el General Manuel A. Rodríguez en Guerra y el Almirante Pablo Casal en Marina.

La alianza de los viejos partidos provinciales, los Radicales Antipersonalistas y los Socialistas Independientes realizó una equilibrada administración. El General Justo tomó en manos el gobierno y mostró que una economía bien dirigida era preferible a la imprevisión, que termina siempre en el caos. Se operó un reflujó de las corrientes, se volvió al estilo del Presidente Alvear, con Ministros capaces y sensatos, que en dos años rescataron al país de la crisis<sup>57</sup>.

Bajo esa presidencia se reestructuró la organización económica y financiera, las leyes 11.586 y 11.682 del 30 de junio de 1932 y 4 de enero de 1933 establecieron el impuesto a los réditos, la ley 11.587 también del 30 de junio de 1932 estableció el impuesto a las transacciones, la ley 11.619 del 24 de agosto de 1932 se refirió a la construcción de escuelas, la ley 11.626 del 20 de septiembre de 1932 amnistió los delitos políticos y militares, la ley 11.640 del 7 de octubre de 1932 estableció el sábado inglés, la ley 11.645 del 8 de octubre de 1932 las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la ley 11.658 del 20 de septiembre de 1932 creó la Dirección de Vialidad Nacional, que bajo la administración del Ingeniero Justiniano Allende Posse construyó más de 30.000 kms. de caminos pavimentados y cambió el país, la ley 11.668 del 21 de diciembre de 1932 creó la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, el 3 de enero de 1933 se dictó el Decreto 11.617 sobre el descanso dominical, la ley 11.683 del 4 de enero de 1933 estableció la Dirección General del Impuesto a los Réditos, la ley 11.684 del 15 de marzo de 1933 creó el Crédito Agrario, la ley 11.719 del 30 de septiembre de 1933 estableció la nueva ley de quiebra, la ley 11.723 del 28 de septiembre de 1933 reglamentó los dere-

<sup>57</sup> IRAZUSTA, 144.

chos de propiedad intelectual, la ley 11.729 del 21 de septiembre de 1933 estableció los derechos de los empleados de comercio, la ley 11.742 del 7 de octubre de 1933 organizó el funcionamiento de la red de elevadores, la ley 11.746 del 7 de octubre de 1933 reglamentó la administración de los Ferrocarriles del Estado, la ley 11.747 del 7 de octubre de 1933 estableció la Junta Nacional de Carnes, la ley 11.837 del 16 de junio de 1934 dispuso el cierre de las casas de comercio a las 20 horas, la ley 11.867 del 17 de agosto de 1934 reglamentó la transmisión de los establecimientos industriales y comerciales, la ley 11.896 del 28 de agosto de 1934 creó la Junta Nacional para combatir la desocupación, la ley 11.924 del 26 de octubre de 1934 estableció la Justicia de Paz Letrada, la ley 11.923 del 15 de octubre de 1934 estableció la protección a la maternidad de empleadas y obreras, la ley 12.103 del 8 de octubre de 1934 creó los Parques Nacionales, la ley 12.137 del 24 de diciembre de 1934 organizó la Junta Reguladora de Vinos, la ley 12.155 del 28 de marzo de 1935 fundó el Banco Central, la ley 12.156 también del 28 de marzo reglamentó el régimen bancario, la ley 12.157 también del 28 de marzo creó el Instituto Movilizador, la ley 12.161 del 26 de marzo de 1935 reglamentó el régimen legal de las minas de petróleo, la ley 12.205 del 25 de septiembre de 1935 estableció la ley de la silla, la ley 12.206 del 7 de octubre de 1935 adoptó el Código Sanitario Panamericano, la ley 12.227 del 3 de octubre de 1935 estableció el Fondo Permanente de la Comisión Nacional de Cultura, la ley 12.162 del 19 de junio de 1935 creó la Caja de Jubilaciones para Periodistas y Gráficos, la ley 12.227 del 3 de octubre de 1935 fundó la Comisión Nacional de Cultura, la ley 12.235 del 4 de octubre de 1935 estableció la Comisión Reguladora de Yerba Mate, la ley 12.253 del 5 de octubre de 1935 estableció la Comisión Nacional de Granos y Elevadores, la ley 12.265 del 30 de septiembre de 1935 reglamentó el descanso dominical, la ley 12.338 del 21 de diciembre de 1936 fundó la Asociación para el Progreso de las Ciencias, la ley 12.341 del 30 de

diciembre de 1936 creó la Dirección de Maternidad e Infancia y la ley 12.351 del 6 de noviembre de 1937 reglamentó el funcionamiento de los Museos.

Se creó el Instituto Cinematográfico, el Teatro de la Comedia, se compró el Palacio Paz para la sede del Círculo Militar, el Palacio Anchorena para el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Palacio Errazuriz con sus obras de arte, para el Museo de Arte Decorativo.

El Gobierno había capeado la tormenta, el país estaba organizado y próspero, su voz se alzaba con prestigio en los Congresos mundiales, ocupaba el 7º lugar entre los países exportadores, el 8º en el comercio foráneo y el 10º en las importaciones. La vida era barata, no había inflación y los jóvenes podían abrirse fácilmente camino, el Banco Central contaba con 4.494,2 millones de pesos oro y divisas netas a su disposición, los lingotes obstruían el paso por los corredores. Fábricas, usinas, silos, caminos, puentes y barcos, todo era esperanza y optimismo, la Argentina era indiscutiblemente el mejor país del mundo. Fue la gran década de la reconstrucción nacional, se había retornado a la senda perdida de 1838, de 1852, de 1880 y de 1922. Nadie tenía entonces la falta de recato de afirmar que la Argentina fuera un país subdesarrollado o en vías de un mojigato desarrollo <sup>58</sup>.

Se cuadruplicó la producción de aceite vegetal, crecieron las industrias químicas, las fábricas de papel y celulosa y de lana limpia. Pero faltaban todavía fábricas de tractores, camiones y automóviles <sup>59</sup>.

En cambio no pudo resolver el problema electoral quizás porque no tenía solución. La peor de las fórmulas de salvataje que pudo elegirse, fue la del fraude, que si fue justificable en 1810, no podía emplearse en un cuadro distinto como un habitual instrumento de gobierno, sin gestar temprano o tarde una tormenta.

Las presidencias del Dr. Alvear y del General Justo, dos oasis en la política vernacular, tuvieron éxito entre co-

<sup>58</sup> PINEDO, *La Argentina, su posición y rango en el mundo*, 1971, 430; POTASH, 126; FLORIA, *La Argentina política*, 42, 46; FERNS, 216.

<sup>59</sup> SCOBIE, *Argentina*, 178, 180.

rrientes centrífugas, porque supieron respetar las reglas de los derechos privados, buscaron la colaboración de los funcionarios idóneos y morigeraron los sectarismos, sabían que los ciudadanos antes que afiliados a un partido, eran argentinos.

Continuaron la tradición de las grandes generaciones, fueron sus discípulos y así lograron en cada una de las etapas que les correspondió, el bienestar de los pueblos que ahora añoramos.





### III

## LA CRISIS DE 1955

I. El Presidente Ortiz. — II. El Presidente Castillo. — III. El 4 de junio de 1943. — IV. Los roídos. — V. El nuevo rumbo. — VI. El problema económico.— VII. Nubes y relámpagos. — VIII. La crisis.

I. — Al llegar a los últimos tramos de su presidencia, el General Justo eligió para sucederle, a su Ministro de Obras Públicas Roberto M. Ortiz. Obedecía a la conocida regla institucional según la cual el Presidente designa a su reemplazante. El Dr. Ortiz tenía para el General Justo la doble ventaja de saber que le protegería las espaldas y que pertenecía al partido Radical. Para Vicepresidente eligió al Dr. Ramón S. Castillo, un conservador catamarqueño, íntegro y acreditado, que había sido vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y Decano de la Facultad de Derecho de Buenos Aires <sup>1</sup>.

En las elecciones del 5 de septiembre de 1937 la fórmula Ortiz-Castillo obtuvo 1.057.540 votos y la fórmula Alvear-Mosca 814.852, en tiempos de economía dirigida era previsible que las elecciones fueran también dirigidas.

El 20 de febrero de 1938 el Dr. Ortiz llegó a la presidencia y designó un Ministerio formado inicialmente por Radicales antipersonalistas y conservadores, Diógenes Taboada en el Interior, José María Cantilo en Relaciones Exteriores,

<sup>1</sup> POTASH, 156.

Pedro Groppo en Hacienda, Jorge E. Coll en Justicia y Educación, José Padilla en Agricultura, Manuel R. Alvarado en Obras Públicas, el General Carlos D. Martínez en Guerra y el Contralmirante León Scasso en Marina.

Su actuación fue moderada y progresista, se sancionaron distintas leyes de relevancia: la ley 12.367 del 2 de agosto de 1938 que creó la Gendarmería Nacional, la ley 12.372 del 12 de agosto de 1938 sobre la industria del vino, la ley 12.397 del 4 de octubre de 1938 que creó la Comisión Nacional de Tuberculosis, la ley 12.544 del 10 de octubre de 1938 sobre la liquidación de la moratoria hipotecaria, la ley 12.558 del 14 de octubre también de 1938 sobre la asistencia médica a los niños de edad escolar, la ley 12.581 del 30 de junio de 1939 que estableció la Caja de Jubilación de los Periodistas <sup>2</sup>.

Después de las elecciones nominales del 25 de febrero y del 3 de marzo de 1941 en la Provincia de Buenos Aires, el Presidente Ortiz corrigió el rumbo institucional y el 7 de marzo nombró interventor al Dr. Octavio Amadeo, con el amargo disgusto del partido Conservador <sup>3</sup>.

Se votaron luego la ley 12.630 del 2 de septiembre de 1940 que creó el Consejo Agrario Nacional, la ley 12.651 del 8 de octubre de 1940 para los viajantes de comercio y la ley 12.713 del 30 de octubre de 1941 sobre el trabajo a domicilio.

Estableció también las bases de la Dirección de Fabricaciones Militares, para promover las industrias vinculadas a las necesidades de las Fuerzas Armadas, que fue confirmada por la ley 12.709 del 16 de octubre de 1941 <sup>4</sup>.

El gobierno del Dr. Ortiz se desarrollaba apaciblemente en medio de una excepcional prosperidad, pero el General Justo no previó el juego de los factores personales que influyen tantas veces en la vida institucional. El Dr. Ortiz

<sup>2</sup> Sobre la legislación obrera sancionada antes de 1943 ver el *Libro Negro*, 118; CARLOS PELLEGRINI, *Organización del Trabajo*, O. C., t. II, 79, también las consideraciones del Decreto 8923 del 17 de septiembre de 1943 y el decreto 148.353 del 18 de marzo de 1943 firmado por el Presidente Castillo y el Ministro Culaciati.

<sup>3</sup> POTASH, 168, 171.

<sup>4</sup> POTASH, 181, 234, 360.

estaba enfermo de la vista y luego de varias licencias debió renunciar el 24 de junio de 1942.

II. — El Dr. Castillo lo reemplazó en la presidencia y gobernó casi con el mismo gabinete y el asesoramiento de los Profesores de la Facultad de Derecho.

Tuvo el mérito de formar la Flota Mercante del Estado, con los barcos italianos, franceses, alemanes, dinamarqueses y rumanos bloqueados en el puerto de Buenos Aires <sup>5</sup>.

Debió afrontar dos problemas inquietantes, el primero la posición de la Argentina frente a la guerra europea y el segundo las disputas por la elección del sucesor, que debía reemplazarlo el 20 de febrero de 1944.

Se aferró a la neutralidad por dos motivos, el primero por su condición psicológica de hombre del interior y el segundo porque estaba convencido de que si entraba en cualquier compromiso con los aliados después no le pagarían las ventas de los productos argentinos y las considerarían como un aporte en la lucha contra el enemigo común <sup>6</sup>.

No tenía fuerzas propias, porque el partido conservador era una minoría y en el ejército carecía de firmes apoyos. Cometió además el error de reemplazar en el Ministerio de Guerra al General Juan N. Tonazzi, que respondía al General Justo, por el General Pedro R. Ramírez que respondía al GOU, no tenía votos ni bayonetas <sup>6a</sup>.

El país cambiaba, la población de 11.452.374 en 1930 llegaba en 1944 a 15.260.013. El capital extranjero que en 1914 alcanzaba a 8 mil millones de dólares o sea el 48 % del capital existente, bajó en 1931 del 31 % al 15,4 % con el inevitable debilitamiento de la economía local <sup>7</sup>.

En 1935 el número de establecimientos industriales era de 37.362, el número de propietarios 48.035, de empleados 41.513, y de obreros 396.303, en 1946 el número

<sup>5</sup> Ley 12.786 del 25 de agosto de 1941 y decretos 106.893 del 20 de noviembre y 110.672 del 31 de diciembre de 1941; CUTOLO, 597.

<sup>6</sup> ESCUDÉ, 21; ALFREDO GALETTI, *La política y los partidos*, 1963, 140.

<sup>6a</sup> DAVID KELLY, *The ruling fews*, 1953, 287.

<sup>7</sup> *Sur*, 90, 138.

de establecimientos industriales subió a 84.985, de propietarios a 114.725, de empleados a 124.000 y de obreros a 899.032. Aumentó la producción de textiles y de bienes de consumo, pero faltaban máquinas y repuestos y disminuyó la destilación del petróleo. Por primera vez las industrias alcanzaron al 24 % del Producto nacional y la agricultura bajó al 19 %<sup>8</sup>.

En 1870 la población rural era del 76 % y la urbana del 24 %, en 1910 la población rural era del 48 % y la urbana del 52 % y en 1945 la población rural era del 20 % y la urbana del 80 %.

Las masas obreras se duplicaron, los peones del interior se trasladaban a la urbe atraídos por el fuego fatuo de los mayores salarios y formaron un cinturón de villas miserias, más inquietas y premiosas<sup>9</sup>.

Se renovaban los elencos, Indalecio Gómez falleció el 12 de agosto de 1920, Dardo Rocha el 6 de septiembre de 1921, Joaquín V. González el 20 de diciembre de 1923, el General Uriburu el 29 de abril de 1932, el Presidente Yrigoyen el 3 de julio de 1933, Antonio de Tomasso el 3 de agosto de 1933, el General Manuel A. Rodríguez el 4 de febrero de 1936, Lisandro de la Torre el 5 de enero de 1939, Marcelo T. de Alvear el 23 de marzo de 1942, el Presidente Ortiz el 15 de julio de 1942 y el General Justo el 11 de enero de 1943 y así se abrieron las puertas a las nuevas corrientes.

Cambiaban también las normas intelectuales, agitaban el ambiente las furiosas diatribas entre los partidarios de Marx y los del Nacionalismo popular de Hitler, las heréticas doctrinas económicas de Keynes y los cánones de Freud, Einstein y Russell.

III. — Un gobierno sin respaldo no podía sobrevivir mucho tiempo. Después de los cabildeos de la Logia, las tropas de Campo de Mayo, al mando del General Rawson, marcha-

<sup>8</sup> *Sur*, 230; SCOBIE, *La Argentina*, 186.

<sup>9</sup> *Sur*, 94, 139, 342; POTASH, t. II, 1981, 15, 17; SCOBIE, *La Argentina*, 187; FLORIA, *La Argentina*, 48; RIVERO ASTENGO, *Pellegrini*, 1, 122.

ron el 4 de junio de 1943 sobre la Casa Rosada. Pero a los dos días el General Rawson renunció a la Presidencia, cuando los complotados impugnaron su ministerio <sup>10</sup>.

Lo reemplazó el 6 el General Pedro Pablo Ramírez, tres días antes, Ministro de Guerra del Presidente Castillo. Sin experiencia, los primeros Ministros fueron el Coronel Alberto Gilbert en el Interior, el Vicealmirante Segundo R. Storni en Relaciones Exteriores, el Coronel Elbio C. Anaya en Justicia e Instrucción Pública, Juan A. Santamarina en Hacienda, el General Diego I. Mason en Agricultura, el Vicealmirante Ismael S. Galíndez en Obras Públicas, el General Edelmiro J. Farrel en Guerra y el Contralmirante Benito S. Sueyro en Marina <sup>11</sup>.

El Coronel Perón, Jefe entonces de la Secretaría del Ministerio de Guerra, solicitó el desdeñado Departamento Nacional del Trabajo, era el único que sabía adónde se dirigía. El Decreto 1580 del 29 de junio de 1943 impuso una rebaja de hasta el 20 % en los alquileres y el Decreto 2015 del 3 de julio también de 1943, bonificó los sueldos del personal de la administración pública en un 10 %. Se detuvo la construcción de las viviendas y se inició la inflación <sup>12</sup>.

Por el Decreto 15.074 del 23 de noviembre obtuvo que el Departamento Nacional del Trabajo fuera elevado al rango de Secretaría, con amplias facultades para resolver los problemas obreros. Había vivido en Italia y había aprendido los procedimientos eficaces para manejar las masas, comenzó en seguida su campaña para la captación de los sindicatos y alentó todos los reclamos. <sup>13</sup>.

Los Decretos 3953 y 3954 del 28 de julio y 12.154 del 26 de octubre de 1943 intervinieron las Universidades del Litoral, de Cuyo y de Córdoba, Rectores y Decanos fueron detenidos. En Santa Fe se expulsaron 21 directores y maes-

<sup>10</sup> POTASH, 265, 267, 269; *El Libro Negro de la Segunda Tiranía*, 1958, 24; EDUARDO A. GARCÍA, *Yo fui testigo*, 1971, 244, 255, 256.

<sup>11</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 301; FERNS, 224; POTASH, 279, 298, 310.

<sup>12</sup> *Yo, Juan Domingo Perón*, relato autobiográfico, 1981, 38, 39, 40, 45, 46, 116; SÁNCHEZ SORONDO, 397, 425.

<sup>13</sup> JÓRGE ABELARDO RAMOS, *La era del peronismo*, 1981, 43; EDUARDO A. GARCÍA, 294, 427; AIZCORBE, 41.

tros de escuela y otra resolución declaró en comisión a 40 mil maestros dependientes del Consejo Nacional de Educación. Más tarde la ley 13.031 del 26 de septiembre de 1947, sancionó el nuevo "Régimen Universitario", sometido directamente al Poder Ejecutivo.

El Decreto 16.673 del 16 de diciembre de 1943 sancionó el Estatuto del Servicio Civil de la Nación, el Decreto 18.411 del 31 de diciembre dispuso que se impartiera la enseñanza religiosa en las escuelas dependientes del Ministerio de Instrucción Pública.

Por el decreto 1830, del 26 de enero de 1944, el Presidente Ramírez sin capacidad de maniobra y sitiado por los gobiernos aliados, rompió las relaciones diplomáticas con Alemania y el Japón y debilitó así su posición interna<sup>14</sup>.

Se ha atribuido el movimiento del 4 de junio contradictoriamente a la influencia del Eje o a la presión de los aliados y también a la disconformidad con algunos de los candidatos mencionados para las próximas elecciones presidenciales. La realidad es más sencilla, la Logia llenó un vacío de poder y fue la obra de las inclinaciones de mando de alguno de sus miembros apoyados en los tanques.

Las autoridades impusieron un esmerado control sobre la opinión pública. El Decreto 18.644 del 21 de octubre de 1943 creó la Subsecretaría de Informaciones y Prensa, dependiente de la Presidencia, con 867 empleados y 300 contratados para asistir a los periodistas en sus tareas. El Decreto 18.407 del 31 de diciembre de 1943, declaró de interés público, toda la actividad publicitaria ejercida por medio de la prensa y dictó las normas a que debían someterse sus órganos y el Decreto 18.408, de la misma fecha dispuso que los editores de diarios y revistas debían remitir 15 ejemplares de cada número a la Subsecretaría de Informaciones y Prensa.

<sup>14</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 270, 276, 289; JUAN V. ORONA, *La dictadura de Perón*, 1970, 31, 33, 72, 190; *Sur*, 343; PETER WALDMAN, *El peronismo 1943-1956*, 1981, 17, 228, 325; AMÉRICO GHIOLDI, *Historia crítica de la revolución de 1943*, 1950, 475; ECUDÉ, 127, 228, también el decreto 13.467 del 12 de noviembre de 1943 sobre el Colegio del Salvador.

El Decreto 7618 del 25 de marzo de 1944 sancionó el Estatuto Profesional del Periodista, impuso el requisito de la Matrícula y del carnet profesional, bajo la égida de la Secretaría de Trabajo. Más tarde el Decreto 31.331 del 8 de octubre de 1948 limitó el número de páginas de los diarios, se centralizó la distribución del papel en la Subsecretaría de Informaciones y Prensa y se negó a los diarios más críticos, el uso de los servicios postales.

El indeciso gobierno del General Ramírez apenas sobrevivió hasta el 24 de febrero de 1944. El 9 de marzo el General Farrel era designado Presidente y el Coronel Perón Vicepresidente, con retención de sus cargos en el Ministerio de Guerra y en la Secretaría de Trabajo.

La medida más perdurable de ese gobierno fue cambiar la mano de la circulación de los vehículos en las calles de la izquierda a la derecha.

IV. — El Coronel Perón encabezaba el poder, sólo le faltaba organizar un partido para alcanzar la presidencia dentro de los mecanismos constitucionales. Para lograrlo por el Decreto 18.409 del 31 de diciembre de 1943 comenzó por disolver los partidos existentes.

Por el Decreto 6945 del 27 de marzo de 1945, el Presidente Farrel con la firma del Ministro de Guerra Coronel Perón, declaró a su vez la guerra al Japón y a la Alemania agonizante, ante el bochorno general <sup>15</sup>.

Comenzó a cundir la inquietud ante los movimientos del Coronel. Con el fin de contenerlo se formó la "Unión Democrática" constituida por los partidos Radical, Socialista, Demócrata Progresista y Comunista y se excluyó a los partidos Conservadores, como ovejas apestadas. El 19 de septiembre de 1945 la "Unión Democrática" organizó una marcha por la "Constitución y la Libertad" formada por elementos discordantes, que no encontró argumento más convincente para reclutar adeptos, que proferir toda clase de improperios al pasar frente a las oficinas del Ejército en Callao y Viamonte <sup>16</sup>.

<sup>15</sup> GHIOLDI, 512; ESCUDE, 172.

<sup>16</sup> ORONA, *La dictadura*, 49; POTASH, 377; EDUARDO A. GARCÍA,

El desasosiego aumentaba, el 25 de septiembre de 1945, los Generales Rawson y Osvaldo R. Martín, Jefe de la IV División, intentaron vanamente un pronunciamiento en Córdoba. Para detener las protestas de los estudiantes el gobierno cerró las Universidades de Buenos Aires, La Plata y el Sur.

Sorpresivamente el 9 de octubre, el acantonamiento de Campo de Mayo exigió la renuncia del Coronel Perón a todos los cargos y lo trasladó detenido a la isla de Martín García. El problema parecía solucionado, cuando el 12 de octubre un nutrido grupo se reunió frente al Círculo Militar, sobre la Plaza San Martín y con la misma perspicacia, en vez de apoyar la pronta elección de un nuevo Presidente, cualquiera que fuere "no advirtió el apremio" y se empeñó en lanzar otra ristra de agravios contra los mismos oficiales que habían depuesto al Coronel Perón y en exigir cándidamente la entrega del gobierno a la Corte Suprema<sup>17</sup>.

Los partidarios del Coronel Perón, en los Sindicatos y en el Gobierno, particularmente Cipriano Reyes y el Coronel Mercante vieron la oportunidad y el 17 de octubre organizaron una marcha obrera hacia la Plaza de Mayo, que pudo ser encauzada con un piquete de policía y se transformó en una verbena, que le devolvió el prestigio ante la inoperancia de sus adversarios<sup>18</sup>.

El General Farrell, inquieto por las protestas convocó a elecciones para el día 24 de febrero de 1946. El partido Radical y sus aliados con la etiqueta de la "Junta Democrática", convencidos de su arrolladora mayoría, proclamaron la fórmula Tamborini-Mosca y rechazaron puritanamente un acercamiento a los conservadores. El Coronel Perón, con el incipiente partido Laborista, que en 1947 se transformaría en el partido Peronista, proclamó la fórmula Perón-Quijano. Con-

---

326; *El Libro Negro*, 27; PASTOR, *Frente al totalitarismo peronista*, 1959, 136; ENRIQUE DÍAZ ARAUJO, *La Conspiración del 43*, 1971, 299, 307; "La Prensa", 20 de septiembre de 1944.

17 ORONA, *La Logia militar que derribó a Castillo*, 1966, 77, 95; *La dictadura de Perón*, 21, 50, 319; EDUARDO A. GARCÍA, 331, 333, 335; "La Prensa", 13 de octubre de 1944.

18 WALDMAN, 17,162.



taba con el apoyo de los Sindicatos, un sector del partido Radical, el Clero y numerosos grupos Conservadores <sup>19</sup>.

El 20 de diciembre de 1945 dictó el estratégico decreto 33.302 que instituyó en el artículo 45 el aguinaldo y volcó a su favor a vastos sectores de obreros y empleados en contra de los desconcertados empresarios <sup>20</sup>.

El gobierno puso a disposición del Coronel Perón los diarios, las radios, locales, trenes, automóviles, la policía y los tiros. El Coronel Perón conocía la táctica militar y sus opositores apenas la táctica de los cafés. El Clero alentado por el Decreto de la enseñanza religiosa no estaba dispuesto a apoyar una alianza con los Socialistas y los Comunistas que habían incendiado en España las iglesias para mostrar su respeto por la libertad de pensamiento y violado las monjas, como otra prueba de adoctrinamiento intelectual. Los cabecillas Conservadores de las provincias al verse amenazados, por las represalias de los Radicales, se volcaron al partido Laborista que les brindó plenas garantías. Por su parte los Comunistas votaron en el cuarto oscuro por el Coronel Perón que les ofrecía un mayor campo de proyección <sup>21</sup>.

Los dos decretos 18.411 sobre la enseñanza religiosa y 33.302 sobre el aguinaldo pasaron decisivamente en el proceso electoral.

Sucedió lo previsible, en las elecciones del 24 de febrero de 1946 la fórmula Perón-Quijano obtuvo 1.478.372 votos y la fórmula Tamborini-Mosca 1.211.666. La diferencia fue de solo 266.706, si el voto Conservador que superaba

<sup>19</sup> Yo, Juan Domingo, 41, 77; ORONA, 41, 77; ORONA, *La dictadura*, 38, 42; POTASH, t. II, 31; EDUARDO A. GARCÍA, 392; GHIOLDI, 51; RAMOS, 134.

<sup>20</sup> POTASH, t. II, 59; EDUARDO A. GARCÍA, 364; RAMOS, 90; FERNS, 230; JULIO IRAZUSTA, *Balance de siglo y medio*, 1972, 182; FAYT, 127; RAMOS, *La era del peronismo*, 95.

<sup>21</sup> *A 30 años de la Revolución Libertadora*, 1985, 10; CARLOS FLORIA, *La Argentina política*, 51; ORONA, *La dictadura*, 53, 352; POTASH, 40, 72; WALDMAN, 102; *El Libro Negro*, 50; EDUARDO A. GARCÍA, 347, 348, 368; MANUEL MORA Y ARAUJO e IGNACIO LLORENTE, *El voto peronista*, 1980, 286, 290; GHIOLDI, 53; FERNS, 237; en la Provincia de Buenos Aires los votos Conservadores en la elección anterior habían llegado a 200 mil y en 1946 bajaron a 50 mil, claramente 150 mil se volcaron al partido Laborista; GALINDEZ, *Apuntes*, 75; ADRIAN FREIJO, *Lecciones de nuestra historia*, 1977, 99, 115.

en el país la cifra de 1 millón, se hubiera volcado a la fórmula Radical, su triunfo hubiera sido aplastante <sup>22</sup>.

El desplazamiento institucional de las grandes masas de la población era visible, el sector obrero, bien ordenado en los Sindicatos, adquirió más fuerza que los sectores medios, dominantes hasta entonces, sobre todo adquirió conciencia de su fuerza.

El sector medio comprendía el 50 % de la población, los trabajadores el 35 % y el sector alto un 15 %, pero los obreros se mantenían unidos y el sector medio bajo tendía ocasionalmente a unirse con los obreros, para lograr algunas ventajas concretas.

V. — El 4 de junio de 1946 el primer gabinete del Coronel Perón estuvo formado por Ángel Gabriel Borlenghi en el Interior, Juan Atilio Bramuglia en Relaciones Exteriores, Belisario Gache Pirán en Justicia e Instrucción Pública, Ramón Jose Cereijo en Hacienda, Juan Carlos Picasso Elordy en Agricultura, el General Juan Pistarini en Obras Públicas, el General José Sosa Molina en Guerra, el Capitán de Navío Fidel Anadon en Marina y Secretario Técnico, con rango de Ministro el Dr. José Figuerola, que sería su principal asesor <sup>23</sup>.

El factor personal volvió a influir en el proceso institucional, el Coronel Perón excelente orador y campechano, demostró ser en los primeros años un astuto captador electoral, aunque indeciso en los días difíciles. Viudo, el 22 de octubre de 1945 se casó con Eva Duarte, de vehemente espíritu y agradable figura, que se transformaría "en un extraordinario elemento de propaganda" <sup>24</sup>.

La filosofía institucional del Coronel Perón era característicamente mussoliniana, con la oratoria de balcón, el control de los Sindicatos, el monopolio de los canales de propaganda y la condena de los infieles <sup>25</sup>.

<sup>22</sup> *Sur*, 147, 345; POTASH, t. II, 39; EDUARDO A. GARCÍA, 369.

<sup>23</sup> ORONA, *La dictadura*, 70; POTASH, t. II, 79, 81.

<sup>24</sup> FERNS, 226; BARTOLOMÉ GALÍNDEZ, *Apuntes de tres revoluciones*, 1956, 9.

<sup>25</sup> WALDMAN, 12, una forma especial de fascismo, conservador, 53, 58, 60.

Imbuido por esa formación prefería la uniformidad a la diversidad, equiparaba la lealtad con la obediencia y consideraba todo reparo como una forma de subversión. Nunca había conocido la técnica de la conciliación propia de los gobiernos republicanos<sup>26</sup>.

Descartó los derechos de las minorías y no advirtió que era un error institucional y aritmético, tratar de imponer las decisiones roussonianas con el 55 % de los votos, frente al 45 % también de ciudadanos, que merecían ser consultados para lograr una moderada convivencia.

La experiencia condenaba sin embargo esa postura. Los resultados de la época de Rosas habían sido trágicos. La pérdida del control y del equilibrio eran inevitables. Alberdi lo señalaba con palabras inolvidables. "La blasfemia más capaz de lastimar los oídos de la libertad es proclamarse en alto gobierno de un partido, presidente de un partido, Constitución y leyes de un partido; es decir la justicia y la ilegalidad para los unos; ni el fuego ni el aire para los otros. La libertad tiene horror a esas expresiones. Por grande y meritorio que sea un partido, debe saber siempre que hay una cosa que vale mucho más que él y es la Nación".

No se podían lograr la paz, una armónica vecindad, el progreso hasta que no se eliminaran los rencores, la intolerancia, los genes coloniales.

El Coronel Perón, ascendido a General, después de su victoria en las urnas, entró a gobernar con una planificación centralista y autoritaria, que extendió su influencia a todos los confines del país<sup>27</sup>.

---

133; POTASH, 265; ORONA, *La dictadura*, 131; RAMÓN PRIETO, *Treinta años de vida argentina*, 1977, 21, 58; FLORIA, *La Argentina*, 53; *Yo, Juan Domingo*, 24, 28; AIZCORBE, 136; *Junta de Abogados Democráticos, La Campaña presidencial de 1946*, 1946, 27; MIGUEL J. CULACIATI, *La influencia nazi en la Revolución de 1943*, "La Prensa" 21 de junio de 1987.

<sup>26</sup> REYNALDO PASTOR, *Frente al totalitarismo peronista*, 67; GHIOLDI, 31, 131, 152, 323, 325, 327, 330, el régimen de cuartel; RAMOS, 141; FERNS, 207, 255, "odiaba la oposición"; ALBERDI, *O. C.*, t. VII, 78; JORGE ABELARDO RAMOS, *La era del peronismo*, 1981, 17.

<sup>27</sup> ORONA, *La dictadura*, 10; EDUARDO A. GARCÍA, 371; GHIOLDI, 356, el decreto del 29 de mayo de 1946; IRAZUSTA, 173; hace muchos años le pregunté a un conocido industrial italiano cual era la diferencia entre Benito Mussolini y sus discípulos sudamericanos y me contestó: dos siglos de cultura.

Emprendió una imperiosa campaña de propaganda, para lo cual absorbió la mayor parte de las publicaciones y la totalidad de las radios del país. Llevó a su lado a Jaime Yankelevich con la Radio Belgrano y más tarde las radios Splendid, Argentina, Rivadavia y Mitre. Sumó a sus filas la Editorial Haynes y sus órganos "El Mundo", "El Hogar", "El Mundo Argentino". Fundó "Democracia" y mandó cañonear "Crítica", pasó luego a controlar "Noticias Gráficas", "La Época", "El Día" de la Plata y "El Atlántico" de Bahía Blanca en total 66 publicaciones. "La Vanguardia" fue cerrada y "La Prensa" expropiada. No había defensas, las publicaciones dependían del suministro de papel y las empresas cinematográficas del suministro de películas<sup>28</sup>.

No permitía la subsistencia de centros que pudieran asumir una actitud inquisitiva, fueron intervenidos o disueltos la Sociedad de Beneficencia, la Sociedad Científica, la Sociedad Argentina de Escritores, el Museo Social Argentino, el Centro Argentino de Ingenieros, el Colegio Libre de Estudios Superiores y la Unión Industrial.

El Banco Central "nacionalizado" por el Decreto del 26 de marzo de 1946, se transformó de un organismo técnico en un instrumento partidario que le permitió controlar el movimiento financiero del país. Las objeciones del Senador Lisandro de la Torre a su implantación se cumplieron puntualmente. Fue desde entonces el gran grifo de la emisión y del encarecimiento de la vida<sup>29</sup>.

Los empleados públicos debieron enrolarse por "lealtad" en el partido oficial "para combatir a la oligarquía capitalista" concurrir a las manifestaciones, a los homenajes y contribuir con su óbolo a las colectas<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Decreto 13.474 del 14 de mayo de 1946 sobre las estaciones de Radiodifusión; Ley 14.241 del 15 de octubre de 1953; *Sur*, 353, 360, 386; WALDMAN, 67; POTASH, II, 150, 151; *El Libro Negro*, 80, 83; EDUARDO A. GARCÍA, 407, 471, 475, 484; GHIOLDI, 33, 71; "Revista del Colegio de Abogados", 1980, 23; JUAN ANTONIO SOLARI, *Doce años de oprobio*, 1956, 33, 48, 119, 169, 199; PASTOR, 181.

<sup>29</sup> EDUARDO E. CONESA, *Economía Argentina, bases y puntos de partida para su recuperación*, 1986, 86, 129; POTASH, II, 85; AIZCORBE, 197.

<sup>30</sup> WALDMAN, 71, 128, 240; POTASH, II, 202; *El Libro Negro*, 48; GHIOLDI, 465.

Enfiló disciplinadamente al Poder Legislativo, los legisladores oficialistas, debían entregar su renuncia firmada sin fecha para evitar cualquier herejía. Se limitó el uso de la palabra a los diputados opositores. Ernesto Sanmartino y Agustín Rodríguez Araya fueron expulsados del Congreso y Ricardo Balbín Jefe de la bancada Radical fue arrestado en marzo de 1950 y retenido en prisión 10 meses por haber incurrido en desacato al Presidente <sup>31</sup>.

Tuvieron que emigrar Silvano Santander, Miguel Ángel Zavala Ortiz, Mauricio Yadarola, Américo Ghioldi, Ernesto Sanmartino, Agustín Rodríguez Araya y Atilio Cattáneo. Alfredo Palacios, Nicolás Repetto, Adolfo Vicchi, Reynaldo Pastor, Eduardo A. García, Carlos Sánchez Viamonte, Adolfo Lanús, Federico Pinedo, Raúl Uranga y centenares de ciudadanos fueron alojados en las celdas de Villa Devoto.

La Cámara de Diputados inició un juicio crudamente "político" a la Corte Suprema y el Senado destituyó el 30 de abril de 1947 a los Jueces Roberto Repetto, Antonio Sargana, Benito Nazar Anchorena, Francisco Ramos Mejía y al Procurador General Juan Álvarez, "rompió el muro de la Constitución". Más tarde con el argumento de que era necesario según la "Constitución" de 1949 un nuevo acuerdo del Senado, el gobierno removió a casi todos los Jueces de la Capital y de las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Catamarca <sup>32</sup>.

Con el decreto 23.852 del 2 de octubre de 1945, copiado de la "Carta del Laboro", impuso el régimen legal de las asociaciones profesionales de los trabajadores. Los Sindicatos fueron encuadrados dentro del plan oficial, se impuso la Central Obrera única, los Sindicatos únicos por gremios y los aportes compulsivos que debían retener los empleadores. Un obrero no podía disfrutar de las ventajas sociales si no se afiliaba a un gremio, prácticamente no podía subsistir. Debían elegir dirigentes adictos al Presidente para obtener la perso-

<sup>31</sup> Sur, 113; ORONA, *La Dictadura*, 152; *El Libro Negro*, 48; GHIOLDI, 465; SANTIAGO I. NUDELMAN, *Proceso contra la dictadura*, t. II, 190, 201.

<sup>32</sup> MARIANO J. DRAGO, *El juicio político como instrumento de opresión*, 205, la lista de los detenidos, 1942; Sur, 127, 130; WALDMAN, 64; *El Libro Negro*, 90, 91; EDUARDO A. GARCÍA, 441; PASTOR, 241; GHIOLDI, 296, 317.

nería y lograr nuevas “conquistas”. Los afiliados a la C.G.T. pasaron de 500 mil en 1947 a 1.500.000 en 1950 y a 3.000.000 y 5.000.000 más tarde. Algunos dirigentes prosperaron, otros murieron <sup>33</sup>.

Las Fuerzas Armadas quedaron también sujetas a un cuidadoso control, los candidatos a los ascensos eran seleccionados según los principios de la doctrina justicialista “el adoctrinamiento nacional” <sup>34</sup>.

En la misma forma se organizó la educación en las tres etapas y se la empleó para difundir los sanos principios, con docentes bien inspirados y libres de “deformaciones maliciosas”.

Toda crítica al gobierno era considerada como una ofensa al Estado. Se suprimió el Consejo Nacional de Educación, la educación primaria retrocedió de 307.000 inscriptos en 1939 a 276.000 en 1946, cuando debieron inscribirse, de acuerdo con el aumento de la población 480.000, apenas la tercera parte concluía el ciclo.

Se imprimieron 200.000 ejemplares de “La Razón de mi Vida” para servir de texto obligatorio. Se otorgaron 4.199 certificados de habilitación para ejercer la docencia a afiliados sin título. Se creó la “Unión de Estudiantes Secundarios” UES, una versión del “Dopo Laboro” para inculcarles los principios de la Doctrina Nacional. Se expulsaron 1.533 Profesores de las Universidades <sup>35</sup>.

El maniqueísmo, el “patriotismo federal” que tantas desgracias había causado en los años de Don Juan Manuel, rebrotó atávicamente, hasta hundirse en el intoxicante culto de la personalidad <sup>36</sup>.

No comprendía la riqueza de los contrastes y de los

<sup>33</sup> WALDMAN, 150, 169; POTASH, II, 29; *Libro Negro*, 120, 128; EDUARDO A. GARCÍA, 396; GHIOLDI, 77; FERNS, 234.

<sup>34</sup> La ley 13.996 del 6 de octubre de 1950 y la ley 14.063 del 12 de octubre de 1951; POTASH, II, 157, 162, 164, 176, 234; PASTOR, 461; GHIOLDI, 347.

<sup>35</sup> La ley 14.126 del 17 de julio de 1952; WALDMAN, 129, 241, 242; POTASH, II, 238; *Sur*, 295; ORONA, 205; *El Libro Negro*, 131, 136, 141; EDUARDO A. GARCÍA, 243; RAMOS, 144; *A 30 años de la Revolución del 43*; GHIOLDI, 136, 390, 419, la influencia mussoliniana de los “balillas”; SOLARI, *Doce años*, 155.

<sup>36</sup> GHIOLDI, 161, 486.

matices, el desorden fecundo de la vida y de las ideas, aneponía las afinidades partidarias a los valores personales. Opuesta había sido la postura del Presidente Avellaneda, que le valió el éxito. Éste advertía llanamente que “en estos debates por más ardientes que sean no olvidaremos ni la fraternidad patriótica ni la caridad humana”<sup>37</sup>.

El aumento de la presión, causaba la inevitable reacción, los miembros de los principales partidos, al ver cerradas las puertas institucionales, comprendieron que no les quedaba más camino para recuperar la libertad y el ejercicio de los derechos constitucionales, que la resistencia cívica<sup>38</sup>.

Otras medidas fueron más explicables, el Decreto 8923 del 17 de septiembre de 1943, creó la Cámara Informativa de Salarios, el Decreto 8537 del 3 de abril de 1944 el Banco de Crédito Industrial Argentino, el Decreto 28.169 del 17 de octubre de 1944 implantó el Estatuto del Peón, que rompió como un cuño la vieja solidaridad entre los estancieros y su personal, el Decreto 23.347 del 30 de noviembre de 1944 creó los Tribunales de Trabajo, el Decreto 33.302 del 30 de diciembre de 1945 creó el Instituto Nacional de las Remuneraciones, la ley 12.387 del 21 de junio de 1947 el plan siderúrgico que desarrolló el General Savio, la ley 13.020 del 27 de septiembre de 1947 fijó los salarios y las condiciones de trabajo rural, la ley 13.229 del 3 de septiembre de 1947 creó nominalmente la Universidad Obrera, la ley 14.397 del 12 de enero de 1955 sancionó el régimen de jubilaciones para los trabajadores independientes, empresarios y profesionales y la ley 14.399 del 3 de enero de 1955 extendió la jubilación a los trabajadores rurales, pero se opuso resueltamente a toda reforma agraria<sup>39</sup>.

Para apuntalar la estabilidad del gobierno ante los contrastes económicos, cada día más fastidiosos, dictó el Decre-

<sup>37</sup> JORGE M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, 160, “acendrado patriotismo federal” y la divisa punzó; *La Biblioteca*, t. II, 1896, 335.

<sup>38</sup> MARTA LONARDI, *Mi padre y la Revolución del 55*, 1980, 43; POTASH, II, 109; SOLARI, *Doce años*, 35, 57.

<sup>39</sup> POTASH, II, 217; RAMÓN PRIETO, *Treinta años de vida argentina*, 1977, 45.

to 536 del 15 de enero de 1945 que definía los delitos contra la seguridad del Estado, el Decreto 337 del 13 de julio de 1946 que creó la oficina de "Coordinación de Informaciones de la Presidencia de la Nación" (SIDE), la ley 12.833 del 31 de agosto de 1944 que creó los Tribunales de Policía, la ley 13.234 del 7 de septiembre de 1948 que estableció la organización de la Nación para los tiempos de paz y de guerra y por los artículos 27 y 36 sometió a los civiles a los tribunales militares, la ley 13.482 del 14 de octubre de 1948 que creó el Registro Nacional de las Personas, la ley 13.569 del 13 de octubre de 1949 que amplió en el artículo 4º el campo del desacato a todo aquél que de cualquier modo ofendiere la dignidad o decoro de un funcionario, sin que pudiera probar la verdad de los hechos alegados, la ley 13.945 que reglamentó la tenencia y el comercio de armas y explosivos, la ley 13.985 del 11 de octubre de 1950 de represión del espionaje, sabotaje y traición que amplió aún más los delitos contra la seguridad del Estado, la ley 14.062 del 23 de octubre de 1951 que ratificó el Decreto 19.376 del 28 de septiembre sobre el estado de guerra interno e impuso la pena de fusilamiento, la ley 14.165 del 15 de octubre de 1952 que sancionó el Código Penal Policial y la ley 14.400 del 21 de diciembre de 1954 sobre las reuniones públicas <sup>40</sup>.

Trató de reformar la Constitución de 1853 por la su-  
puesta Convención de 1949 carente de validez, por no haber  
logrado en la Cámara de Diputados el voto de los 2/3 de  
sus miembros, que exige textualmente el artículo 30, con el  
fin de lograr la reelección presidencial y la consolidación de  
su dominio <sup>41</sup>.

Alberdi hacía notar que la renovación periódica y com-  
pleta del personal del gobierno era una garantía de impar-  
cialidad en el manejo de los negocios públicos y que la re-  
elección era el tráfico del gobierno, la cruda prevalencia de

<sup>40</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 390, 392, 393; *Sur*, 132, 134, 135; GHIOLDI, 325, 527; sobre el plan Conintes ver JUAN CARLOS RODRIGUEZ, *FSC*, t. 254, 116 del 24 de octubre de 1962; AIZCORBE, 48.

<sup>41</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 453; GHIOLDI, 309; ALBERDI, *E. P.*, t. VIII, 289, 293, 348, 415, 534, 619.



los apetitos de los caudillos, que no querían abandonar su presa y la vergüenza de Sud América. La permanencia de los mismos hombres en el gobierno, aun en el caso de los mejores, era una causa de atraso, porque personificaban un momento en la evolución del país y al pasar los años y nacer una nueva época con nuevos problemas y nuevas necesidades su criterio y su programa, ya envejecidos y fuera del ritmo histórico se tornaban insuficientes <sup>41a</sup>.

El estado de guerra interno, el monopolio de los diarios y de las radios, las acciones de desacato impidieron toda crítica al gobierno y la menor propaganda cívica, aun "estar en la casa no significaba gozar de libertad", pensar podía ser un pecado <sup>42</sup>.

Los trabajadores argentinos habían disfrutado hasta 1943 de uno de los más altos niveles de vida en la América Latina y su rango podía compararse con el de los trabajadores de los Estados Unidos <sup>43</sup>.

La legislación social había avanzado en forma amplia y ordenada, sólo aparecían algunos claros en el sector de las jubilaciones y los servicios sociales. En 1940 Julio A. Roca, un dirigente conservador de buena vista, había aconsejado "hay que dar un golpe de timón a la izquierda". Pero esto no justificaba que se demoliera un régimen económico que hasta entonces había promovido el bienestar general en una línea ascendente y sin inflación.

La equivocada elección de los instrumentos necesarios para alcanzar la prosperidad, el desconocimiento de las prioridades indispensables para lograr el funcionamiento simétrico de la economía, condujo a la crisis. Los índices económicos se derrumbaron abruptamente, cuando el resto del mundo, apoyado en la prudencia, el trabajo y la tecnología avanzaba extraordinariamente, la Argentina retrocedía, la comparación con el Brasil resultaba mortificante <sup>44</sup>.

<sup>41a</sup> ALBERDI, E. P., t. 12, 339, un rebrote del viejo caudillismo.

<sup>42</sup> POTASH, II, 219; RAMOS, 140, "era imposible pensar en público".

<sup>43</sup> FERNS, 227; ALFREDO L. PALACIOS, *La justicia social*, 1954, 81.

<sup>44</sup> FERNS, 247, 332; SCOBIE, *Argentina*, 224.

En lugar de incrementar el capital nacional, se lo hostilizó y se lo expulsó. En cambio se adquirieron empresas obsoletas o en mal estado, con el argumento de que era necesario mantener las fuentes de trabajo y así crecieron las pérdidas cada vez mayores <sup>45</sup>.

VI. — Movido por un nacionalismo populista de fondo conservador, trató de fortalecer la arquitectura del país, crear la "Argentina Potencia", tarea que no logró cumplir y de elevar el nivel de vida de los sectores modestos por medios artificiales también sin suerte <sup>46</sup>.

Creó un Estado omnipotente y corporativo, que basaba su poder en la íntima alianza del Poder Ejecutivo con los Sindicatos. Dividió la sociedad en sectores profesionales, industriales, comerciantes, agropecuarios y obreros, que se enfrentaban entre sí por sus mal acordados intereses, en una serie inacabable de conflictos <sup>47</sup>.

Con estos fines se empeñó en estatizar el mayor número de empresas, principalmente extranjeras, sin advertir que en manos del Estado perdían su eficiencia. Elevó los salarios nominales, pero los aumentos eran devorados a los pocos días por la inflación. A pesar de la ley 12.830 del 23 de agosto de 1949, sobre los precios máximos, el salario real descendió en 1950 un 3,4 %, en 1951 un 7,5 % y en 1952 un 11,4 % <sup>48</sup>.

No percibió que el procedimiento más eficaz para mejorar el nivel de vida, era aumentar la producción, como había hecho la generación del 80, con un éxito rotundo. Estorbó en cambio la producción y prefirió dedicar sus esfuerzos a distribuir los recursos acumulados por los gobiernos anteriores que se agotaron inexorablemente en pocos años <sup>49</sup>.

Creyó ilusoriamente en el advenimiento de una tercera

<sup>45</sup> FERNS, 249, 259; IRAZUSTA, *Balance del siglo y medio*, 1966, 176; AIZCORBE, 4, 12, 18, 27, 53, los índices.

<sup>46</sup> FLORIA, *La Argentina*, 44, 60.

<sup>47</sup> FLORIA, *La Argentina*, 44; AIZCORBE, 183; ALDO FERRER, *La Economía Argentina*, 1963, 94.

<sup>48</sup> WALDMAN, 171.

<sup>49</sup> IRAZUSTA, 91; WALDMAN, 195; PRIETO, 75, 87.

guerra, que reflotaría la economía argentina con la sangre de los países europeos y afortunadamente se equivocó <sup>49a</sup>.

Los dos errores capitales de la economía de esos años, fueron la creación del I.A.P.I. y la compra de los ferrocarriles ingleses <sup>50</sup>.

El Instituto Argentino de la Promoción del Intercambio (IAPI) creado por el decreto 15.350 del 22 de mayo de 1946 y ratificado por la ley 12.962, estableció el monopolio del comercio y de la producción rural, impuso precios máximos a los cereales, con el propósito de destinar las diferencias que obtendría sobre las ventas al exterior, en esos años de bonanza, al desarrollo de las industrias, esquema que se vio anulado con tremendas pérdidas por causa de una mala administración y la falta de un programa de desarrollo económico, que ajustara las inversiones de acuerdo con las necesidades del país y los rendimientos. No advirtió que esos precios eran excepcionales y bajarían en la post-guerra <sup>51</sup>.

El despojo fue irritante, cuando el trigo valía pesos 180 se les entregaba a los agricultores pesos 50 y cuando la lana valía pesos 200 se les entregaba a los hacendados pesos 30.

Los permisos de importación y de cambios fueron el origen de todo género de favoritismos y de irregularidades. Las empresas privadas fueron "sometidas a un peligroso sistema de permisos de importación que facilitaron discriminaciones innobles y negociados tenebrosos", que enriquecieron a los intermediarios, perjudicaron a los industriales y empobrecieron al país <sup>52</sup>.

A pesar de pagar precios irrisorios a los productores rurales, el IAPI arrojaba pérdidas enormes, en el último año

<sup>49a</sup> Perón, *Inauguración de la cátedra de Defensa Nacional*, 85, 169.

<sup>50</sup> *El Libro Negro*, 125; GHIOLDI, 251, 521; PRIETO, 78; ESCUDÉ, 341.

<sup>51</sup> ORONA, *La dictadura*, 77; WALDMAN, 186; POTASH, II, 95; *Sur*, 197, 198, 239, 247; *El Libro Negro*, 156/60; EDUARDO A. GARCÍA, 432; GHIOLDI, 112, 210, 225; SCOBIE, *Argentina*, 225; PRIETO, 102; AIZCORBE, 29, 113.

<sup>52</sup> *A 30 años de la Revolución*, 26; CARLOS ALBERTO QUINTERNO, *Historia reciente*, 1970, 40; *Sur*, 235, 247; ARTHUR P. WHITAKER, *La Argentina, un calidoscopio*, 1956, 29, 53; EZEQUIEL MARTÍNEZ ESTRADA, *¿Qué es esto?*, 1956, 19, 23, 25, 64.

alcanzó a 4.100 millones de pesos y su deuda con el sistema bancario llegó a 25 mil millones <sup>53</sup>.

Se compraron casi 20 mil equipos industriales para reposición, un día se compraron por teléfono 60 mil camiones, 1.000 "tornapull" llegaron al país. En la misma forma se adquirieron rezagos de la guerra, sobrantes de producción, materiales procedentes del desmantelamiento de fábricas, maquinarias de construcción improvisadas y no adaptables al uso local, por precios muy superiores a las cotizaciones del mercado internacional.

El Director del Puerto de Buenos Aires protestaba porque no cabían tantos cajones en las playas y ese descomunal atolladero entorpecía el movimiento portuario y facilitaba el hurto de motores, dinamos, baterías, distribuidores y bujías.

En tal emergencia, por orden del Presidente, se encomendó al Cuartel Maestre General del Interior, que organizara un batallón de motoristas y mecánicos y se trasladaran los vehículos y artefactos a la Sociedad Rural de Palermo, de ahí a la Escuela de Tropas Mecanizadas en la Avenida General Paz y luego a un terreno alambrado en Monte Chingolo y al kilómetro 10, donde aumentaron los hurtos y la corrosiva acción de la intemperie <sup>54</sup>.

Para liberarse de tamaña carga el IAPI invitó a los Ministerios y grandes reparticiones a retirar gratuitamente los vehículos que necesitaran y así se desprendió de miles de automotores, cuyo importe nunca ingresó al Tesoro Nacional, en dos años el Plan Quinquenal "se había ido a pique" <sup>55</sup>.

La compra de los ferrocarriles ingleses, cuyos privilegios caducaban el 1º de enero de 1947, según la ley 5307 del año 1907, fue el segundo error irreparable del Presidente. Al parecer desconocía que Gran Bretaña estaba empeñada, desde 1940, en vender al Estado argentino una red

<sup>53</sup> ORONA, *La Revolución*, 73; POTASH, II, 95, 96; PRIETO, 92; SCOBIE, *Argentina*, 225, 236.

<sup>54</sup> POTASH, II, 96, fueron 7.783 vehículos y 10.910 embalajes de motores y maquinarias; CÚTOLO, 604, 671.

<sup>55</sup> ORONA, *La dictadura*, 78, 79; POTASH, II, 98.

“obsoleta” que no podía resistir la competencia de los camiones <sup>56</sup>.

No comprendió que esa empresa era la mejor prenda que tenía para conservar el apoyo inglés frente a los Estados Unidos y mientras que tuviera un mercado y negocios que cuidar sería su aliado. Pero eufórico por el volumen de los créditos argentinos, provenientes de la venta de los alimentos durante la guerra, suponía que el mundo necesitaría siempre la carne y los cereales y se lanzó a una operación superflua y altamente onerosa <sup>57</sup>.

Gran Bretaña tenía que despejar la deuda de 150 millones de libras esterlinas que debía a la Argentina. Con ese objeto envió dos misiones a Buenos Aires. La primera de Sir Wilfred Eady llegó el 29 de junio de 1946 y se enfrentó con la prudente resolución de no comprar los ferrocarriles por considerarlos “hierro viejo”. Era además un despropósito porque ya estaban en el país y los mismos fondos podían invertirse en otras empresas de mejor rendimiento. Pero Eady logró convencer a algunos funcionarios de las ventajas de un proyecto de asociación “joint venture” para la explotación de los ferrocarriles. Exultante telegrafió a Londres “we did it” el 15 de septiembre y firmó con Miranda el funesto convenio del 17 de septiembre de 1946. Por su parte Gran Bretaña se comprometió a que las libras que debía pagar a la Argentina, serían en adelante libremente disponibles.

Poco después llegó Sir Montague Eddy, representante de las empresas y convino con el Ministro Miranda, poco avezado en negociaciones de ese género, el 3 de febrero de 1947, la venta de los ferrocarriles por el precio de 150 millones de libras, cuando su valor intrínseco, según la tasación practicada por la Dirección Nacional de Transportes no pa-

<sup>56</sup> *Sur*, 201, 247, 304, algunas locomotoras tenían más de 50 años, los rieles estaban en mal estado; FERNS, 244.

<sup>57</sup> ALBERTO CONIL PAZ y GUSTAVO FERRARI, *Política exterior argentina*, 1971, 27, 195; IRAZUSTA, 173, 179, 199; CUTOLO, *Manual de Historia Económica*, t. II, 609.

saba de 730 millones de pesos y así se pagaron más de 1.000 millones de pesos "por razones sentimentales" <sup>58</sup>.

Ese rubro sería cubierto con el monto de las exportaciones argentinas de 1948 y los saldos pendientes. En cuanto a los importes que Gran Bretaña le adeudaba a la Argentina por las compras realizadas en el curso de la guerra, el Presidente los empleó principalmente en la adquisición de aeroplanos y armas.

La operación fue magnífica para los funcionarios ingleses, porque se libraban por un sorprendente precio de unas empresas en quiebra y liquidaban sus deudas. Apenas unos meses más tarde, el 20 de agosto de 1947 Gran Bretaña, con el apoyo norteamericano, declaró la inconvertibilidad de la libra y anuló así los compromisos contraídos por Sir Wilfred Eady. Ni Miranda ni Perón tuvieron capacidad para negociar con los sutiles enviados británicos y se dejaron llevar por el amor propio en un problema de cifras <sup>59</sup>.

Para la Argentina significaba la adquisición de un grupo de empresas quebradas, incapaces de sostener la competencia de los caminos, que tanto costarían más adelante y la pérdida de un apoyo importante, todo por el aplauso de una multitud que no podía prever las consecuencias de esos sueños "ahora son nuestros" <sup>60</sup>.

Los ferrocarriles actualmente, peor administrados, infligen al país una pérdida de 3 millones de dólares por día y prestan a los pasajeros un servicio cada vez más mortificante <sup>61</sup>.

<sup>58</sup> *Sur*, 305; ORONA, *La dictadura*, 75, 76; EDUARDO A. GARCÍA, 435; FERNS, 250, un precio muy superior al valor de los inventarios y de las cotizaciones de la Bolsa, "fue una operación decididamente mala para la Argentina"; ESCUDÉ, 306, 310, fue "un triunfo de los funcionarios ingleses".

<sup>59</sup> CONIL y FERRARI, 174/176; ESCUDÉ, 316; *El Libro Negro*, 147; esta operación fue mil veces más perjudicial que el acuerdo Roca-Runciman de 1933, tan criticado en algunos círculos que "ignoraban el hecho de que el gobierno argentino carecía de alternativa"; POTASH, II, 127; FERNS, 209, 12; SCOBIE, 183.

<sup>60</sup> *Sur*, 305; CONIL y FERRARI, 178; sobre la compra de los ferrocarriles franceses ver el Decreto 3.710 del 6 de noviembre de 1947, de los ferrocarriles ingleses, Acuerdo del 13 de febrero de 1947, ratificado por la ley 13.490 del 15 de octubre de 1948, los ferrocarriles franceses costaron 183 millones de pesos; POTASH, II, 94.

<sup>61</sup> ORONA, *La Dictadura*, 77, 321; PRIETO, 89.

La compra de las compañías telefónicas, que funcionaban perfectamente y estaban en continuo progreso, por la suma de 419 millones de pesos, tuvo como consecuencia el deterioro inmediato de esos servicios. En manos del Estado cuestan a los contribuyentes sumas cada vez mayores y los sufridos usuarios, con una resignación digna de Job, deben esperar decenas de años la colocación de un aparato, que antes se obtenía en 24 horas. Puede decirse que a pesar de los esfuerzos de algunos funcionarios, la Argentina se halla en una etapa cultural pretelefónica y se ha vuelto al servicio de las postas <sup>62</sup>.

Comprar los instrumentos de producción, que ya se tenían en el país, era innecesario y ese error costó y cuesta sumas enormes.

Fue en su esencia íntima una regresión colonial, era el Estado patrón, más omnipotente que Felipe II, minucioso e intolerante. Se creó un gigantesco elefante torpe y voraz, que se ha tratado hasta ahora, vanamente de reducir. En cambio se paralizaron las obras públicas, los caminos y los servicios de agua y el mantenimiento de los equipos <sup>63</sup>.

Lo peor fue que esos fondos se disiparon, cuando debieron ser utilizados en el desarrollo de las industrias básicas, que tanto necesitaba el país, máquinas, herramientas, hornos, industrias químicas y de fertilizantes, fundiciones de acero, turbinas, represas, silos y la expansión de las explotaciones petroleras, que arrojaban entonces un déficit del 40 %.

Se perdió una oportunidad única en un período de extraordinaria bonanza, que quizás nunca se repetirá, para proveer al país del instrumental que necesitaba y dar un salto espectacular de progreso, como había hecho la generación del 80.

A través de estos escollos, el país continuaba su evolución, en el período 1947-1951 llegaron 629.685 inmigrantes y la mayoría se radicó en los suburbios y agrandó las filas del partido gobernante. Apenas el 27,92 % hablaba español y el 10 % no sabía leer ni escribir, y a éstos deben sumarse

<sup>62</sup> POTASH, II, 94, 146.

<sup>63</sup> WALDMAN, 110, y sus consecuencias, 113, 119; *Sur*, 313.

los inmigrantes clandestinos llegados por millares del Uruguay, Paraguay, Bolivia y Chile <sup>64</sup>.

En 1954 el número de establecimientos industriales, generalmente de reducido tamaño, llegó a 148.363, los propietarios a 221.510, los empleados a 158.375 y los obreros a 1.007.270.

Pero el volumen físico de la producción industrial que había crecido de 1937 a 1946 en un 53,7 %, de 1946 a 1954, a pesar de las ventajas de la guerra, sólo creció el 16,4 %.

En cambio la exportación media de granos que había sido en el período 1937-1939 de 11 millones de toneladas, en el período 1946-1950 bajó a 5 millones. En los mismos plazos la exportación de carnes se redujo de 650 mil toneladas a 520 mil. El área sembrada de cereales en el período 1937-1940 fue de 21 millones de has. y en el período 1946-1951 bajó a 16 millones. Las cifras del intercambio que fueron en 1948 de 3.191 millones de dólares descendieron en 1955 a 2.138, fue "un desastre" <sup>65</sup>.

En los años 1940 a 1944 el sector público insumía el 19,5 % del producto bruto, de 1945 a 1949 absorbió el 29,4 % y actualmente pasa de 52 %, ahí está el meollo de tantos disgustos <sup>66</sup>.

En 1943 la Argentina ocupaba el primer puesto en la producción mundial de lino, se sembraban 3 millones de has. que cayeron en 1954 a 739.300. En 1945 se sembraron 1.500.000 has. de girasol y en 1954 apenas 559.000.

En 1952 se debieron importar de los Estados Unidos 200 mil toneladas de trigo y 100 mil toneladas de aceites comestibles. La participación argentina en la exportación mundial de carnes bajó del 35 % en 1949 al 18,9 % en 1954. Los subsidios a los frigoríficos costaron al Estado más de 7 mil millones entre 1946 y 1956.

Faltaban los repuestos de toda índole, el arroz, el queso, el maíz, el vino, el té, el azúcar, la leña, el carbón, el kero-

<sup>64</sup> *Sur*, 139, 244; SCOBIE, *La Argentina*, 226.

<sup>65</sup> PINEDO, 432, 444.

<sup>66</sup> FERNS, 252.



sene, la nafta, las colas se alargaban en las puertas de los almacenes y el desabastecimiento se convirtió en un drama <sup>67</sup>.

El aumento del costo de vida alarmaba, creció de 100 % en 1943 a 680 % en 1955, los salarios no alcanzaban y las huelgas de los obreros ferroviarios y del puerto se agudizaban <sup>68</sup>.

La situación empeoró aún más, la circulación monetaria era al 31 de diciembre de 1943 de 1.800 millones y al 31 de diciembre de 1947 de 7.500 millones. El gasto público creció de 1.761 millones en 1943 a 4.234 millones en 1948. La deuda pública subió de 7.093 millones en 1943 a 11.500 millones en 1947, las cifras aritméticas eran decepcionantes.

El precio de la nafta que era de 0,24 centavos llegó a 0,60 centavos en 1948. El dólar subió de 4,08 en 1943 a 30,48 en 1955. La Corporación de Transportes de Buenos Aires cayó en quiebra con un déficit de 104 millones. Los teléfonos perdieron 50 millones. Se triplicó la cantidad de empleados públicos en 4 años y debió racionarse el alumbrado.

El Banco Central que en 1944 atesoraba 4.494,2 millones de pesos en oro y divisas netas, apenas conservaba en 1955 unos 330 millones para responder a una deuda de 757 millones de dólares. Francia, Japón y Suecia suspendieron el envío de mercaderías ante ese estado de falencia. En cambio la circulación monetaria creció de 2.685,4 millones a 37.475,2 millones también en 1955 <sup>69</sup>.

Los medios de pago en poder del público eran en 1943 de 1.800 millones de pesos y en 1955 alcanzaron a 51.612,5 millones. En 11 años la producción real y total de bienes creció apenas en un 45 % y los medios de pago en 660 %, cifras que explican el carnalesco desarrollo de la inflación <sup>70</sup>.

El aumento del costo de vida y la caída del valor inter-

<sup>67</sup> *Sur*, 199, 200; ORONA, *La dictadura*, 81, 163; GHIOLDI, 254.

<sup>68</sup> POTASH, 244; SCOBIE, *La Argentina*, 228.

<sup>69</sup> GHIOLDI, 174, 178, 211, 214, 216, 251, 254, 275.

<sup>70</sup> Instituto Americano de Investigaciones, *La Economía Argentina a través de la estadística*, 1971, 53, 61, 63.

nacional de la moneda, son los signos barométricos de una próxima tormenta.

El mantenimiento de los servicios públicos, caminos, ferrocarriles, electricidad, gas, líneas telefónicas, descendió a niveles ruinosos. La descapitalización alcanzó enormes proporciones y era necesario gastar más de 22 mil millones de pesos, para actualizar el material de tracción y las vías de los ferrocarriles <sup>71</sup>.

En 1748 los rebaños que pacían en la pampa salvaje llegaban a 48 millones de cabezas y actualmente apenas a 40 millones, en dos siglos a pesar del ferrocarril, de los alambrados y de la inseminación artificial, se ha retrocedido ruinosamente.

Los síntomas eran inocultables, los lingotes del Banco Central se habían esfumado, la población debió alimentarse de pan negro y soportar una veda de carne semanal, para mejorar su régimen dietético.

El obrero lograba más papeles y menos bienes, se empobrecía. Antes de 1945 contaba con aceptables viviendas, comida y ropa barata y buenos hospitales. Podía ahorrar, comprar un terreno en cuotas, edificar su casa, enviar sus hijos a buenas escuelas y progresar y esas ventajas desaparecieron.

Crecieron las villas miserias, que son todavía un afligente reproche y los servicios sociales, particularmente los servicios hospitalarios, están lejos de ser tan eficientes como lo debieran para el bien público. Muchas veces el paternalismo fue reemplazado por la burocracia, las privaciones aumentaban.

Apareció una nueva especie parasitaria de influyentes y especuladores en negocios difícilmente elogiables <sup>72</sup>.

VII. — El gobierno preocupado por las crecientes pruebas de descontento, cometió otra grave equivocación institucional, que resultaría contraproducente. Para imponer su

<sup>71</sup> ORONA, *La revolución*, 73; *Sur*, 202; FERNS, 255; AIZCORBE, 23.

<sup>72</sup> POTASH, II, 207; *Sur*, 200; PIERRE LUX-WURN, *Le Peronisme*, 1965, 194, 197; QUINTERNO, *Historia*, 100.

autoridad intensificó "el duro trato a los opositores", aumentaron las delaciones y los controles sobre las reuniones, las cartas eran abiertas y los teléfonos intervenidos, a pesar de los artículos 14 y 18 de la Constitución los detenidos eran torturados <sup>73</sup>.

La crisis de 1950 y el fallecimiento de la señora de Perón tuvieron hondas incidencias. Los fondos que había acumulado la Argentina en el curso de la guerra, en vez de emplearse para fomentar las obras públicas y las industrias locales, como había hecho el Brasil, fueron dilapidados por una desorientada administración <sup>74</sup>.

El país se deslizaba sin preocupaciones por un tobogán, a las marismas del mundo económico. La doctrina de la "Tercera Posición" expuesta en el mensaje del 1º de mayo de 1952 le restó prestigio en el campo internacional, que los posteriores errores diplomáticos agravaron <sup>75</sup>.

El Presidente comprendió la situación y quiso virar en redondo, a pesar de sus promesas gestionó en mayo de 1950 un préstamo de 125 millones de dólares y luego otros 70 millones más del Banco de Importación y Exportación. Hizo votar el 2 de agosto de 1953, la ley 14.222, con la esperanza de hacer regresar al país las empresas extranjeras. Comenzó diversas negociaciones con Floyd B. Odum, Presidente de la Atlas Corporation y el decreto 6.688 del 6 de mayo de 1955, aprobó el contrato con la California Oil Company, para la exploración y explotación del petróleo <sup>76</sup>.

Estas medidas resultaron tardías y conflictivas, en el capítulo del petróleo, incurrió en el mismo error de sus antecesores, el dilema no era Y.P.F. o empresas extranjeras sino Y.P.F. o empresas privadas argentinas.

<sup>73</sup> Sur, 436; POTASH, II, 131, 149; EDUARDO A. GARCÍA, 501, 514; PASTOR, 124; GHIOLDI, 46, 638, 69; FAYT, 106; QUINTERNO, *Historia reciente*, 14; *A treinta años de la Revolución*, 34; *Los Panfletos, su aporte a la Revolución Libertadora*, recopilación y notas de Félix Lafianra, 2ª ed., 329.

<sup>74</sup> POTASH, II, 134, 135; WALDMAN, 58, 83, 96; Sur, 246.

<sup>75</sup> PINEDO, *La Argentina en el mundo*, 430, 516; AIZCORBE, 157; "La Nación" 12 de marzo de 1987, JUAN JOSÉ GUARESTI (nieto), *Cronología de la desubicación internacional argentina*.

<sup>76</sup> POTASH, II, 105, 172, 214, 222, 229, 247; FAYT, 106; FERNS, 264; PRIETO, 98, 104, 115, 123, 133; *Los Panfletos*, 439.

El horizonte se oscurecía, el gobierno no había logrado una conciliación satisfactoria con los disintos sectores que les permitiera trabajar juntos y en paz. El aforismo de Lord Acton se cumplía, el Presidente pasados los 10 años de gobierno, se avejentaba y declinaba, algunas de sus actitudes suscitaron interrogantes y recelos <sup>77</sup>.

El 15 de abril de 1953 el incendio de la Casa del Pueblo, la Casa Radical, del Comité Radical Intransigente, la sede del partido Demócrata, del Jockey Club y su biblioteca y hasta del inofensivo Petit Café motivó una severa condena, la seguridad institucional, base de todo gobierno republicano desapareció <sup>78</sup>.

Los funcionarios oficiales a pesar de sus poderes omnímodos no supieron organizar el país en el sentido de la producción y del progreso.

Pasaron 12 años, el límite vital de los ciclos gubernativos, los errores institucionales y económicos, la inflación, minaron el prestigio del régimen, el Presidente se había vuelto "insoportable" <sup>79</sup>.

Habían muerto o habían desaparecido los apoyos de 1946, Eva Perón, Domingo Mercante, Cipriano Reyes, Atilio Bramuglia, Filomeno Velazco, Eduardo Ávalos, Miguel Miranda, Hortensio Quijano y hasta Juancito Duarte.

La asfixia cívica, la carestía y la desocupación, las persecuciones personales, generaban un descontento cada vez más hondo. En las Fuerzas Armadas dos grupos iniciaron la resistencia. El General Eduardo Lonardi, entonces Comandante del Primer Ejército en Rosario, que contaba con el apoyo de dirigentes como Miguel Ángel Zavala Ortiz y Américo Ghioldi y el General (R.) Benjamín Menéndez, de gran prestigio en la Caballería, aunque estaban separados por matices laterales <sup>80</sup>.

<sup>77</sup> ORONA, *La dictadura*, 59, 92; POTASH, II, 137, 200, 210; FAYT, 107.

<sup>78</sup> ORONA, *La dictadura*, 170, 177; *EL Libro Negro*, 183; EDUARDO A. GARCÍA, 604.

<sup>79</sup> QUINTERNO, *Historia reciente*, 13, 215; *Los Panfletos, su aporte a la Revolución Libertadora*, 16.

<sup>80</sup> POTASH, II, 177, 179, 183, 187, 122; GHIOLDI, 351, ya el 1º de marzo

El General Menéndez se pronunció el 28 de septiembre de 1951, pero no logró mover los tanques de Campo de Mayo y fue detenido. 110 oficiales de las tres armas fueron destituidos y condenados a prisión y 66 se refugiaron en la Banda Oriental, los partidos políticos fueron considerados, desde entonces, como bandas subversivas<sup>81</sup>.

En 1952 los coroneles de Infantería José Francisco Suárez, Bartolomé Gallo, Miguel Mascaró y el Capitán de Navío Adolfo Estévez trataron de organizar una operación, con el fin de capturar al Presidente en su residencia, pero delatados fueron también apresados y torturados<sup>82</sup>.

Por su parte el Presidente preparó un plan para sacrificar 322 personas y sus familias, eliminar 50 empresas extranjeras y 23 firmas argentinas, que suscitó serias dudas<sup>83</sup>.

El Presidente impaciente por el enrarecimiento del clima y por los reparos de los Obispos a su política educacional y a algunas de sus actitudes, cometió el error, superfluo e inexplicable, en un caudillo tan astuto, de acusarlos de socavar su autoridad en los Sindicatos, aparecían los efectos perturbadores del poder<sup>84</sup>.

Olvidó sus primeras demostraciones de fervor religioso, que tantos réditos le habían aportado en la compañía electoral de 1946 y emprendió una persecución sistemática contra las instituciones religiosas.

Se prohibió el acto Mariano en la cancha de San Lorenzo el 19 de noviembre de 1954, se suprimieron las audiencias católicas radiales, los sacerdotes que eran Profesores secundarios fueron declarados cesantes, se declaró cesante al personal de la Inspección General de Enseñanza Religiosa y a los Capellanes de Cárceles y Hospitales, se despidieron

---

de 1944 el Coronel Tomás Ducó levantó el Regimiento 3 de Infantería; QUINTERNO, *Historia reciente*, 13; *El Libro Negro*, 85.

<sup>81</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 573; POTASH, II, 187; ROUQUIÉ, 402.

<sup>82</sup> ORONA, *La dictadura*, 99, 103; POTASH, II, 61, 170, 199; EDUARDO A. GARCÍA, 565; MARTA LONARDI, *Mi padre y la Revolución del 55*, 1980, 31; ROUQUIÉ, 406.

<sup>83</sup> POTASH, II, 200; *El Libro Negro*, 89.

<sup>84</sup> *Yo, Juan Domingo*, 115; *Sur*, 427; POTASH, II, 239, 241, 244; RAMOS, 154.

113 religiosos que prestaban servicios en los Hogares de Socorro, se obligó a retirar las imágenes religiosas de los Sindicatos y los crucifijos de las oficinas públicas, se intervino la Editorial Difusión y se negó la cuota de papel a "El Pueblo", se prohibió a los Bancos dar créditos a las instituciones católicas, se suprimió la ayuda a las Escuelas Apostólicas de fronteras y al Bachillerato del Arzobispado de Salta, se prohibió rezar la misa de Nochebuena en los hospitales, se prohibió el ingreso al país de monjas de caridad, se prohibió saludar con la tradicional "Feliz Navidad" y se la reemplazó por "Felices Fiestas"<sup>85</sup>.

Se eliminaron las fiestas religiosas de la Epifanía, Corpus Christi, la Asunción, Todos los Santos y de la Inmaculada Concepción. Se prohibieron las procesiones y las reuniones católicas, se prohibió a los Diputados que juraran por los Santos Evangelios<sup>86</sup>.

Se detuvo a Monseñor D'Andrea, a 120 sacerdotes, a los Hermanos Maristas, a los miembros de la Acción Católica y a 400 estudiantes.

En la misma forma fue detenido el Obispo de Azul, el Vicario y los sacerdotes de la Diócesis. En Bahía Blanca fue atacada la Catedral, los templos de Nuestra Señora de Lourdes y Santa Teresita y los sacerdotes, en Boulogne, Las Flores, Guayacó y Las Higueras. Se proyectaba suprimir las Órdenes y Congregaciones religiosas, los servicios religiosos en las cárceles y hospitales y vestir hábitos religiosos<sup>87</sup>.

Autorizó un meeting de la Escuela Espiritista Basilio en el Luna Park, denunció a la Acción Católica, como una organización internacional, hostil al partido gobernante y clausuró el diario "El Pueblo"<sup>88</sup>.

Para someter al clero lo amenazó con suprimir la enseñanza religiosa, permitir la apertura de los prostíbulos y el divorcio vincular y como sus amenazas no tuvieron efecto, recibió en su despacho el 17 de marzo de 1954, a los Pastores

<sup>85</sup> *Los Panfletos*, 36, 42, 51, 59, 101, 170, 379, 384, 393.

<sup>86</sup> *Los Panfletos*, 126, 307.

<sup>87</sup> *Los Panfletos*, 123, 138, 193, 25, 226, 310, 404, 411.

<sup>88</sup> ORONA, *La dictadura*, 191; AIZCORBE, 140; POTASH, II, 239.

Evangélicos Teodoro Hicks “el Mago de Atlanta” y Angelo Arvizu, acompañados por el Ministro de Relaciones Exteriores y se dedicó a prácticas espiritistas con el médium brasileño Menotti Carnicelli <sup>89</sup>.

El Episcopado trató de llamarlo a la razón en la Pastoral del 1º de noviembre de 1954, que sólo motivó nuevos agravios contra “la infiltración clerical”. El Presidente cumplió sus amenazas, sin reflexionar sobre las consecuencias, la ley 14.394 del 22 de diciembre de 1954, autorizó en el artículo 31 el divorcio vincular, el decreto 22.532 del 30 de diciembre de 1954 legalizó la explotación de los prostíbulos, la ley 14.401 del 18 de mayo de 1955 derogó la enseñanza religiosa y la ley 14.405 del 23 de mayo de 1955 derogó las exenciones impositivas de las instituciones religiosas <sup>90</sup>.

El ambiente se caldeaba gradualmente, a pesar de la prohibición del Ministro del Interior Borlenghi, el 11 de junio de 1955 se celebró la procesión de Corpus Christi, que se desplegó a través de la Avenida de Mayo y Callao, entre los fervorosos rezos del público. Los agentes del gobierno pretendieron vanamente desacreditarla con la exhibición de una bandera que habían quemado previamente <sup>91</sup>.

Al día siguiente, 12 de junio, las turbas apedrearon a los fieles que habían concurrido a la misa vespertina de la Catedral. Dos días después, el 14 de junio, el gobierno separó de sus cargos a los Monseñores Tato y Novoa y los expulsó ilegalmente del país. Era demasiado, Roma excomulgó al Presidente <sup>92</sup>.

VIII. — La crisis económica, la transgresión de las normas institucionales, el desgaste inevitable de los funcionarios incubaban una creciente reacción.

Los intentos del General Benjamín Menéndez el 28 de septiembre de 1951 y del Coronel Francisco José Suárez del

<sup>89</sup> ORONA, *La dictadura*, 193.

<sup>90</sup> ORONA, *La dictadura*, 195, 200; RAMOS, 157.

<sup>91</sup> POTASH, II, 230, 256; EDUARDO A. GARCÍA, 610; “La Nación”, 11, 13 y 14 de junio, los agravios a “las patotas clericales”; WHITAKER, 23, 24.

<sup>92</sup> EDUARDO A. GARCÍA, 612.

3 de febrero de 1952 eran los síntomas de un proceso hondo e incontenible. Quedaba comprobada la sabiduría del artículo 77 de la Constitución cuando prohíbe la reelección del Presidente y los efectos físicos y mentales del continuismo.

El Contralmirante Samuel Toranzo Calderón y el Capitán de Fragata Antonio Rivolta, con el apoyo de algunas fuerzas del Litoral y de Córdoba, que no tuvieron tiempo de actuar, planearon un ataque con aviones de la Marina y de la Fuerza Aérea contra la Casa Rosada. Pero el 16 de junio, una neblina impenetrable demoró la operación de las 10 de la mañana a las 12.30 y la falta de coordinación entre las fuerzas frustró el plan <sup>93</sup>.

Por la noche bandas de sicarios provistas de bombas incendiarias y bidones de nafta saquearon la Catedral, incendiaron la Curia Metropolitana, las iglesias de Santo Domingo, San Francisco, San Ignacio, San Juan, San Miguel Arcángel, La Merced, Las Victorias y San Nicolás ante la indiferencia de las autoridades. Las llamas infirieron una herida mortal al gobierno, sus miembros fueron mirados con horror por la población, igual que los leprosos medievales <sup>94</sup>.

El movimiento institucional cobró nuevo impulso. Los Contralmirantes Isaac Francisco Rojas y Carlos Sánchez Sañudo y el Capitán Antonio Rial organizaron la estrategia de las fuerzas navales <sup>95</sup>.

El General (R) Eduardo Lonardi y los Coroneles Arturo Ossorio Arana y Eduardo Señorans y el Mayor Juan Guevara encabezaron el movimiento en Córdoba. El General Aramburu debía levantar las fuerzas de Curuzú Cuatiá y el General (R) Julio Lagos las fuerzas de Cuyo <sup>96</sup>.

No se trataba de un movimiento propiamente revolucionario, sino de una gesta que tenía por fin, como en 1930, restablecer las instituciones y volver a colocar la locomotora sobre los rieles.

<sup>93</sup> ORONA, *La dictadura*, 219; POTASH, II, 258, 260.

<sup>94</sup> ORONA, *La dictadura*, 220; POTASH, II, 268, las dudas sobre los reflejos del Presidente; EDUARDO A. GARCÍA, 614; *A 30 años de la Revolución*, 47; *Los Panfletos*, 217, 238, 366.

<sup>95</sup> POTASH, II, 269.

<sup>96</sup> POTASH, II, 275, 277.



Las operaciones estallaron en la ciudad de Córdoba el 16 de septiembre, el Almirante Rojas bloqueó las costas e inició los bombardeos y el General Julio Lagos levantó la fuerza de Cuyo<sup>97</sup>.

Existían dos campos bien caracterizados, las fuerzas libertadoras movidas por la fe en su causa, que estaban dispuestas a morir en la cruzada y las fuerzas oficiales, más numerosas, que ya no creían en las virtudes del gobierno y no estaban dispuestas a sacrificarse por un régimen desvariado<sup>98</sup>.

Las fuerzas espirituales triunfaron una vez más, el 22 de septiembre la Junta Militar aceptó las condiciones impuestas por el Almirante Rojas y el General Uranga y el Presidente se refugió en una cañonera paraguaya.

El 23 de septiembre el General Lonardi llegó al Aeropuerto de Buenos Aires, prestó juramento en el Salón Blanco de la Casa Rosada y habló luego a la impresionante multitud congregada en la Plaza de Mayo. ¡Dios es justo!<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> POTASH, II, 278; EDUARDO A. GARCÍA, 623, 630; para el detalle de las operaciones bélicas, ver *A 30 años de la revolución*, 81.

<sup>98</sup> *Sur*, 166.

<sup>99</sup> ORONA, *La dictadura*, 305, 307.



## IV

### CONCLUSIONES

I. Las corrientes. — II. Los cambios. — III. Las ideas. — IV. Los ferrocarriles. — V. Los genes coloniales. — VI. La Constitución. — VII. El voto. — VIII. El bienestar. — IX. Las providencias.

1. — Las crisis de 1930 y de 1955 son dos ejemplos característicos de la vida institucional argentina y merecen estudiarse como unas piezas biológicas para aislar los bacilos que afectan su metabolismo y proponer las medidas que pueden emplearse para evitar su repetición en el futuro.

Resulta evidente que la causa más seria de estos trastornos se encuentra en las falencias de los gobiernos y que son ellos los verdaderos promotores de las revoluciones, cuando violan los derechos de los ciudadanos o no son capaces de asegurar su bienestar. Un pueblo en paz y satisfecho no suele alzarse en armas.

Diversos factores sociales, legales y técnicos inciden sobre la evolución de las instituciones e imponen los cambios a veces sorprendentes.

El más típico de los factores se encuentra en el carácter aluvional de la población, propio de un país formado por una inmigración desbordada y heterogénea, que se volcó por olas sucesivas en su territorio. De distinto origen, de distinta índole y con distintas metas el "melting pot" no ha concluido aún el trabajo de fusión.

El problema se complica con los años al llegar al escenario una nueva ola de inmigrantes o los hijos de los recién

llegados, que luchan impacientes, con los que se encontraban antes radicados, por los cargos públicos y los puestos en las empresas.

Este proceso pudo observarse, con un particular relieve, en varias oportunidades. El primero fue cuando los criollos expulsaron a los funcionarios borbónicos y a los tenderos galaicos en 1810, para ocupar sus puestos. El segundo fue cuando los provincianos desplazaron a los porteños en los principales cargos del gobierno nacional en las elecciones de 1880 y el tercero fue cuando los hijos de los inmigrantes finiseculares, bajo la conducción de Don Hipólito, desalojaron a los protegidos del PAN en 1916.

Hay que tener presente que esa sociedad aluvional con el 80 % de sus componentes radicados después de 1850, fluida y cambiante, en la mayor parte hija de sus esfuerzos, comprendía a los obreros que comenzaban a empinarse al nivel de los sectores medios y también a los miembros de los viejos sectores altos, muchos de los cuales descendían a las capas más bajas, a medida que se agotaban sus capitales originarios por obra de la división de las herencias y la merma de las energías.

Es aleccionador el proceso electoral de 1946, cuando por primera vez los sectores obreros bien organizados y disciplinados, se impusieron a los sectores de las clases medias divididos y dispersos.

No hay tampoco gobiernos eternos, regímenes intangibles, el plazo fatal de los 12 años limita su parábola y cambia a los funcionarios, con más fuerza que las revoluciones y las guerras.

II. — Las grandes corrientes inmigratorias llegaron a estas playas como un río revuelto, cargadas de mitos y pasiones y cruzaron los predios y las sierras, espumantes e irresistibles, para cambiar en pocos años el clima y el porvenir.

La Revolución Francesa al desmontar un régimen estático y perimido, inspiró la rebelión de los criollos, irritados por las discriminatorias normas virreinales, y les señaló el camino de la emancipación.

El fascinante espectáculo de Napoleón fue el modelo para los Libertadores, encabezados por Bolívar. Desaparecieron las desigualdades de los nacimientos y de los favores cortesanos. La espada fue un instrumento de gloria y de fortuna. Pero se convirtió, luego de concluida la etapa inicial, en una fuente de guerras civiles, en que tantos se lanzaron a combatir ferozmente entre sí, por la felicidad de los pueblos. Los sabios murmuraban que sólo se obtendría la libertad cuando se acabasen los Libertadores.

Desde los comienzos del siglo XIX, los pueblos lucharon por dos metas institucionales. La primera, la igualdad civil proclamada en Francia el 4 de agosto de 1789 y que con todas sus falencias, se impuso a través de heroicas cruzadas en el Río de la Plata, a partir de la batalla de Caseros el 3 de febrero de 1852. La segunda, lentamente desde 1920, por la igualdad económica debido al influjo de la Comuna francesa de 1870 y luego de las revoluciones soviéticas y mexicanas de 1917 y se asomó en el Río de la Plata, la primera vez en la semana trágica de 1919.

Estas dos metas están claramente restringidas porque la igualdad civil no elimina la variedad de las capacidades personales y la igualdad económica no puede tampoco suprimir las diferencias de los ingenios y del trabajo, sin caer en el totalitarismo y frenar el progreso.

Se ha dicho con razón que la libertad y la igualdad son dos términos inconciliables y la mayor libertad genera por sí misma las desigualdades económicas en las carreras humanas.

Estas corrientes llegaron al Río de la Plata con el atraso y las deformaciones impuestas por la lejanía y los procesos de incubación en un medio agreste. Los gobiernos no pueden navegar contra las grandes corrientes del siglo, pero deben saber canalizarlas y utilizarlas a favor del progreso del país.

Alberdi, en el prospecto de "El Comercio de Valparaíso" el 28 de noviembre de 1847, definía cuáles debían ser los fines institucionales de los funcionarios en Sud América "go-

bernarlos de modo que se llenen de riquezas, población, movimiento y bienestar social, hacer que sus puertos se pueblen de embarcaciones, se llenen de movimiento nuestras costas, se abastezcan ricamente sus mercados, hacer que su población esté bien alojada, bien vestida, bien mantenida y provista de todo lo necesario, que los pobres disminuyan gradualmente y los ricos se multipliquen”.

Las corrientes se mueven con obstinación y los cambios institucionales son paulatinos, salvo en los casos excepcionales de las mutaciones bruscas, cuando se derrumba todo un estrato social y es reemplazado por otro.

Los dos gobiernos de rescate en las crisis de 1930 y de 1955, rodeados por muchos funcionarios interesados en el pronto retorno al régimen habitual, cometieron el error de insistir en que su ejercicio debía ser “provisional” y breve, sin advertir que las convalecencias exigen tanto tiempo como las enfermedades. El gobierno de 1930 después del contraste del 5 de abril, lo comprendió en parte y así tuvo la previsión de asegurar su perdurabilidad en el gobierno del General Justo.

En cambio el gobierno de 1955 con una extrema buena fe, entregó la presidencia al candidato ganador en las elecciones de 1958, gracias a una travieso “contubernio” con el gobernante depuesto y así se hundió el país en un remolino de contradicciones y conflictos por más de 20 años<sup>1</sup>.

III. — Los “papeles incendiarios” influyeron en tiempos distintos y de una manera arrolladora en los procesos del Plata. En los primeros años llegaban escondidos en los equipajes de los viajeros o entre los atados de té y se difundían en todo el Virreinato. Era de buen tono que los grandes funcionarios escépticos y muchas veces malcontentos, encerrasen en sus bibliotecas, los siniestros libros de los Enciclopedistas.

Rousseau (1712-1778), un neurótico verboso fue el profeta que transformó el espíritu colonial. Publicó en 1762

<sup>1</sup> POTASH, t. II, 356, 362, 375; *Sur*, 168; JACINTO TORYBO, *Aramburu*, 153.

*El Contrato Social*, con un éxito tan convincente, que las instituciones monárquicas perdieron el carácter sagrado y se derrumbaron las viejas barreras. Leído con avidez en los más lejanos villorrios, abrió otros horizontes y fue el dogma de los revolucionarios.

La igualdad de los hombres y la voluntad de los pueblos fueron los nuevos ideales. Salvador de Alberdi enseñaba sus principios en el lejano Tucumán y Mariano Moreno lo hacía distribuir como primordial medida de gobierno en Buenos Aires.

Consagró el valor de la persona humana, rompió el yugo esclerótico de los Borbones, liberó la América de un codicioso vasallaje, abolió la esclavitud, las mitas y el yanacónazgo, impuso la libertad de comercio y de trabajo frente a las compañías monopolistas de Cádiz. Elevó a los criollos de la categoría de siervos a la de ciudadanos y en medio de tantos trastornos consagró la igualdad, reivindicó la libertad intelectual de pensar y de escribir, fundó universidades y bibliotecas y abolió en América el régimen fosilizado de compartimentos estancos que frenaban todo progreso.

Thomas Raynal (1713-1796) y Marmontel (1736-1799) denunciaron, con parecida elocuencia, los excesos de la explotación colonial y avivaron el descontento.

En una nueva etapa Bentham (1748-1832), Juan B. Say (1767-1832), Lamennais (1782-1854), Lerminier (1803-1857), Mazzini (1805-1872), inspiraron los planes de la generación de 1838 para civilizar y cultivar los desiertos.

En otra etapa Alejandro Hamilton (1757-1804), Joseph Story (1779-1845), Pellegrino Rossi (1787-1848) y Michel Chevallier (1806-1879) difundieron los grandes principios institucionales que debían propender a la organización del estado argentino y afianzar los derechos de sus habitantes, condenaron las ejecuciones a lanza y cuchillo, las facultades extraordinarias, el continuismo de los gobernantes, las comisiones especiales.

Más tarde el positivismo de Augusto Comte (1778-1852), el pragmatismo de John Stuart Mill (1806-1873) y de

Heriberto Spencer (1820-1903) impusieron los métodos experimentales sobre los fetichismos aldeanos, inspiraron a la generación de 1880 la construcción de los ferrocarriles, las nuevas artesanías y dieron al gobierno un tono más dinámico y civilizador.

Los análisis científicos de los procesos sociales y la ebullición de los hechos concretos disiparon muchos mitos y prejuicios, el mundo se volvió más objetivo y pragmático, críticamente ansioso de verdades.

Los genios tutelares de Huainca Capac y Pachamama, los presagios del caballo del señor General Facundo Quiroga y los consejos de los hechiceros y manosantas, piadosos atavismos coloniales, que tanto peso tuvieron en los años pasados perdieron prestigio, aun cuando conservan todavía un cierto número de constantes devotos <sup>1a</sup>.

Pero la persistente influencia de las supersticiones, de los nigromantes y de los talismanes, en la vida institucional argentina, es un tema que merece ahondarse.

El remolino de las ideas y de las doctrinas se aceleró en los últimos años por la aparición de los grandes periódicos, de las radios y las televisiones, los cenáculos de inquietos intelectuales, que si algunas veces impulsaron el progreso, otras sembraron el desconcierto en vastos sectores.

No es este el lugar para analizarlas y basta indicar las figuras de Marx (1818-1883) a Maritain (1882-1973), de Darwin (1809-1882) a Bergson (1859-1941), de Pavlov (1849-1936) a Freud (1856-1939), de Spengler (1880-1936) a Toynbee (1889-1975), la epistemología, la cibernética, la informática, las nuevas matemáticas y las ciencias biológicas que abrieron paso a otras corrientes en un mundo que no cesa de cambiar.

IV. — El factor que más influyó en las escarpadas transformaciones institucionales de la Nación fue el ferrocarril.

John Stevens (1749-1838) construyó los primeros bar-

<sup>1a</sup> DANIEL GRANADA, *Reseña histórica descriptiva de antiguas y modernas supersticiones del Río de la Plata*, 1896, taumaturgos y alucinados; la leyenda de la Argentina rica, como don gratuito del cielo y un justificativo de la incompetencia y la desidia.



cos arrastrados por dos ruedas laterales movidas por el vapor de una caldera. En 1808 se realizó la primera travesía entre Filadelfia y Nueva York y el año 1819 el Savannah cruzó el Atlántico en 25 días y la Europa se acercó a la América fantástica.

Jorge Stephenson (1781-1848) un joven relojero ideó la primera locomotiva destinada a transitar con sus vagones sobre unos rieles de hierro y construyó la primera línea entre Liverpool y Manchester en 1826.

Los primitivos medios de comunicación, carreteras y diligencias, tuvieron una considerable y lenta importancia en Europa para trasladar las mercaderías y las tropas. Las rutas romanas fueron el gran sostén del Imperio. Luis XV estableció el Departamento de "Ponts et chaussés" para cuidar su mantenimiento y Napoleón construyó otras carreteras de piedra para unir los racimos de su Imperio.

En Francia se tendió la primera línea ferroviaria de París a Saint Germain en 1835, en Bélgica de Bruselas a Amberes, en Alemania de Leipzig a Dresden entre furiosas protestas y catastróficos anuncios.

En 1885 el General Urquiza encomendó a su Ministro en París J. B. Alberdi, que contratara la construcción del ferrocarril de Rosario a Córdoba, de acuerdo con los estudios realizados por el Ingeniero Allan Campbell.

Serían los brazos de hierro de la Constitución, la obra institucional más fecunda, transportaron pobladores y cosechas, ayudaron a construir iglesias y escuelas y difundieron un mayor bienestar en los villorrios dispersos en los desiertos.

Con Wheelwrigth proyectaban la construcción del Gran Central, la luminosa epopeya, que debía extenderse a través de las llanuras de Rosario a Córdoba y luego a las Horquetas en Catamarca, para atravesar la Cordillera por el paso de San Francisco hasta llegar al soleado valle de Copiapó.

Después gracias a la ayuda de Mariano Billinghurst, Allan Campbell y John Coghlan se tendieron los ramales a Tucumán, a Buenos Aires y a la Ensenada.

El 12 de enero de 1854, el Gobernador de la Provincia

de Buenos Aires Pastor Obligado, inició los trámites para la construcción del Ferrocarril Oeste hacia Chivilcoy y Azul, en septiembre de 1862 Eduardo Lumb principió los trabajos para la construcción del Ferrocarril Sud hacia la Ensenada y Bahía Blanca y en 1872 se comenzó la construcción del Ferrocarril de Buenos Aires al Pacífico <sup>2</sup>.

En 1857 se habían construido 10 Kms., en 1867 unos 573 kms., en 1877 unos 2.235 Kms., en 1887 unos 6.689, en 1897 unos 14.755, en 1907 unos 22.126 y en 1917 unos 33.862. En 1857 se transportaban 80 mil toneladas por carreta y en 1927, más de 54 millones de toneladas por ferrocarril. El flete por carreta costaba 750 pesos por tonelada y por ferrocarril 250 pesos.

Los ferrocarriles ayudaron a unir y a fortalecer el país con más eficacia que muchas leyes. Suprimieron los desiertos, los lentos viajes en galeras que se prolongaban por meses de Salta y Tucumán al puerto, bajo la amenaza de los indios y de los bandoleros, se redujeron a días.

Disiparon el aislamiento y el sopor que aprisionaban a los pueblos del interior, les abrieron frescos cauces de adelanto y fecundaron las llanuras alledañas con nuevas poblaciones.

Rosario creció vertiginosamente, las colonias Esperanza, Rafaela, San José, San Ignacio, San Gerónimo, San Juan, San Carlos y Casilda brotaban en los campos, se extendían los sembrados, se multiplicaban los rebaños y se afianzaba la civilización.

Promovieron la distribución de las cosechas y el envío de molinos y alambres al interior. Con las carabinas Remington apoyaron la defensa del orden y el rápido transporte de las tropas de línea para contener los malones y los endémicos pronunciamientos de los caudillos, crearon una nueva Argentina.

A su vez los barcos a vapor fomentaron la llegada de los rumorosos rebaños de inmigrantes y las nuevas maquinarias.

<sup>2</sup> *Los Ferrocarriles Argentinos*; ROBERTO CORTÉZ CONDE, *El progreso argentino*, 1880-1914, 1979, 78, 130.

Luego el telégrafo y el teléfono impulsaron la circulación de las noticias y los informes sobre el precio de los cereales, de la lana y de los cueros.

Como todo cambia con los años a pesar de los enormes beneficios iniciales, los nuevos inventos de los automotores y de los caminos de cemento, iniciaron una tenaz competencia, origen a su vez de otros cambios. Su estatización rebajó la calidad de los servicios y se convirtieron en una agobiante carga para el país.

V. — El concepto del gobierno colonial, que exigía a los colonos americanos el pago de los tributos necesarios para mantener el boato de la Corte, fue reemplazado en 1810 por el concepto del estado administrador al servicio de los ciudadanos. La diferencia es categórica, pero el recuerdo del gobierno colonial no ha desaparecido. Nuestra burocracia se ha colocado en el lugar de la antigua nobleza, con sus prebendas y los privilegios impositivos, porque la naturaleza humana cambió poco. La premiosa tarea de estos días es pues reformar la administración del Estado, inculcar a la burocracia la modestia, la medida, la cortesía y ponerla francamente al servicio de los pueblos.

La historia se repite, se ha operado una superfetación, ha aparecido una nueva clase social de funcionarios privilegiados, que no pagan impuestos y dilapidan los dineros de los contribuyentes y naturalmente luchan porfiadamente por conservar el dominio de sus grandes ducados en las empresas estatales, con un espíritu medieval.

Si hace bastantes años se criticaba a un periodista porque llevaba en el barco una vaca para beber leche fresca, hoy aparece una variada colección de funcionarios que viajan con un cortejo de cincuenta o más acólitos, más costosos que otras tantas vacas, para la mayor inquietud de los contribuyentes.

La tarea es difícil, porque a pesar de tantos cambios, muchos superficiales, sobreviven los genes coloniales en el fondo de la sociedad, como factores de perturbación y de atraso.

Reaparece el primer gen, la ley del arcabuz y del botín

como medio de predominio y de enriquecimiento personal. Los fantasmas de los Conquistadores y de los Virreyes que esquilmaron las riberas del Plata, vuelven con distintas vestiduras y con los mismos reflejos.

El segundo gen es el parkinsoniano espíritu burocrático, que inhibe las funciones del gobierno y lo transforma en un albergue de entenados con gastos estériles y desmesurados. Crece el estado ineficaz y parasitario que explota y oprime los sectores del trabajo y se opone con porfía a las tentativas de modernización.

Cuando el número de habitantes de un país que confeccionan papeles es mayor que el número de habitantes que siembran cereales o fabrican cosas la crisis es ineluctable.

La empleomanía se convierte en una carga abrumadora. El IAPI de conocido origen colonial es un retoño de la Casa de Contratación de Sevilla y el Banco Central del Consejo de Indias, y conservan sus legendarias falencias, los monopolios y el emisionismo.

Es así que las campañas electorales suelen convertirse en un torneo para ocupar los cargos bien rentados y se cae en el delectable *spoils system* en beneficio de los vencedores <sup>2a</sup>.

El país se ha estancado y la meta más difundida en los años actuales, es la distribución de numerosos puestos públicos, que no exijan mucha preparación o mucho trabajo y se hallen coronados por una pronta y confortable jubilación, una especie de socialismo de estado paternal e incoherente, que tiende a recrear el modelo de las Misiones Jesuíticas desacralizadas y nos precipitan por la pendiente de una decadencia ominosa.

<sup>2a</sup> El personal de la Municipalidad de Buenos Aires creció de 64.000 agentes en 1983 a 102.000 en 1986, "La Prensa", 4 de julio de 1987; NORETHCOTE PARKINSON, *La Ley de Parkinson*, 1961, 15; El número de empleados públicos ha pasado la línea vulnerable de los dos millones; actualmente el 52 % del producto bruto es absorbido por el Estado y el país se estanca, a lo que se agrega el deficiente funcionamiento de la administración pública. Según manifestaciones del Presidente de la República se siguen 23.000 causas contra el Banco Central y 230.000 contra el Estado, que representan holgadamente 4.600 millones de australes, "La Prensa", 31 de julio de 1987, pruebas de una arritmia administrativa que impone una sana rectificación. Sobre una población de 30 millones de habitantes, solo 10 millones son económicamente activas y apenas 3 millones desempeñan tareas productivas.

Otro gen es el maniqueísmo, la ley del odio nacida del primitivismo mental, que califica a los críticos institucionales de enemigos merecedores del hacha y del fuego. Los orígenes son lejanos, "maldiga Dios a los perros cristianos", decía un devoto Sultán, "viva la Santa Federación, mueran los salvajes unitarios" clamaba don Juan Manuel. Otro personaje más cercano agregaba a los opositores "ni justicia"<sup>3</sup>.

El daño que ha causado esta confusión de valores ha sido inmenso, ha dividido el país en banderías, que prefieren pertenecer a una secta a ser argentinos. Olvidan que por arriba de los partidos, de las diferencias circunstanciales, se encuentra la Nación, el barco donde todos navegan a través de los siglos y que la única conducta fecunda es la colaboración en el bien común y no las disputas fratricidas.

Por fortuna la Argentina cuenta con excelentes amortiguadores, un clima agradable y la feracidad del suelo, los alimentos hasta hace poco baratos y un fondo bondadoso, en la sociedad, que le permite sobreponerse a estos avatares.

VI. — La Constitución de 1853 logró canalizar estas encespadas corrientes y abrigó el progreso del país a través de tantas crisis y cimbronazos.

El gran mérito de la Constitución es haber establecido un régimen de gobierno que se ajusta a la idiosincrasia de sus poblaciones y las guía ordenadamente en sus trabajos.

Al imponer la división de los poderes en los artículos 36, 74 y 94 y la renovación de los gobernantes en el artículo 77, levantó una valla contra los gobiernos desorbitados y si bien esas normas han sido tantas veces violadas, la experiencia ha probado una y otra vez su valor.

En medio del movimiento continuo y desordenado de las masas, surge una regla didáctica, confirmada por una experiencia secular, que se impone con una uniformidad admonitoria. Es la caída de los funcionarios en la puna del poder, la vieja máxima de Lord Acton, el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente. Ese vaho penetra

<sup>3</sup> *El Libro Negro*, 89.

sutilmente en los espíritus, los exalta y los despoja de sus obligaciones, de la realidad y de la medida y se acentúa cuando el gobierno es ejercido por una facción, hasta llegar al vértigo de las turbas enceguecidas que se precipitan en torrentes atronadores y aventan las instituciones y su propio bienestar.

Los derechos personales (artículos 14, 16, 17, 18 y 19) han sido el amparo de los ciudadanos, frente a las arbitrariedades y el tiempo ha templado también su valor.

Envuelto en una tormenta de sangre lo enseñaba Echeverría. "La voluntad de un pueblo o de una mayoría no puede establecer un derecho atentatorio del derecho individual, porque no hay sobre la tierra autoridad alguna absoluta, porque ninguna es órgano infalible de la justicia suprema y porque más arriba de las leyes humanas, está la ley de la conciencia y de la razón. Ninguna autoridad legítima impera si no es en nombre del derecho, de la justicia y de la verdad" <sup>4</sup>.

Los esbozos de reforma que se han divulgado muestran una sorprendente falta de información. Los ejemplos abundan, el régimen parlamentario congénitamente verbalista, desordenado e inoperante, llevó la Italia al fascismo en 1922, la Alemania al nazismo en 1933 y la España a la guerra civil en 1936. Se desconoce el fracaso del Front Populaire que gobernó en Francia de 1936 a 1939, la arruinó y la llevó a la derrota y cómo el General De Gaulle debió interponerse el 29 de mayo de 1958 para evitar que el pueblo de París tirara a los diputados de cabeza al Sena.

Se desprecia las lecciones de la historia y se olvida que el artículo 77 de la Constitución se halla enraizado en la brutal tiranía de don Juan Manuel de Rosas y su séquito de bufones y candombes, y nos enfrenta con una tremenda advertencia, que sería insensato olvidar <sup>5</sup>.

El anuncio de un nuevo orden de carácter socializante,

<sup>4</sup> ECHEVERRÍA, O. C., t. IV, 121.

<sup>5</sup> PINEDO, *La República*, t. IV, 469, la inspiración mussoliniana; "No reformemos nuestra Carta, decía Miguel Cané, con ella vamos un poco a los tropezones, pero vamos", *La Biblioteca*, t. I, 54, ¿un nuevo castrismo?

si llegara a prosperar crearía un clima de inseguridad, que espantaría a los capitales locales y extranjeros. Se agravaría la crisis, bajaría la producción, aumentaría la inflación y la pobreza. No se atrae a los pájaros con tiros de escopeta advertía Alberdi.

Como el burgués de Molière, algunos gobernantes practican con fervor, el tan detractado fascismo, quizás sin saberlo.

La renovación periódica de los elencos republicanos es la condición ineludible para arraigar la democracia y su olvido profana uno de los principios espartanos de don Hipólito "del gobierno a casa", reafirmado enfáticamente por el Dr. Moisés Lebenshon y su bloque en la Convención de 1949 <sup>6</sup>.

Del continuismo a los gobiernos totalitarios y a las facultades extraordinarias, hay un solo paso. Alberdi enseñaba que no basta que un gobierno entone himnos a la libertad para llamarse libre, porque antes debe cumplir requisitos precisos y concretos: la elección de los gobernantes, la división de los poderes, la independencia de los Jueces, la protección de los derechos personales, la renovación de los altos funcionarios, la publicidad de sus actos, el examen de los gastos públicos y la eliminación de las restricciones que encadenan la prensa independiente <sup>7</sup>.

Por encima de todo un gobierno democrático no puede subsistir si los funcionarios no dan el ejemplo de austeridad y si no se controla escrupulosamente la inversión de los dineros de los contribuyentes en fines legítimos y útiles.

Condenaba Alberdi las reformas partidistas que amenazan la estabilidad de las instituciones. "La política que pide reformas de la Constitución para enmendar fallas secundarias, se parece a la medicina que receta amputaciones para curar los menores rasguños <sup>8</sup>.

<sup>6</sup> DEL MAZO, t. II, 13; t. III, 159; *El Libro Negro*, 107; FAYT, la no reelección "es un principio fundamental"; ALBERDI, *E. P.*, t. 12, 339, 638, 647, los peligros de las candidaturas oficiales.

<sup>7</sup> JORGE M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, t. II, 963.

<sup>8</sup> ALBERDI, *O. C.*, t. V, 209.

Benjamín Constant observaba que si es fácil percibir las imperfecciones de una carta constitucional, menos fácil es prever las falencias que se encierran ocultas en las reformas que se sugieren y que sólo se revelan con los años.

Se olvida también que los poderes de los gobiernos republicanos son concretos y restringidos y que si traspasan esos límites, caen en la ilegalidad<sup>9</sup>.

Los cercan dos vallas infranqueables, la primera, de carácter institucional ha sido levantada en el artículo 86 de la Constitución y por los derechos personales garantidos en los artículos 14, 17 y 18 y la segunda de carácter económico, cuando el Preámbulo y el artículo 67 establecen que el gobierno debe promover el bienestar general y la prosperidad del país.

Por este motivo el artículo 16 de la Constitución Nacional exige que se designen funcionarios "idóneos", a fin de lograr el bienestar de los pueblos y así éstos deben ser seleccionados de acuerdo con su capacidad y experiencia, antes que por sus afinidades electorales.

La condición de "la idoneidad", a menudo olvidada, es sin embargo primordial para el buen ejercicio del gobierno y su éxito. Echeverría, conturbado por la vesanía del General Rosas y la inanidad de sus consejeros, denunciaba esas falencias. "A juzgar por los resultados que han dejado en pos de sí, ¿cómo calificar la imperturbable serenidad e impavidez con que tantos hombres vulgares se han sentado en la silla del poder y arrastrado la pompa de las dignidades? ¿Se creyeron muy capaces o pensaron que eso de gobernar y dictar leyes no requiere estudio ni reflexión y es idéntico a cualquier negocio de la vida común? La silla del poder, señores, no admite medianías, porque la ignorancia y errores de un hombre pueden hacer cejar de un siglo a una nación y sumirla en un piélago de calamidades"<sup>10</sup>.

La capacidad y el mérito probado, fue la regla institu-

<sup>9</sup> ALBERDI, *O. C.*, t. I, 188.

<sup>10</sup> JORGE M. MAYER, *Las Bases*, 1979, 323; CONESA, *Economía*, 15, 55.



cional, que aplicaron los presidentes Roca y Pellegrini, Alvear y Justo y la razón de su éxito, gobernar es elegir bien.

Las intenciones más generosas no son suficientes, si no están basadas en cálculos exactos, gobernar no es pagar, decía el Presidente Alvear.

El traslado de la capital ofrece ventajas promisorias y ha sido propuesto varias veces desde hace más de 100 años. No requiere ninguna reforma de la Constitución, pero el lugar indicado al borde del mar, es inconveniente por razones geográficas, económicas y militares y acentuaría el actual desequilibrio, es recaer profanamente en el error.

El Dr. Adolfo D. Holmberg, después de un cuidadoso estudio propuso en 1972, que la capital se trasladara a una meseta con 50 kms. de ancho, confinada por los ríos Colorado y Negro, entre la Japonesa y Chimpay, donde se cruzan el paralelo 39 de latitud sud con el meridiano 66 longitud oeste, a igual distancia del mar y de la cordillera y de Ushuaia y La Quiaca <sup>11</sup>.

Naturalmente que el traslado de la capital no podrá realizarse con cuatro camiones de mudanza. Requerirá la construcción de importantes obras de infraestructura, edificios, servicios públicos, luz, agua, gas, teléfonos, caminos y exigirá una inversión de 20.000 millones de dólares y un plazo de 30 años, como sucedió en Brasilia, para llevarlo a cabo.

VII. — El voto de los ciudadanos tiene alcances precisos, porque no puede infringir las normas constitucionales, ni vulnerar al bienestar general. Solamente dentro de esos límites pueden resolverse los problemas de una administración común.

El recuerdo del plebiscito del General Rosas de los días

<sup>11</sup> JORGE M. MAYER, *La capital, pasado, presente y futuro*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 11, 1969, 145; ADOLFO D. HOLMBERG, *Traslado de la capital, ¿adónde?*, 1972, "La Nación", 19 de febrero de 1987; ISAAC F. ROJAS, *La geopolítica y el traslado de la capital*, "La Prensa", 1º de abril de 1987; PEDERICO RUIZ GUIÑAZÚ, *La Patagonia protagonista*, 1987, 15.

26, 27 y 28 de marzo de 1835 es atrozmente aleccionador. Echeverría condenaba a los gobiernos que atizaban el espíritu de facción y de venganza, que fomentaban el espionaje y la delación y tendían a convertir la sociedad en una cueva de sayones. “La institución del gobierno es útil, moral y necesaria, sino cuando propende a asegurar a cada ciudadano sus imprescriptibles derechos y principalmente la libertad”<sup>12</sup>.

El gobierno que no respeta esos principios, pierde el mejor de sus títulos, la legitimidad, y cae indefenso, a merced de los caníbales.

La fuente de la paz y del bienestar no se encuentra en la voluntad colectiva sino en la razón colectiva. La doctrina de la omnipotencia legislativa adelantada por Rousseau ha probado ser más temible que el despotismo de los Reyes. “El derecho es el principio y el término del más fuerte, como del más débil poder de la tierra. Fuera de ese límite el más poderoso poder es ilegítimo, tiránico y próximo a su caída”<sup>12a</sup>.

La democracia no se reduce a colocar una boleta en una urna cada dos años. Los requisitos necesarios y previos son la educación del pueblo, el respeto por los derechos civiles, la limitación de las facultades de los gobernantes y la rotación periódica de los elencos.

La falta de oposición priva paradójicamente a los gobiernos de su mejor punto de apoyo y de un crítico instrumento de control en beneficio propio.

El principal inconveniente del actual régimen electoral es que los candidatos se inclinan más a menudo a halagar las ilusiones de las clientelas, que a adoptar las medidas adecuadas y a veces molestas, para lograr un bienestar consistente y general.

No existen fórmulas infalibles y las instituciones se hallan condicionadas por el factor personal, hubo gobiernos civiles y gobiernos militares ineficaces y en cambio el gobierno de un civil, el Presidente Alvear, y el gobierno de un militar, el General Justo, fueron excelentes<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> ECHEVERRÍA, O. C., t. 5, 123.

<sup>12a</sup> ALBERDI, *Fragmento Preliminar*, O. C., t. 1, 188.

<sup>13</sup> ALBERDI, E. P., t. 7, 89.

El problema institucional se ha tornado más acerbo al volverse más compleja la sociedad. Se ha retrocedido, la festiva etapa de las empanadas en los comités, ha cambiado para peor. El empleo de las técnicas de propaganda que estudian científicamente cómo se puede influir sobre la mentalidad de los pueblos, por medio de imágenes eróticas, la repetición de sofismas infantiles y la instilación de algunos mitos, en la misma forma con que se impulsa el consumo de los cigarrillos venenosos para la salud o de polvos para matar cucarachas, plantea inquietantes preguntas.

La publicidad no tiene más por objeto esclarecer la obra de los funcionarios o discutir con serenidad los grandes problemas institucionales, sino domesticar a los más vastos sectores. Es la llamada psicología de las masas ingenuas e impresionables. No se busca difundir la verdad sino aplicar los instrumentos que conmueven el cerebro de los pueblos por medio de prejuicios, fobias o reflejos condicionados y rebajar los ciudadanos al nivel de una banda de chimpancés <sup>13a</sup>.

El peligro se agrava cuando los gobernantes se atribuyen el monopolio de la radio y de la televisión para imponer "una sola voz", en abierta violación al artículo 14 de la Constitución, de tal modo que los ciudadanos sólo pueden escuchar las seductoras indicaciones sobre la boleta que deberán elegir en el cuarto oscuro <sup>14</sup>.

Los flautistas de Hamelin han despojado a los pueblos

<sup>13a</sup> VANCE PACKARD, *La sociedad desnuda*, 1965, 317; *Los moldeadores de hombres*, 1980, 143, las contiendas electorales se han reducido a una campaña entre las empresas de publicidad, cuidadosas de sus honorarios y totalmente indiferentes por los programas en pugna.

<sup>14</sup> "Le Figaro" del 11 de enero de 1986 enjuicia severamente los programas de televisión y los acusa de atentar contra la gramática y la estética e imponer el subdesarrollo cultural; "La Nación" del 16 de marzo de 1987 condena en términos parecidos "la droga electrónica", que lleva a una hipnosis colectiva hasta el punto de anular la capacidad crítica de los videntes e inculcarles patrones de comportamiento; "La Nación" del 1º de abril de 1987 dice "es un instrumento totalitario de desinformación, como sucedió en conocidas oportunidades"; "La Prensa", 21 de mayo de 1987, la nota de la Asociación de Telerradiodifusión Argentina (ATA), censura la condonación de las deudas de las emisoras de radio y televisión oficiales, convirtiéndolas además de una carga excesivamente gravosa para los contribuyentes, "en un instrumento atentatorio contra la libertad de expresión, que no duda en calificar de perverso".

del derecho de pensar, se ha visto en los países más cultos de Europa, cómo los ciudadanos cautivados por ese género de propaganda, encumbraron gobiernos protervos y los apoyaron hasta el incendio final.

VIII. — El fin último de los gobiernos según la Constitución, es asegurar el bienestar de los pueblos. El artículo 67 inciso 16, dice que corresponde al Congreso “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración . . . promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables . . . la importación de capitales extranjeros”.

Los pueblos son cada vez más susceptibles a los contrastes económicos, porque recaen penosamente sobre su vida diaria, el sustento de su familia y nadie está dispuesto a criar a sus hijos en la indigencia para mantener una burocracia parasitaria. Por eso la economía gubernativa o al menos la economía aplicada, se ha transformado en una economía social, en la tarea de lograr el bienestar general, que haya “más ricos y menos pobres”.

Enrique IV, Rey de Francia, afirmaba que el propósito de su gobierno era obtener que cada francés tuviera diariamente una gallina en su olla, encomiable meta que todavía no se ha alcanzado en las orillas del Plata. Bossuet enseñaba que “la vrai fin de la politique est de rendre la vie commode et les peuples heureux”<sup>15</sup>.

Los planes de mejoramiento social no deben confundirse con los planes electorales, requieren capacidad administrativa y un preciso conocimiento de las necesidades de los pueblos y de la mejor manera de aliviarlas.

Los buenos hospitales, las escuelas, las vías de comunicación, las usinas eléctricas, no se levantan con un corazón generoso y con discursos elocuentes, sino con cálculos y trabajos metódicos.

Para lograrlo el único medio válido es asegurar la liber-

<sup>15</sup> BOSSUET, *Discours sur l'histoire universelle, Oeuvres*, 1970, 956.

tad y la seguridad de los habitantes, de sus vidas y de sus industrias. En los primeros años con una población reducida y una rudimentaria economía agraria, la tarea del gobierno era sencilla y se limitó hasta 1910 a resguardar la tranquilidad de los pueblos dispersos en los desiertos de la Confederación, sus esfuerzos se centraban en los servicios de policía y en la educación primaria.

Con la llegada de las olas inmigratorias, el crecimiento del mosaico, el desarrollo de las artesanías, esa tarea se volvió más compleja. En la actualidad, con una población de 30 millones, una apreciable industria, las restricciones del comercio mundial, el lastre de las deudas y las mayores exigencias de los ciudadanos, esa misión se ha vuelto también más delicada.

No basta la buena voluntad para resolver los problemas institucionales, es indispensable la colaboración de técnicos bien preparados y de buen sentido, que asesoren a los gobernantes con empeño y desinterés.

El problema más importante no es jurar o reformar la Constitución, sino comenzar por cumplirla tal cual es, lograr que las grandes concentraciones electorales comprendan que la única manera de asegurar una vida social armoniosa, consiste en acatar sinceramente sus disposiciones y olvidar las ventajas que pueden obtener ocasionalmente con su transgresión.

El atraso actual se debe en gran parte al enfermizo estado de las Universidades politizadas, laxas, más inclinadas a la declamación que a los estudios sistemáticos. Incapaces de brindar un futuro promisorio a los alumnos, originan el parapléjico atraso tecnológico del país que se traduce en la falta de viviendas, de teléfonos, de electricidad, de petróleo y de gas, y en que algunos sectores muestren más gusto por los tam-tams que por la informática.

El problema institucional argentino no es un problema de democracia, consiste en último grado en que los funcionarios se resignen a respetar las reglas de la aritmética para la administración del Estado.

Además ciertas corrientes disolventes gravitan con insistencia. El Mensaje de la Conferencia Episcopal del 5 de agosto de 1987 encierra una grave voz de alerta ante los bacilos que corroen la vida social y condena con severidad los planes corruptores que impulsan metódicamente los países exportadores de las ideologías materialistas. Éstas se dirigen particularmente contra el hombre y la familia y llegan al extremo de comercializar el cuerpo de la mujer, gracias a la colaboración de conocidos medios de comunicación. Todo ello envuelto y agravado, para mayor tristeza, por la crisis económica que agobia a extensas capas de la población.

Es la campaña de la anticultura, que bajo las sombras de los paralogismos y de los lugares comunes, enciende las llamas de los odios y de las divisiones y frena el desarrollo del progreso y del bienestar en el Plata.

La tarea de recuperación es larga y compleja, sólo se podrá tener éxito con trabajo y perseverancia, nunca con préstamos que hundan cada vez más el país en una ciénaga y le hacen perder toda posibilidad de decisión.

Los discursos han perdido peso y han sido desplazados por el cuidadoso cálculo de los hechos reales. En este terreno no caben las equivocaciones, porque sus consecuencias son la pobreza, la desocupación, inevitables y afligentes. La sabiduría de los gobiernos no se mide más por el número de votos, sino por los aciertos de su administración. Los hechos tercos e irreductibles son más fuertes que los buenos sentimientos. Un ministro de economía puede ocasionar más estragos que tres revoluciones <sup>15a</sup>.

Las falencias de los gobiernos son difíciles de ocultar, saltan irreprimiblemente a la vista con la aparición de los déficits de los presupuestos, que revelan el derroche de los recursos, conllevan la imposición de mayores gravámenes y desatan la desesperante espiral inflacionaria. Muestran que los funcionarios no se han conducido como una cuidadosa ama de casa.

<sup>15a</sup> *El Campo en Marcha*, abril 1987, 3, en los últimos diez años se cerraron 18.000 establecimientos industriales.

La teología económica no logra enfrentar la realidad, sus propuestas sobre el trazado de “nuevos diseños de política”, de “modificar los aspectos estructurales” o de llevar adelante “nuevos modelos de apertura”, en vez de suprimir los quebrantos, privatizar las empresas oficiales, proteger a los argentinos que trabajan, muestra su debilidad innata para actuar sobre los hechos.

El error básico de las distintas administraciones, desde 1935, fue dar más importancia al campo financiero que al campo económico y de allí parten los grandes percances.

Hasta esa fecha los esfuerzos de los gobiernos y de los particulares, tendían a producir más cereales, más carne, más petróleo, construir más viviendas, vías de comunicación, barcos, puertos, silos, ferrocarriles, más mercaderías para el consumo y para exportar fue una meta de producción.

Después de esa fecha, luego de la fundación del Banco Central, se comenzó a dar más importancia al giro financiero, al movimiento bancario, a los créditos, a los empréstitos, a la emisión de moneda generalmente espuria, para llegar después de 1976 a un desequilibrio catastrófico.

Es decir, que se substituyó la producción de bienes que mejoraban el nivel de vida, con el malabarismo de papeles ilusorios y se desembocó en el emisionismo, el endeudamiento y el encarecimiento de la vida <sup>16</sup>.

Esa política se agravó con dos medidas suicidas, la primera fue la elevación de la tasa de interés hasta extremos shylockianos, con la consecuencia de que amplios sectores constataron que era más provechoso colocar sus capitales en préstamos que dedicarlos a trabajar y así se fomentó la especulación y el ocio. La producción se frenó drásticamente, sólo en la construcción el déficit de viviendas ha llegado a

<sup>16</sup> PINEDO, *La Argentina bajo un cono de sombra*, 141; PINEDO, *La Argentina, su posición y rango en el mundo*, 369, 436, 440, el derrumbe; “La Nación”, 22 de julio de 1987, la deuda interna del gobierno sobrepasa los 45.000 millones de australes.

2.500.000 y demasiados argentinos están condenados a dormir bajo la fría luz de la luna.

La segunda medida fue el abuso de los empréstitos, que permitieron a los gobiernos paliar artificialmente sus apremios y transferir la obligación de devolver los fondos a las próximas generaciones, prematuramente sacrificadas. Por eso muchos argentinos tiemblan cuando algunos de nuestros funcionarios regresan de Canosa, con el anuncio triunfal de haber obtenido un nuevo préstamo y endeudado más al país.

Las finanzas son apenas lo accesorio de las máquinas sociales, lo principal son las calderas, los pistones, las turbinas, los mecanismos de transmisión; las finanzas sólo representan el aceite que lubrica las distintas piezas.

El empleo de los empréstitos externos, que han remontado, en los últimos años, de 45.000 millones de dólares a 55.000 millones, es visiblemente ruinoso. Alberdi criticaba con severidad esa conducta en un folleto publicado en 1876 sobre "Los abusos y víctimas del crédito público Sudamericano". Si los empréstitos, por cierto muy reducidos, fueron indispensables para comprar armas en las guerras de la Independencia y para los progresos materiales posteriores en un país desprovisto totalmente de equipos, se esfumaron más tarde en los más censurables gastos suntuarios o en aliviar los quebrantos burocráticos.

Decía Alberdi: "Tomar capitales a préstamo para reemplazar los capitales destruidos por las crisis, no es remediar la pobreza, sino agravarla, la riqueza de otro no es la riqueza del país. La deuda representa más la pobreza que la riqueza. Endeudarse no es enriquecerse sino exponerse a empobrecerse por la facilidad con que siempre se gasta lo ajeno" <sup>16a</sup>.

Esos gobernantes fueron imprudentes, pero los banqueros actuaron con una cicatería imperdonable. "Ahí no se acaba la responsabilidad de la Europa en las crisis de Sudamérica. Sus especulaciones no sólo han sido imprevisoras, sino culpables en los casos en que han promovido u ofrecido

16a ALBERDI, E. P., t. 1, 146.



empréstitos, contando precisamente con la ignorancia de los americanos”<sup>17</sup>.

El problema es sencillo, si los fondos provenientes de los empréstitos se colocan en obras útiles, de modo que rindan un importe mayor que los servicios de intereses y amortización, son aceptables, en caso contrario deben ser condenados.

Lo importante es capitalizar a la Argentina con el trabajo y con el ahorro de los argentinos, con la protección del campo y de las industrias, con la formación de los capitales locales. Esa es la única forma sana de progresar aunque exija la disección del aparato estatal y más trabajo.

Es pues necesario volver a la austeridad, reducir el monetarismo y fomentar otra vez una economía de producción, volver a la Argentina rica, al bienestar de los pueblos.

Se ha operado en los últimos decenios, por obra de esos pecados, una alarmante involución. La Argentina antes briosa y emprendedora ha perdido la fe en el futuro y la energía para acometer grandes obras. Los pueblos han pasado de la euforia al desaliento. Los hacendados y los industriales inquietos por la voracidad fiscal y la falta de alicientes, no se atreven a ampliar sus instalaciones. La moneda se ha volatilizado, el aparato técnico se ha vuelto obsoleto.

Desorientados por un complejo de falencias, encumbrados funcionarios califican sacrílegamente a su patria de país subdesarrollado y se conducen como tales.

La Cancillería incurre en un tropo tras otro, el bloqueo por los Estados Unidos de los aviones de guerra comprados a Israel y la exportación subsidiada de los cereales yanquis, son las consecuencias de una conducta poco perspicaz<sup>17a</sup>.

Después del irreparable faux pas del Beagle, la política internacional ha persistido en los errores con el apoyo a Nicaragua y a Cuba y el rompimiento de relaciones diplomá-

<sup>17</sup> ALBERDI, E. P., t. 1, 37, 68, 146, 166.

<sup>17a</sup> “La Prensa”, 12 de agosto de 1987; “La Nación”, 7 de agosto de 1987; JACQUES BAUMEL, *Nicaragua, una segunda Cuba*, “Revue des Deux Mondes”, junio 1987, 604.

ticas con Sudáfrica, un estado amigo de quien tanto podíamos esperar en el futuro. La política de acercamiento con Chile ha fracasado, el paso al Pacífico por los puertos del norte continúa cerrado y la misma suerte tendrá la ilusoria política de integración con el Brasil.

Se ha perdido la oportunidad que ofrecía la crisis brasileña para solucionar el conflicto de las grandes represas y aclarar si Brasilia desea realmente una equilibrada integración o si es sólo otra faz de la secular política de expansión hacia el sud. Merece recordarse una vez más que la construcción de la represa de Itaipú a 17 kilómetros de la desembocadura del río Iguazú afecta gravemente la navegación del río Paraná, los puertos ribereños, vastas zonas de Misiones y Corrientes y la construcción de la represa de Corpus, con repercusiones ecológicas igualmente nocivas <sup>17b</sup>.

La compatibilización de las represas y el acuerdo sobre la cota de 120 metros para Corpus, que elevaría su potencia al doble es la piedra de toque. Recién entonces se podrá hablar de la colaboración y de la integración, tan convenientes entre los dos países.

Los efectos de las doctrinas económicas aplicadas desde 1943 han sido negativos. Hay dos doctrinas opuestas que no lograron los resultados deseados. La primera ha sido la estatización de las empresas, desde los servicios públicos hasta los salones de baile, que han arrojado pérdidas exorbitantes, la falta de escuelas, de teléfonos, de obras sanitarias, de pavimentos y de hospitales, los transportes incómodos y deficientes y hasta el Mal de Chagas, que aflige a 1.900.000 argentinos <sup>18</sup>.

La segunda ha sido la anarquía o la herodiana economía

<sup>17b</sup> Almirante ISAAC FRANCISCO ROJAS, *Intereses argentinos en la Cuenca del Plata*, "Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas", tomo XV, 1986, 303; JORGE M. MAYER, *La política de los Braganza en el Río de la Plata*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", tomo XVI, 1973, 731; GUILLERMO J. CANO, *La Cuenca del Plata: reseña de los aspectos político-jurídicos del proceso de su aprovechamiento y de los conflictos involucrados*, "Anales de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales", tomo XV, 239.

<sup>18</sup> "La Nación", 30 de junio de 1987; TORYBO, *Aramburu*, 30, 146, 185.

de mercado, sin advertir que el mercado libre es tan utópico como la lámpara de Aladino, puesto que tanto el mercado local como el mercado mundial están dominados por los trusts, cartels y convenios de distribución y venta y los maléficis subsidios. Fracasó también y sus frutos más visibles fueron una desorbitada especulación, la quiebra de numerosos establecimientos industriales y el naufragio de múltiples sociedades financieras. No parece que sea una fórmula recomendable aplicar la eutanasia a los infantes y a los jubilados.

Una información libresca no basta para afrontar los problemas de gobierno, es necesario que los funcionarios se encuentren limpios de compromisos personales, tengan un carácter firme y la lucidez de las perspectivas, para elegir las medidas convenientes en beneficio del país. Los franceses dicen que un Ministro de Hacienda debe estar dotado "d'une certaine férocité".

Un serio error institucional, causado en parte por el dirigismo marxista, fue crear el Ministerio de Economía y entregar su dirección a los economistas. Cuando sólo había un modesto Ministerio de Hacienda, dirigido por abogados prácticos, el país prosperó y cuando se quiso ampliar sus atribuciones se creó ese Ministerio, con decenas de asesores, comenzaron los disgustos.

Si el Ministro de Economía trata de intervenir hasta en los gastos caseros de los ciudadanos o en el precio de los repollos y se designan para dirigirlo a candidatos con excelentes estudios teóricos, las consecuencias son inevitables. Una tarea es dirigir un Ministerio y otra reunir complacientes índices, a veces valiosos, para realizar algunos estudios previos, pero su visión de la realidad es sólo fragmentaria y muchas veces artificial. Les falta la perspectiva del conjunto y de sus problemas, la comprensión de los factores laterales y de los imponderables y muchas veces la energía para emprender las reformas ingratas. Es como entregar el manejo de una empresa a un contador y el estado es una empresa mil veces más compleja.

Allí está la diferencia entre el Ministro ejecutor y el

asesor y de ahí la poca eficacia de éstos. Por añadidura, ninguno de esos recomendables padres de familia está dotado de la "ferocité" que reclaman los franceses. El desastre que causó en Chile Courcelle-Seneuil, uno de los economistas más famosos de esos días, lo confirma. Con razón Alberdi le aconsejaba al General Urquiza que eligiera para Ministro a un próspero almacenero de Paraná, en vez de alguno de los economistas que vagaban desocupados en París. Es urgente volver a la realidad, a saber sumar y sobre todo restar, sin escalofríos.

Una característica prueba de la miopía de nuestros economistas ha sido la reciente decisión del respectivo Ministro, de cortar los fondos que necesita la Comisión Nacional de Energía Atómica para continuar la construcción de las usinas proyectadas y condenarnos definitivamente a los torturantes cortes de luz <sup>19</sup>.

La Argentina no es un país subdesarrollado sino subgobernado. Lo primordial es establecer firmemente las bases, capitalizar a los argentinos, lograr que puedan cultivar los campos, levantar fábricas, edificar sus viviendas, educar a sus hijos, disponer de colegios, universidades y buenos servicios médicos. En vez de hostilizar a los argentinos que trabajan es imperativo devolverles la confianza y alentar las empresas para mejorar el nivel de vida de la población. Por supuesto que esa capitalización sólo podrá lograrse de una manera sana mediante el trabajo y el ahorro y no con préstamos que algún día se deberán devolver.

Nuestros relapsos deberían substituir la filosofía del malón, bastante envejecida, por el encomio del trabajo y de la producción, por cierto más fecundo.

Las posturas económicas descansan sobre una base ideológica, por eso es necesario comenzar por extirpar de la cul-

<sup>19</sup> "La Prensa", 10 de abril de 1987, ¿Una indicación de Washington? En cambio el Brasil construye submarinos atómicos; "La Nación", 13 de abril y 9 de mayo; y Chile siempre afectuoso se propone construir bombas atómicas, otro fruto del cándido tratado del Beagle. Pero en la Argentina algunos círculos están empeñados en destruir las ya escasas fuerzas armadas. Ver "Argentine News", mayo 1987, 40, la comparación entre el personal y los armamentos de Chile, Brasil y la Argentina en alarmante inferioridad; es la Patria indefensa.

tura local los genes coloniales, que todavía perviven, recuperar el respeto por la lógica y las enseñanzas de la experiencia y poder así avanzar sobre un terreno firme hacia el deseado progreso.

La doctrina es muy clara, el Estado debe abandonar las actividades que pertenecen al sector privado, más eficaz, pero debe mantener una cuidadosa vigilancia sobre las actividades económicas, para reprimir las conductas irregulares o nocivas para el interés general.

Sólo en los años 1974 a 1984, a través de los distintos gobiernos, las pérdidas de las empresas públicas Y.P.F., Y.C.F., Gas del Estado, Agua y Energía, Segba, Obras Sanitarias, Hidronor, Ferrocarriles Argentinos, Aerolíneas Argentinas, Administración General de Puertos, Entel, Líneas Marítimas Argentinas, llegaron a 23.087 millones de dólares que fueron cubiertos por el Tesoro Nacional, con préstamos y emisiones de moneda. No es todo, en el año 1986 las empresas públicas fueron responsables del 85 % del déficit fiscal y todavía los funcionarios del Ministerio de Hacienda, para disculparse, incurren en la contradicción de acusar enfáticamente a los contribuyentes de no pagar puntualmente los impuestos y así hacen recaer sobre éstos el gravísimo peso de sus errores <sup>19a</sup>.

A esto hay que agregar los 10.000 millones de australes que hasta ahora han costado las garantías acordadas por el Banco Central a los depositantes de fondos en los Bancos que se desbarrancan.

Nada hay obscuro en las plagas económicas que nos afligen, en el origen de la inflación. Allí está la fuente que sumada a la hipertrofia de la burocracia y de los gastos suntuarios, desencadenó la catástrofe. Basta pues taponar esos rumbos, para sanear la economía y poner de nuevo al país de pie.

El papel fundamental del Estado es liberar a las fuerzas vitales que germinan en el interior de la sociedad, proteger y alentar a las empresas argentinas, sobre todo a la intelligen-

<sup>19a</sup> "La Nación", 23 de agosto de 1987.

cia y a la técnica, en vez de uncirlas igual que en los años de la Colonia <sup>20</sup>.

Hay que reemplazar urgentemente una economía de distribución de pobreza, por una economía de producción, volver a la realidad, a las fórmulas siempre eficaces de 1880.

Vivimos en gran parte todavía bajo los recuerdos coloniales, los genes subsisten con una parecida virulencia y uno de los peores es el regalismo monárquico, reencarnado en el actual régimen impositivo.

En un estado republicano, el régimen impositivo debe ser sencillo y los impuestos fáciles de pagar. En cambio se ha arraigado un régimen bizantino, oscuro y depredador. No es exacto que los contribuyentes evadan el pago de los impuestos, no los pagan porque no saben cómo pagarlos. ¿Qué puede hacer razonablemente un hachero de Misiones o un criador de ovejas en la Patagonia, cuando recibe 20 planillas a cual más intrincada, sino tirarlas a un canasto?

Se ha establecido un régimen vicioso que exige el asesoramiento diario de especialistas, para poder cumplir los reclamos fiscales. Pero si las grandes empresas pueden pagarlos, los pequeños talleristas y agricultores no pueden afrontar importantes gastos superfluos. La falta de pago no se debe pues a un propósito doloso, sino a la imposibilidad de llenar requisitos tan confusos como molestos.

Esta persecución es aun más irritante porque los ministros, legisladores y toda clase de funcionarios se han auto-eximido de pagar los impuestos, que reclaman imperativamente a sus conciudadanos y se han erigido en una clase privilegiada, como si estuvieran en la Corte de Luis XIV, otro ejemplo de los genes coloniales.

Estamos peor que en los años de la Colonia, porque más imaginación tienen los actuales tecnócratas para oprimir a los pueblos. Los gravámenes a la importación del oro y de la plata, los derechos de visita, habilitaciones, licencias de exportación de los frutos del país como los cueros, las lanas, el

<sup>20</sup> JORGE M. MAYER, *Por una economía liberal y nacional*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", N° 15, 1979, 219.

cebo, los estancos de tabaco y naipes, las alcábalas o impuestos a las ventas del 2 al 4 %, los diezmos sobre las cosechas eran recursos ingenuos comparados con la actual maraña tributaria y bastante más livianos y eso basta para explicar el actual estancamiento <sup>21</sup>.

La evasión fiscal es también de origen colonial, los pueblos del Plata expoliados por los recaudadores borbónicos se defendían con el contrabando, el bendito contrabando, que fue el gran motor del progreso y actualmente sus descendientes, asfixiados por otro régimen fiscal análogo, envían sus ahorros al extranjero, para defenderse de una persecución vesánica.

Es necesario aliviar el peso, mejorar un régimen fiscal obsoleto y permitir al país respirar. Se deben aplicar tres reglas, la primera, que el régimen impositivo sea claro y sencillo, para que los contribuyentes conozcan con facilidad las cifras que deben pagar. La segunda, que no impida la capitalización de los habitantes y se mantenga dentro de escalas moderadas para permitir el progreso, y la tercera, que los funcionarios den el ejemplo de la austeridad y administren prudentemente los dineros de los contribuyentes.

El severo control de los gastos es primordial en un estado republicano, sólo así se puede lograr la correcta inversión de los fondos en los sectores más productivos y se evitan los nombramientos de favor, las prebendas y el despilfarro, la construcción de oficinas babilónicas y obsoletas antes de terminarse, el entusiasmo por el turismo internacional, que recaen sobre el hombro de los pueblos y desequilibran el Tesoro público.

¡Cuántas villas miserias se podrían transformar y cuántos hospitales y bibliotecas se podrían abrir con una más cuidadosa distribución de los fondos!

Más perciben los gobiernos con la sanción de impuestos bajos que con las exigencias de impuestos confiscatorios, porque después de cierto límite, fácilmente discernible, se inicia la resistencia y se reduce la recaudación. Las sanciones son

<sup>21</sup> JORGE M. MAYER, *El impuesto a los réditos y la destrucción de la clase media*, 1962.

impotentes porque aceleran la imparable fuga de los capitales. Los capitales venían espontáneamente de Europa a la Argentina cuando aquí se pagaban menos impuestos y ahora se van de la Argentina a Europa porque allí se pagan menos impuestos, y se disfruta de una mayor seguridad.

IX. — En medio de los remolinos provocados por las corrientes dispares, de las batallas y de las elecciones, se pueden extraer dos reglas, que explican el origen de los conflictos y sugieren las medidas que deben aplicarse para evitar su repetición.

La primera regla establece con precisión que la causa de los disturbios se encuentra en la transgresión por parte de los gobiernos, de las normas constitucionales, que son su pacto de unión y concordia con los pueblos.

Puede observarse que en 1930 el gobierno había saltado de los rieles, el Poder Ejecutivo no actuaba, el Poder Legislativo no funcionaba, las intervenciones a las provincias de San Juan y Mendoza y el anuncio de la intervención a la provincia de Entre Ríos ante la consternación pública, mostraban que los mecanismos constitucionales habían sido quebrados.

En la misma forma la locomotora había saltado de los rieles en 1955, la opresión amargaba al país, el Poder Judicial había sido anulado, el Poder Legislativo había perdido su autonomía, los partidos cismáticos eran perseguidos, las Universidades y las instituciones científicas habían sido estranguladas, los diarios habían perdido toda libertad, los derechos personales habían desaparecido y la santidad de los altares profanada irracionalmente.

Merece anotarse que en estos dos casos, tan distintos y tan típicos, el origen de los sucesos es el mismo, son los gobiernos que incurren en la rebelión, no los opositores, porque son ellos los que violan las normas constitucionales y en cambio los opositores, tratan de recuperar el orden perdido para abrigar bajo el manto bendito de la Constitución a los ciudadanos.



Los gobiernos suelen justificar las transgresiones constitucionales en nombre del interés público y olvidan que no hay más interés público que el respeto hacia las instituciones y fuera de éstas sólo se encuentra la ilegalidad y el caos. Paz y administración afirmaba el General Roca y la fórmula es todavía válida.

La segunda regla establece con la misma nitidez, que los pronunciamientos aparecen cuando los gobiernos, por una causa u otra, no son capaces de lograr el bienestar de los pueblos, cumplir con este primordial deber institucional, que es el mejor título de su sillón.

La legitimidad de los gobernantes fue consagrada inicialmente por la Unción Episcopal, más tarde por el número de votos y ahora en un mundo más difícil, por su aptitud para alcanzar el bienestar de los pueblos, como buenos administradores.

En 1930 el país era azotado por la crisis mundial y el precio de los cereales se había derrumbado, el gobierno sin fuerzas no atinaba a adoptar las medidas más apropiadas para mitigar sus dolorosos efectos. En la misma forma, cuando en 1955 el gobierno se encontró sin fondos y la inflación devoraba los pueblos, las ansias por la libertad y una vida mejor estallaron irrimiblemente.

La experiencia es vieja. "El gobierno que se hace banquero, asegurador, martillero, empresario de industrias, de vías de comunicación y de construcciones de todo género, sale de su rol constitucional; y si se excluye de estos ramos a los particulares, entonces se alza contra el derecho privado y la Constitución echando al país en la pobreza y en la arbitrariedad. No hay peor agricultor, peor comerciante, peor fabricante que el gobierno" <sup>22</sup>.

<sup>22</sup> ALBERDI, t. 4, 272; GRUNEISEN, *A dos años del plan Houston*, "La Nación", 30 de abril de 1987, la producción de petróleo ha caído persistentemente de 28.500.000 m<sup>3</sup> en 1983 a 23.500.000 para 1987 y la implementación lenta y reticente del proyecto presidencial impuso otra vez la necesidad de importar tres millones de metros cúbicos de petróleo crudo, subproductos livianos y fuel oil con el correlativo gasto de divisas y su costo ha pasado por arriba de los 600 millones de dólares; Aerolíneas ha contraído una deuda exterior de 1.064 millones de dólares y en plena quiebra el quebranto de su patrimonio llega a 277 millones de dólares, "La Nación", 5 de agosto de 1987.

Cunde la desazón y los sectores independientes observan con escepticismo las tareas de los técnicos designados para privatizar las empresas oficiales, porque deben enfrentar la porfiada resistencia de la burocracia y de los intereses creados. Las experiencias de los empresarios Tanoira y Olivera son ilustrativas y penosas.

Hay dos azotes que los pueblos jamás soportan y que echan por tierra las instituciones, éstos son la opresión y el hambre y cuando se conjugan al mismo tiempo la explosión es inexorable.

Ante una sociedad afligida, que ha perdido la fe en una pronta recuperación, es urgente apelar a dos principios básicos para reorganizar sólidamente al país.

El primero es que el gobernante no es institucionalmente un empresario monopolista y atáxico o un director teatral, como lo fue en sus días don Juan Manuel, sino un arquitecto que debe construir con hierro y piedra. La función del gobernante es inexorablemente angosta, no hace lo que quiere, sino lo que debe, por un imperativo kantiano.

Para esto es indispensable que los gobiernos cumplan estrictamente con las normas constitucionales, Montesquieu decía que esas normas habían sido establecidas en beneficio de ellos mismos, de su seguridad y de su prestigio. Ninguna ventaja ocasional justifica su olvido, porque el temor y la rebeldía son más gravosos. El mayor riesgo de los gobiernos se encuentra en la puna de las alturas, puesto que no son Profetas del Señor y la equivocada estimación de la realidad los lleva indefectiblemente al fracaso y al descrédito.

El segundo principio exige que los gobernantes descarten sus orígenes partidarios, porque gobiernan en nombre del país y para todos los argentinos y así deben rodearse de los consejeros más "idóneos", sin tener en cuenta su color, dado que los problemas económicos son cada vez más difíciles y poco valen para solucionarlos los entusiasmos sectarios.

Los votos no deben ser una patente de corso ni una invitación al festín, sus límites son severos y el gobernante debe ser el modesto administrador de la fortuna pública, la buena

ama de casa. La experiencia muestra que si tiene éxito será aplaudido y si fracasa será severamente reconvenido a los pocos años.

Por los frutos se conoce el árbol, dice el Libro y los resultados de las doctrinas aplicadas desde 1943 son afligentes. La Argentina que figuraba el año 1940 a la cabeza de Sudamérica, ha caído al 8º lugar después de Panamá, Colombia, Brasil, Méjico, Paraguay, Venezuela y Ecuador y del 7º lugar que ocupaba en el concierto mundial arriba de Canadá se ha desplomado al 82 en la misma línea de Cuba, Marruecos y Yugoslavia.

La cosecha de trigo cayó de 42 millones de toneladas a 31, el stock de 62 millones de vacunos en 1978 ha caído a 40, la exportación de carne que en 1969 llegó a 800 mil toneladas ha bajado a 200 mil, en tanto que el Brasil con carnes inferiores ha exportado 500 mil, en 1960 existían 4 millones de porcinos y actualmente apenas 2, en 1895 existían 75 millones de cabezas ovinas que han bajado a 25 millones, en 1900 se exportaban 211 mil toneladas de lana y hoy apenas 100 mil, la exportación de carne ovina que era en 1947 de 100 mil toneladas ha bajado a la décima parte, mientras que Australia aumentó su exportación de carne ovina en un 600 por ciento y de lana en un 200 por ciento, los yeguarizos han disminuido de 10 millones de cabezas en 1930 a una tercera parte. Se importa papas de Polonia, pollos del Uruguay, leche en polvo de Nueva Zelanda, etileno del Brasil.

El Banco Central mantiene en liquidación 173 entidades financieras, la deuda externa de las empresas estatales de que se ha hecho cargo el gobierno asciende a 10.500 millones de dólares, más mil millones de interés, en 1987 las exportaciones han alcanzado a 5.800 millones de dólares y las importaciones a 5.200, el saldo de 600 millones apenas alcanza a cubrir la décima parte de los intereses de la deuda externa que han subido a 5.500 millones de dólares, la inflación del mes de octubre ha llegado a 19,5<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> JORGE VICIEN, *Situación actual de la ganadería*, "El Campo en marcha", N° 164, abril de 1987; "La Nación", 5 de enero, 4 de marzo, 10 de julio,

Es dramático constatar que 2 millones de técnicos argentinos ingenieros, matemáticos, arquitectos, médicos, químicos, biólogos desesperados por el trato que recibían en su patria, se han asilado en distintos países de Europa y de América y con una justificada previsión han depositado en los bancos de esos países 30 mil millones de dólares, para asegurar el futuro de sus hijos, es la condena objetiva y lacerante de un régimen económico rupestre <sup>24</sup>.

A pesar de todo la Argentina no agoniza, en un mundo cada vez más suspicaz e imperioso, envuelta en la niebla y rodeada de escollos, la crisis actual no es irremediable.

Las experiencias realizadas desde hace 40 años, han comprobado una y otra vez y con rigor, que las fórmulas estatizantes y colectivistas —regresivamente coloniales— carecen de eficacia social y que dividen la sociedad, desalientan los trabajos y empobrecen a todos, al gobierno, a los ricos y a los pobres.

El país sólo podrá progresar si los gobiernos respetan las reglas sancionadas como andariveles por la Constitución, emplean con prudencia las capacidades, alientan las iniciativas personales, difunden la cultura y la buena educación cívica, ayudan a los ciudadanos a recobrar la fe y las esperanzas.

La solución es clara y difícil porque exige sabiduría y trabajo, pero existe. El país progresó cuando los gobernantes siguieron el ejemplo de la hormiga y declinó cuando se dejaron seducir por el alegre canto de las cigarras.

Basta, pues, retomar el buen camino, volver al espíritu de Roca, Pellegrini, Alvear y Justo, que engrandecieron la Argentina y dieron paz y bienestar a los pueblos.

---

5 de agosto de 1987; "El Cronista Comercial", 30 de junio de 1987; "La Prensa", 7 de agosto de 1987.

<sup>24</sup> ABELARDO PITHOD, *La Argentina descerebrada*, "La Prensa", 10 de julio de 1986; *Los emigrantes argentinos*, "La Nación", 11 y 12 de septiembre de 1986, del 25 al 53 % de los argentinos desean emigrar; JUAN CARLOS ZUC-COTTI, *La emigración argentina contemporánea*, 1987, 105, 113; QUINTERNO, *Historia reciente*, 256, 258, 264; Mensaje presidencial del 1º de mayo de 1987: "Jamás hemos vivido una crisis tan intensa, tan compleja, tan larga como la que nos aqueja... En este terreno también se evidencia un atraso cultural que debemos superar para encarar con eficacia los desafíos del presente", "La Nación", 2 de mayo de 1987.

**VI**

**DECLARACIONES Y DICTÁMENES**



**OPINIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS  
AIRES SOBRE EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN  
DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL**

Señor Presidente del H. Senado de la Nación

Doctor Víctor H. Martínez

S.D.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires cumple en dirigirse al señor Presidente a fin de hacerle llegar la inquietud de la Corporación con motivo del proyecto, ya sancionado en la H. Cámara de Diputados, sobre unificación de la legislación civil y comercial.

Al respecto, reitera lo expresado en su anterior nota del 19 de junio del corriente año, dirigida al señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, en la que se solicitó que se acuerde un tiempo razonable antes del tratamiento en el H. Congreso de tan trascendente asunto, que debe ser motivo de un análisis cuidadoso por las instituciones científicas, culturales y profesionales. Cabe señalar la coincidente opinión que sobre ello ha hecho llegar a esa H. Cámara la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Sin perjuicio de lo expuesto y de nuestra preocupación por el estudio que estamos realizando, debemos informar que como primera etapa se pidió a los Institutos de Derecho Civil y Derecho Administrativo que funcionan en nuestra Aca-

demia que hicieran llegar sus observaciones, lo que ya han hecho y estimamos de utilidad para ser tenidas en cuenta al tiempo en que el H. Senado debata el proyecto.

A fin de precisar con la mayor concreción dichas observaciones enumeramos las principales siguientes:

A) En el Instituto de Derecho Civil hay opiniones discrepantes sobre la conveniencia de unificar ambas legislaciones aunque, en general, consideran sus miembros que solamente sería plausible llegar a la unidad de régimen de obligaciones civiles y comerciales.

En particular, los miembros del Instituto que han estudiado el proyecto divididos en grupos de trabajo, observan:

1. — Consideran acertada la referencia a los usos y costumbres que incluye la modificación proyectada al art. 16 del Código Civil pero sugieren no introducir la mención de que se tendrá en cuenta “su finalidad” por considerarla equívoca.

2. — Estiman apropiado extender la denominación “persona jurídica” a todo sujeto de derecho colectivo y también estiman plausible que en los arts. 30 y sig. del Código Civil la ley se limite a establecer pautas generales aplicables, en principio, a toda persona jurídica, sin perjuicio de las reglas insertas en las regulaciones específicas de cada uno de los distintos tipos de personas colectivas.

3. — Frente a la solución del art. 1650 que admite que los contratos asociativos pueden ser hechos verbalmente, consideran que debe establecerse un régimen especial para aquellas asociaciones que no obtuvieren autorización administrativa, al estilo de lo que acontece en el art. 46 del Código Civil.

4. — Respecto de reducir a 18 años la edad para llegar a la plena capacidad civil, el Instituto no se ha pronunciado pues el texto que se tuvo en cuenta, según la redacción del proyecto divulgado antes de su sanción, no contenía esa reforma que se introdujo a último momento. Empero, al alu-



dirse a este punto, alguno de los señores académicos manifestó su discrepancia, por estimar que no es común que a dicha edad exista en los jóvenes una suficiente madurez, lo que hace que en la gran mayoría de las legislaciones siga rigiendo la exigencia de los 21 años o al menos 20.

5. — Con relación a los instrumentos privados consideran insuficiente la norma del art. 1012 primera parte en cuanto al valor probatorio que se le asigna y sugieren mantener el art. 1026 actual. También estiman inconveniente la amplitud probatoria admitida por el art. 1013 y proponen mantener el sistema del art. 1035 actual o, por lo menos, declarar inadmisibile en el caso la prueba testimonial. Respecto de los documentos firmados en blanco, estiman que debería mantenerse la regla del art. 1017 que contempla una hipótesis que la reforma no considera. Se critica, en fin, que quede sin regulación normativa alguna lo atinente a las cartas misivas, pues la reforma debería contemplar un régimen de admisibilidad en juicio de las cartas, tanto las cursadas entre las partes como las dirigidas a terceros.

6. — Sobre el valor probatorio de los instrumentos particulares que no revisten la condición de instrumentos privados, consideran suficiente la directiva del art. 1190, que si bien se refiere a la prueba de los contratos es susceptible de extensión analógica a otros supuestos.

7. — Juzgan plausible la reducción del plazo ordinario de prescripción de cinco años, pero no que se extienda a la responsabilidad extracontractual. Se admite como aceptable el régimen de prescripciones cortas contempladas en los artículos 3934 y 3935 del proyecto, pero en cambio creen inconveniente la extrema simplificación del régimen de plazos propiciado por la reforma, en cuanto somete al término ordinario diversos supuestos tratados hoy como casos especiales de prescripciones breves, tales como los reglados por los artículos 4027 (alimentos, arrendamientos y pagos periódicos), 4032 (abogados y procuradores, agentes de negocios, escribanos, médicos), 4035 (responsabilidad extracon-

tractual) así como los supuestos de los artículos 847 (cuentas liquidadas, intereses), 848 (corredores) y 855 (transporte), del Código Mercantil. En todos estos casos consideran que debieran fijarse plazos breves.

8. — El grupo de trabajo al que se le encomendó el estudio del régimen de obligaciones en general estima que el proyecto es bueno por cuanto encara y resuelve con acierto la mayoría de los problemas que pueden suscitarse en la unificación propiciada amén de otros preexistentes ponderando la prevista unificación del régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Formulan, no obstante, observaciones sobre el proyectado segundo párrafo que se agrega al art. 514, en cuanto establece que “Hay incumplimiento sin culpa cuando el deudor acredita que, para cumplir, habría sido menester emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación” ya que hubiera sido preferible establecer que el deudor tendría que demostrar que obró en la emergencia con la prudencia, diligencia e idoneidad adecuadas a la naturaleza de la obligación en lugar de enfrentarlo a la indudable dificultad de tener que demostrar que para cumplir se habría necesitado de un esfuerzo o superación fuera de lo común en relación a la conducta habitual o normalmente exigible. Respecto del art. 34, inciso 3º, que vendría a reemplazar al art. 43 actual, estima que podrá dar lugar a dificultades de interpretación que se evitarían si se expresara concretamente que “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también, en las mismas condiciones, por los daños que causen sus dependientes...”.

9. — Se sugiere que en la parte final del art. 1113 proyectado, en cuanto establece la excepción al principio de limitación de responsabilidad tarifada, se debiera dar una redacción diferente para evitar el equívoco a que se presta la prevista, diciendo en cambio que no se aplicaría la limitación “Si el daño causado es un riesgo que el demandado

*hubiera debido asegurar o, en su caso, hacerlo por un monto superior”.*

10. — En el caso del art. 2181 bis, que establece que ninguna de las acciones redhibitorias puede ser ejercitada después de diez años desde la primera transmisión o puesta en circulación de la cosa, considera que debiera limitarse el cómputo del plazo desde la primera transmisión, pues con el texto previsto podría darse el absurdo de que pudiese quedar exento de responsabilidad el fabricante por el transcurso de esos diez años y, en cambio, no otros intermediarios o minoristas, si desde que éstos a su vez transmitieron la cosa no pasaron ni los diez años del art. 2181 bis ni los cinco del art. 3933, necesarios para que se opere la prescripción liberatoria.

11. — Se señala una incongruencia en el proyecto art. 2297 que dice que el incumplimiento del requisito previsto en el art. 1277 no es oponible a quien, usando una diligencia adecuada a las circunstancias, debió conocer el estado matrimonial del tramitente. Parece evidente, en efecto, que lo que se ha querido decir es lo contrario, o sea que el incumplimiento del requisito previsto en el art. 1277 *no es oponible al cónyuge omitido, si el adquirente* usando una diligencia adecuada a las circunstancias debió conocer el estado matrimonial del tramitente.

12. — Con relación a los títulos valores en general, en orden a la fe que los mismos deben merecer en el mundo de los negocios, se expresa que convendría aclarar en un nuevo art., o quizá en un nuevo párrafo al final del proyectado art. 2292, que a su respecto no resultará lisa y llanamente aplicable lo establecido en el segundo párrafo del proyectado art. 1015 —irresponsabilidad frente a terceros, aun de buena fe, por el firmante de un documento en blanco luego sustraído—, si con anterioridad no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 89 y siguientes del decreto ley 5965/63.

13. — Se agrega que se debió haber actualizado la ley en puntos cuya modernización resulta indispensable, dados los avances tecnológicos, como en materia de locación de obra. Por lo demás, hubiera correspondido trasladar al Código Civil el régimen de las nulidades previsto en la ley 19.550 para las sociedades, y adecuar esas normas a los principios establecidos en este cuerpo legal, en el que siempre debieron estar emplazadas, según las pautas de razonabilidad, congruencia y plenitud del ordenamiento jurídico.

14. — En cuanto al tema de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, se destaca que pese al beneplácito que producirá la innovación, el asunto no es sencillo, ya que los ordenamientos dictados no hace mucho en otros países —como los de Francia de 1985 y Portugal de 1987—, tienen una prolija reglamentación, contemplando diversos problemas que pueden suscitarse en la práctica, lo cual falta en el proyecto.

15. — Al considerar el régimen de los privilegios, se observa que no se unificó en su totalidad la legislación concursal de la ley 19.551 con el Código Civil y como el art. 3884 del proyecto deja en pie regímenes específicos en materia de Navegación, Aeronavegación, Minería y Entidades Financieras, tal reconocimiento de la Comisión de que subsisten privilegios en otros cuerpos legales importa admitir que el propósito de unificar no ha sido llevado a cabo en su integridad, manteniéndose la dispersión normativa de modo que continúa la incógnita de la supervivencia de los privilegios establecidos en los arts. 11 y 30 del Código Penal, que hasta la fecha no han sido derogados.

16. — Es desfavorable el comentario a las reglas interpretativas del contrato por estimar que importan un giro sustancial en la hermenéutica jurídica aplicada hasta el día de hoy, como lo evidencia también la reforma al art. 16 del Código Civil. El temperamento adoptado trastocará nuestra jurisprudencia más allá de lo imaginable, ya que la orienta-

ción que se quiere imprimir marca rumbos ajenos a nuestra idiosincrasia.

17. — Se ha observado que, pese a la opinión prevaleciente en la doctrina sobre la “declaración unilateral de voluntad” como fuente de obligaciones, se pronuncia en forma categórica brindándole una extensa reglamentación, pero no procedió del mismo modo con la segunda fuente que menciona: el “enriquecimiento sin causa”, al que sólo le asignó dos artículos, en los cuales omitió remitirse a las disposiciones que se refieren al tema en especial (art. 784/798 del Código Civil).

18. — Es motivo de preocupación que se introduzca la figura del “incumplimiento sin culpa” en términos generales, como causal excluyente de la responsabilidad, con el mismo alcance que el caso fortuito (ver art. 514), innovación que se estima contraproducente como grave alteración a nuestro régimen de responsabilidad, máxime cuando viene acompañada del intento de unificar los órdenes contractual y extracontractual, no justificando que se erija un supuesto de excepción en principio general de excusabilidad, sobre todo porque en esta hipótesis —a diferencia del caso fortuito— el incumplimiento no deviene imposible (arts. 888/895 del Código Civil).

19. — Se critica que nada se diga sobre la pérdida de derechos por caducidad y, por otra parte, se observa que el propuesto art. 3933, al decir que quedan a salvo las normas de leyes especiales, revela lo endeble de la unificación pretendida, dejando disposiciones dispersas en otros cuerpos legales.

20. — Resulta polémica la solución de declarar prescriptible a los veinte años la acción de nulidad absoluta que no todos comparten.

21. — Es objetable que pase a ser lícito el anatocismo, pues su prohibición en el régimen civil vigente encuen-

tra irrefutable sustento en principios morales de superior jerarquía.

22. — Una fundamental objeción que se hace al proyecto es la peligrosa reforma que se introduce, con grave riesgo de la seguridad jurídica, en el texto del art. 1197, al ceder la obligatoriedad del contrato ante el cambio de circunstancias sobrevinientes, ya que sólo se justifica que ello tenga lugar de reunirse los extremos exigibles para que sea aplicable la teoría de la imprevisión, que naturalmente se mantiene en el art. 1198 del Código, pero la nueva fórmula que se intenta introducir en el art. 1197 constituirá —se argumenta— un factor de grave incertidumbre y semillero de conflictos y litigios.

23. — En el art. 1198 es ponderable el criterio adoptado en el proyecto de admitir la posibilidad de que el reajuste pueda pedirse como acción, aspecto que había originado doctrina y jurisprudencia encontradas.

24. — Es desfavorable el juicio que merecen los nuevos textos de los arts. 1203 y 1204 modificando el sistema de la resolución por incumplimiento culpable (cláusula comisoria, expresa y tácita) e incorporando supuestos de resolución sin culpa. En efecto, el nuevo articulado plantea dudas de interpretación que, con la experiencia de la reforma anterior en este tema, bien pudieron evitarse y mezcla la resolución culpable con la que no lo es.

25. — Relacionadas con el tema de la cesión de derechos hay numerosas observaciones; por ejemplo, que debió perfeccionarse la definición del contrato; que se establece que la cesión se presume onerosa pero no se indica en qué consiste tal onerosidad, pues si por ella debemos entender que ha de pagarse un precio no regula la forma de su determinación; que no se haya legislado la cesión de derechos hereditarios; que se haya suprimido la posibilidad de ceder las acciones litigiosas por acta judicial; que no se establece cuándo se producen los efectos entre las partes; que respecto de la

oposición a terceros desaparece el recaudo del "acto público" y nada se dice en forma expresa sobre la posibilidad de ceder derechos como dudosos al regularse la evicción.

26. — Con relación al contrato de mutuo, se observa que en el art. 2247 al regular los efectos del incumplimiento de la promesa aceptada de mutuo (oneroso), desaparece el plazo de tres meses para accionar por daños y perjuicios; que se produce una creación convencional de preferencia en el pago no originada en la constitución de derechos reales de garantía, mediante la cláusula de postergación en el pago respecto de otros acreedores de igual jerarquía y que la solución del art. 2250 debe ser acotada con un tratamiento más preciso (responsabilidad por los daños causados por las cosas mutuadas cuando no son dinero), dado que el mutuante ha perdido la guarda y la propiedad de las cosas que pasan, por disposición expresa, a integrar el patrimonio del mutuario, confundiendo en él por ser cosas fungibles.

27. — En el tema de locación, se objeta que se mantenga prácticamente intacto todo el extenso capítulo VI que abarca desde el art. 1493 hasta el 1647 bis, pese a que son conocidas las críticas que se han hecho al codificador por la definición de las tres figuras que incluye en el art. 1493. También se critica que se admita el plazo de hasta 50 años en el contrato de locación, salvo para viviendas en que se mantiene el de diez años, estimando que ello traerá aparejado, sin lugar a dudas, un serio obstáculo a la libre circulación de los bienes como así también graves perjuicios para el propietario que verá desmejorar su propiedad por el transcurso del tiempo sin poder disponer de ella en las mismas condiciones que lo haría de encontrarse desocupada.

28. — En lo referente a la representación, mandato y consignación, se admite que la reforma habría sido ocasión propicia para intentar la sistematización de todas las formas de sustitución y no sólo de la representativa; que debió examinarse la congruencia entre el art. 1883, inciso 2 y las disposiciones de los arts. 1887 y 1888 y se señala la duda que

suscita resolver si la eficacia conferida a la apariencia en el art. 1888, rige también para el caso de inmuebles; que falta la previsión sobre daños sufridos por el representante en el cumplimiento de sus obligaciones; que no se alcanza a comprender por qué razón, en el mandato oculto, la acción que se confiere al mandante contra el tercero es meramente la subrogatoria.

29. — Con relación a la fianza, se estima que las limitaciones del art. 1993 son inadmisibles en un Código que tiende a evitar el lenguaje técnico para ser comprendido por “todos los ciudadanos” y que en el corretaje falta prever disposiciones sobre gastos en que se incurra.

30. — Se ha analizado la incorporación del derecho real de superficie, expresándose que no se comprende qué supuestas ventajas ha inspirado la medida. Por el contrario, es presumible que innumerables dificultades se susciten entre propietario y superficiario, sobre todo porque falta la necesaria y clara delimitación de la superficie, sus proyecciones imaginables en el subsuelo y en el espacio aéreo, así como las facultades que conserva el propietario, lo cual no debe quedar meramente sujeto a la estipulación de las partes pues, de ese modo, podría fácilmente resultar desnaturalizado el derecho eminente del propietario y encubrirse a veces con la figura, sobre todo a partir de un testamento, reales proósitos de fideicomisos prohibidos.

31. — Una observación de importacia se formula respecto del tema de los ruidos molestos, ya que tanto en el texto originario como en la reforma de la ley 17.711, la acción por ruidos y emanaciones fue justamente ceñida a la relación de vecindad. Si la tendencia del proyecto es suprimir tal restricción, son previsibles conflictos ilimitados que profundicen el riesgo (y, por ende, los costos) de los establecimientos industriales y comerciales y desalienten su actividad.

32. — Sobre el tema de los contratos asociativos, se formulan observaciones acerca de interpretaciones disímiles que



se suscitarán por la subsistencia de la ley de sociedades 19.550 y su reforma por la ley 22.903, con las nuevas normas proyectadas.

B) En el Instituto de Derecho Administrativo se han estudiado las nuevas disposiciones que clasifican las personas jurídicas, advirtiéndose que se incurre en error al no prever en forma separada la categoría de las entidades de derecho público no estatal, de acuerdo con la doctrina de los más distinguidos tratadistas, que hacen un distingo entre éstas y las personas jurídicas públicas.

Para mejor información, acompañamos copia del informe que el Instituto elevó a la Academia.

Nuestra Corporación expresa su disposición para contribuir al logro del mejor resultado en la elaboración de los textos legales que se proyecte sancionar y, sin perjuicio de las opiniones que se adelantan en esta nota, continúa estudiando el tema cuyas conclusiones definitivas hará conocer a la H. Cámara.

Saludamos al Señor Presidente muy atentamente.



INFORME DEL INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Señor Presidente  
de la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
S.D.

De nuestra mayor consideración:

Cúmplenos dirigirnos al Señor Presidente, en nuestro carácter de Director y Subdirector, respectivamente, del Instituto de Derecho Administrativo, con el objeto de hacerle llegar nuestra opinión acerca de las reformas a introducirse al Código Civil, a iniciativa de la comisión de la Cámara de Diputados de la Nación creada por Resolución R. P. Nº 988/86.

I

En primer término, debemos aclarar que circunscribimos nuestra opinión a las reformas introducidas en lo que concierne a la clasificación de las personas públicas, en razón de la trascendencia que la reforma proyectada tendrá para el derecho público, particularmente para el derecho administrativo.

Nos parece, Señor Presidente, que el texto del artículo 31 del Código Civil debería hacer mención a la nueva categoría jurídica de persona pública que se ha impuesto

en los últimos años y que refleja la evolución que se operó primero en la doctrina y que fue recogida más tarde por la jurisprudencia y el ordenamiento positivo de nuestro país.

Esa categoría es la correspondiente a las personas públicas no estatales, elaborada, en su momento por la doctrina administrativista (véase: Enrique Sayagues Laso, *Criterio de distinción entre las personas públicas y privadas*, pp. 7 y sigtes., Montevideo, 1945; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pp. 362 y sigtes., Buenos Aires, 1982), aceptada luego por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Fallos", t. 301, pp. 562 y 566) y la legislación positiva (v.gr. ley N° 23.187 de creación del Colegio Público de Abogados de la Capital. y la actual ley orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, N° 19.987, artículo 1°).

Su falta de recepción en el Código Civil puede acarrear serios problemas de interpretación y aplicación de las normas en juego, pues, de dicha clasificación, se derivan importantes efectos en punto al régimen de la respectiva entidad en lo que concierne a su origen, condición jurídica de los actos que celebre, a su patrimonio, al control del Estado y a la potestad de imperio que cabe atribuir a la misma, entre otros (Conf. Miguel S. Marienhoff, op. cit., t. I, p. 367).

Por esos motivos consideramos que resulta necesario y conveniente introducir, en el pertinente texto del Código Civil, la categoría de la persona pública no estatal, porque si bien podría admitirse tácitamente incluida al mencionarse a la Iglesia Católica (art. 32, inciso 3 del proyecto) la cuestión puede suscitar dudas en cuanto a ciertas entidades, máxime cuando el artículo 33 del proyecto consagra la regla residual de que toda persona jurídica que no es persona pública es persona jurídica privada.

Sin embargo, como todo lo atinente a los requisitos y caracteres que configuran esa clasificación corresponde a la doctrina y, en definitiva, a la jurisprudencia, no estimamos adecuada una regulación de aquéllos, bastando en una correcta técnica legislativa que debe siempre evitar las definiciones conceptuales, con la mención a dicha clasificación.

A tal fin, propiciamos se agregue, a continuación del texto del artículo 31 la siguiente frase: "Las personas jurídicas públicas podrán ser estatales o no estatales".

## II

Desde otro punto de vista y con particular referencia al texto del artículo 32 del referido proyecto pensamos que sería más adecuado sustituir de los incisos 1 y 2 la expresión: "organizaciones" por "entidades", ya que este concepto aporta mayor claridad e impide que se consideren como personas a los meros órganos de un ente público (estatal o no estatal) que carecen de personalidad jurídica propia, aun cuando pudieren habersele atribuido ciertas facultades decisorias.

## III

Por último, deseamos puntualizar al Señor Presidente que, en razón del tiempo disponible, las modificaciones que proponemos han surgido de un primer análisis sobre el articulado del proyecto de reformas del Código Civil, el cual, en líneas generales, nos parece un valioso aporte a la actualización de nuestra legislación civil, sin perjuicio de las discrepancias particulares que podamos sustentar con respecto al método y contenido de las normas de dicho proyecto.

Aprovechamos la oportunidad para saludar al Señor Presidente con nuestra consideración más distinguida.



DICTAMEN APROBADO POR LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY MODIFICATORIA DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El Proyecto de ley de reformas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiere, por una parte —art. 1º— al aumento del número de sus integrantes y a la designación de su presidente y, por otra —arts. 2º y 3º—, al ejercicio de su jurisdicción.

Se trata de dos clases de cuestiones que resulta apropiado considerar separadamente.

En lo que atañe a la primera clase de cuestiones, hay una que se refiere exclusivamente a la composición del Tribunal, cuyo número de integrantes se proyecta elevar de cinco a siete. En los fundamentos del proyecto se señala el exceso de trabajo que pesa sobre la Corte, se mencionan los antecedentes nacionales sobre aumento de sus miembros y se pone de relieve que el aumento proyectado permitiría que aquella ejerciera la facultad que la ley le concede de dividirse en salas.

Ninguno de tales argumentos resulta convincente. El aumento de los miembros no remediaría el exceso de trabajo y, por el contrario, podría servir para acrecentarlo. La experiencia recogida con motivo de su aplicación transitoria (ley Nº 15.271, luego derogada) puso en evidencia su inoperancia.

La división en salas que, en principio, apuntaría al fin buscado, afectaría a la unidad del órgano, con menoscabo de su prestigio y de su función, y sería de dudosa constitu-

cionalidad (art. 94 y concordantes, que sólo contemplan una Corte Suprema de Justicia).

La otra cuestión dentro de la indicada primera clase —la designación del presidente— aparece apoyada en los fundamentos del proyecto por antecedentes nacionales —la práctica desde 1863 hasta 1931 —y extranjeros —v.g. el sistema vigente en los Estados Unidos de América— y además, por el argumento de que se trata del régimen que la Constitución fija para designar a todos los jueces. Tampoco en este caso resulta convincente la argumentación. La práctica iniciada en 1930 ha sido útil para robustecer el principio de la separación de los poderes y la independencia del Poder Judicial, que constituyen la columna vertebral de nuestras instituciones republicanas. Por otra parte, significaría una flagrante contradicción a lo dispuesto en el art. 51 de la Constitución Nacional, en cuanto dice que, en caso de juicio político, “cuando el acusado sea el Presidente de la Nación, el Senado será presidido por el Presidente de la Corte Suprema”, si se le agregara por vía legal: “designado por el acusado”.

En lo que se refiere a las cuestiones relativas al ejercicio de la jurisdicción por la Corte Suprema, el proyecto de reforma contiene una disposición congruente con el fin perseguido —disminuir la cantidad de causas a consideración del Tribunal— y otra que lo contradice. En efecto, el art. 2º establece que, en todos los casos en que la Corte Suprema pudiere conocer por apelación y no se tratase de una cuestión que versare sobre la inteligencia de alguna cláusula constitucional, podrá aquélla no conocer en la causa cuando, “según su sana discreción”, el caso resultase por cualquier razón insustancial. A la vez, el art. 3º autoriza a la Corte Suprema a conocer en las causas “con prescindencia del cumplimiento de los requisitos legales propios de los recursos”, “cuando el caso revistiese gravedad institucional”. En el primer supuesto, se abre una vía para disminuir la pesada tarea que agobia al Tribunal; pero en el segundo, se abre otra para aumentarla.

En lo que se refiere a las cuestiones relativas al ejer-



cicio de la jurisdicción por la Corte Suprema, el proyecto de reforma contiene una disposición congruente con el fin perseguido —disminuir la cantidad de causas a consideración del Tribunal— y otra que lo contradice. En efecto, el art. 2º establece que, en todos los casos en que la Corte Suprema pudiere conocer por apelación y no se tratase de una cuestión que versare sobre la inteligencia de alguna cláusula constitucional, podrá aquélla no conocer en la causa cuando, “según su sana discreción”, el caso resultase por cualquier razón insustancial. A la vez, el art. 3º autoriza a la Corte Suprema a conocer en las causas “con prescindencia del cumplimiento de los requisitos legales propios de los recursos”, “cuando el caso revistiese gravedad institucional”. En el primer supuesto, se abre una vía para disminuir la pesada tarea que agobia al Tribunal; pero en el segundo, se abre otra para aumentarla.

El primer supuesto no es susceptible de cuestionamiento en principio. Cabe señalar, empero, que en la práctica el procedimiento es utilizado, desde hace tiempo, por la Corte Suprema. Sin duda sería preferible que estuviera legalmente autorizada al efecto, pero parece más conveniente que el instituto fuera debidamente previsto y normado en la reglamentación que el Tribunal está por ley autorizado a dictar para su funcionamiento (art. 21 del decreto-ley 1285/58, según texto por ley 16.895).

Con respecto al segundo supuesto, el proyecto prevé para la Corte Suprema un nuevo procedimiento para el ejercicio de su jurisdicción que va más allá de lo establecido en el art. 101 de la Constitución Nacional, según el cual aquél no tiene otras vías que la apelación y los casos restringidos de competencia originaria y exclusiva. La propuesta constituye una innovación que tiende a permitir, siempre que medie “gravedad institucional”, que el Tribunal “conozca a tiempo —se dice en los fundamentos del proyecto— las causas que hubiesen llegado de cualquier modo” a él. De esta manera, se abriría otra puerta para que se produzca precisamente lo que se quiere evitar, es decir, un mayor congestionamiento de las causas por resolver.



VII

MEMORIA DE LA ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES



## MEMORIA 1987

Señores académicos:

Cumplo con elevar a la consideración de los señores académicos la memoria y el balance correspondientes al ejercicio de 1987, en un todo de acuerdo con lo estipulado en el art. 28 del Estatuto que rige las actividades de nuestra corporación.

En el período ordinario que se extiende desde el 15 de abril hasta el 15 de diciembre de 1987, con la brevísima extensión que luego se consignará, la Academia ha cumplido una intensa labor que se resume en las páginas que siguen, sin perjuicio de poner a disposición de los señores académicos toda la documentación pertinente y la información que se juzgue necesaria para esclarecer los puntos que susciten curiosidad o merezcan observación o aditamento.

I. *Provisión de vacantes.*— Durante el año a que se refiere esta memoria la Academia cubrió las vacantes creadas por fallecimiento de los doctores José Manuel Saravia, Isidoro Ruiz Moreno, Margarita Argúas y Héctor P. Lanfranco, con las designaciones, como miembros de número, de los doctores Juan Carlos Cassagne, Augusto Mario Morello, Lino E. Palacio y Félix A. Trigo Represas. Con esas designaciones, que merecieron unánime aprobación, quedaron cubiertos todos los sitios y abierta la posibilidad de trabajar a pleno durante el año que se inicia. Al Presidente que suscribe le ha sido muy grato abrir los actos públicos de recepción de que se da cuenta más adelante.

II. *Designación de miembros correspondientes.*— También se ha visto acrecida la dotación de miembros correspondientes con personalidades del interior; los doctores Pedro J. Frías, Héctor R. Cámara y Jesús L. Abad Hernando, académicos de número en la entidad similar de Córdoba, actual Presidente de la corporación el primero, destacado comercialista el segundo, ex integrante del Superior Tri-

bunal de la Provincia el último, que han honrado la magistratura y enaltecido la enseñanza superior en nuestras disciplinas. También en estos casos y en lucidos actos públicos que luego se indicarán la Academia tuvo oportunidad de contar con el aporte elocuente y entusiasta de los beneficiarios.

III. *Reuniones ordinarias. Comunicaciones.* — En las fechas previstas y sin defección alguna, se llevaron a cabo todas las sesiones ordinarias sobre cuyo trámite informan las actas de rigor, agotándose el tratamiento de los puntos consignados en las pertinentes órdenes del día. La importancia de los asuntos tratados obligó algunas veces, sin embargo, a postergar comunicaciones ofrecidas regularmente por los señores académicos de número y a convocar en fechas no previstas reuniones complementarias, como las celebradas los días 13 de agosto y 17 de diciembre de 1987, en modo de superar dilaciones o coincidencias ocasionales. Las comunicaciones en sesión ordinaria estuvieron a cargo de los señores académicos doctores Roberto Martínez Ruiz, tema “A casi dos décadas de la reforma del Código Civil”; Jorge A. Aja Espil, tema “La última jurisprudencia americana sobre aborto”; Federico N. Videla Escalada, tema “Reflexiones sobre los contratos en el Proyecto de Ley de Unificación” y del mismo y el académico Dr. José Domingo Ray sobre los trabajos del Instituto del Mar y de la Navegación. En todos los casos, la exposición fue seguida de animado debate y en algunos se dio traslado a los Institutos de la Academia de las inquietudes suscitadas para dar pie a una investigación prolija.

IV. *Reuniones públicas extraordinarias.* — Cobraron singular relieve las reuniones públicas extraordinarias, que contaron con numeroso y calificado auditorio y se vieron acrecidas a raíz de la incorporación de nuevos miembros de número, la colaboración de miembros correspondientes y la presencia de visitantes ilustres. Sería extenso el minucioso detalle de esos actos, abiertos por el suscripto o por el señor académico Vicepresidente y honrados por la asistencia de distinguidas personalidades. El primero tuvo por orador al señor académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, quien disertó sobre el tema “El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio”; el segundo se llevó a cabo para formalizar la incorporación a la Academia del Dr. Juan Carlos Cassagne, con discurso de recepción a cargo del señor académico Dr. Miguel S. Marienhoff y exposición del beneficiario so-

bre el tema "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo"; el tercero tuvo como disertante al señor Presidente de la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya Dr. Nandendra Singh, quien abordó el tema "Right to environment and sustainable development as a principle of International Law", tras ser presentado por el señor académico y juez de la misma Corte Dr. José María Ruda; el cuarto fue dirigido a formalizar la incorporación a la Academia del Dr. Augusto Mario Morello, con presentación a cargo del señor académico doctor Germán J. Bidart Campos y exposición del recipiendario sobre "El Activismo en la Corte Suprema"; el quinto tuvo por disertante al señor académico correspondiente Dr. Héctor R. Cámara, quien brindó un pormenorizado análisis a propósito de "Las nuevas tendencias del derecho concursal contemporáneo"; el sexto fue auspiciado en forma conjunta por nuestra Academia y la de Ciencias Morales y Políticas y estuvo destinado a conmemorar "Los doscientos años de la Constitución de los Estados Unidos", a cuyo fin llevó la palabra el señor académico Dr. Jorge A. Aja Espil; el séptimo, en el que disertó el señor académico correspondiente Dr. Jesús L. Abad Hernando, dio pie a un detenido análisis sobre el tema "Constitución y Administración"; el octavo atendió a la debida incorporación del Dr. Lino E. Palacio quien, previo discurso de recepción a cargo del señor académico Dr. Augusto Mario Morello, desarrolló el tema "La protección jurídica de los intereses difusos"; el noveno estuvo dirigido a rendir homenaje a la memoria del extinto académico de número Dr. Felipe A. Espil, y con tal objeto llevó la palabra de la corporación el señor académico Dr. Jorge M. Mayer; el décimo, en fin, fue destinado a formalizar la incorporación del Dr. Félix A. Trigo Represas quien, previo discurso de recepción a cargo del señor académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, disertó sobre el tema "De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad social por daños".

La Presidencia no puede menos que destacar la labor que supuso el desarrollo de esta actividad pública, a la que debe sumarse la realización en el local de otros actos, como el de homenaje rendido por la International Law Association a la ex académica de número y Presidente de aquella entidad Dra. Margarita Argúas, que contó, como es obvio, con nuestra adhesión y auspicio.

V. *Reuniones de la Mesa Directiva.* — La Mesa Directiva de la Academia se reunió ordinariamente los días martes de cada semana,

a la hora 15, para tratar los asuntos en trámite y atender al despacho de los propios de su competencia, que se halla al día. El número y la variedad de tales asuntos ha determinado, en principio, la presencia diaria del Presidente en su despacho.

VI. *Reuniones de Presidentes de Academias Nacionales. Entrevistas oficiales y de protocolo.* — Como es habitual desde hace años, los Presidentes de las Academias Nacionales se han reunido todos los meses, rotativamente en sedes distintas, para considerar asuntos de interés común. Preocupa sobre todo, en las últimas reuniones, coordinar las actividades para evitar la superposición de actos públicos, difícil de lograr ya que el número de academias con sede en esta ciudad es mayor que el de los días hábiles de la semana. Con todo, se ha tratado y se trata en estas últimas reuniones de coincidir en alguna programación que reduzca al mínimo la incidencia enojosa del asunto en análisis.

Como se informó al Cuerpo, oportunamente se solicitó audiencia conjunta para los Presidentes de las Academias Nacionales, a fin de presentar el saludo de protocolo a las nuevas autoridades del Ministerio de Educación y de la Secretaría de Cultura, diligencia que se llevó a cabo en ocasión de operarse sucesivas designaciones.

Corresponde también consignar en este punto lo que oportunamente fue informado por la Presidencia al Cuerpo y consta en actas: el 29 de setiembre de 1987, respondiendo a una citación telefónica, los presidentes de las corporaciones que tienen su sede en la Casa de las Academias concurrieron a la Secretaría de Cultura, donde se les informó sobre las necesidades de espacio que padece esa Secretaría y se inquirió sobre la posibilidad de ceder ambientes para conjurarlas.

Los Presidentes de las Academias destacaron la imposibilidad material de acceder a ese requerimiento sin grave compromiso de sus funciones, y en particular el señor Presidente de la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales recordó haber cedido una sección absolutamente independiente de su local ante un requerimiento similar no hace mucho. Cabe consignar que el señor Secretario descartó toda hipótesis de compulsión o que obrara en desplazamiento de las Academias y que éstas no han recibido con ulterioridad nuevas aproximaciones sobre tan delicado asunto, que desde luego serían puestas inmediatamente en conocimiento de los integrantes de la corporación.



VII. *Sexta reunión conjunta de las Academias Nacionales de Buenos Aires y de Córdoba.* — La acostumbrada reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y de Córdoba se llevó a cabo en nuestra sede los días 7, 8 y 9 de octubre. Su tema de análisis fue “La unificación del derecho civil y comercial” y se desarrolló en un clima de alto nivel y penetrante análisis. Participaron en las tres jornadas diez relatores sobre temas diversos y se registraron treinta y seis intervenciones de los académicos asistentes.

Circulan ya impresos, como anticipo de “Anales”, los trabajos de los integrantes de nuestra corporación y otro tanto se hace en Córdoba con las contribuciones de los integrantes de la corporación similar. Ha sido reiteradamente expuesta la preocupación porque una empresa de tanta magnitud no se consume sin agotar la consulta y la información pertinentes. En ese orden de ideas, cabe recordar que tanto nuestra corporación como la de Córdoba concretaron la misma postura al contestar la comunicación apremiante de las comisiones de ambas cámaras del Congreso Nacional. Todos los antecedentes referidos a este grave asunto han sido puestos en conocimiento de los integrantes de la corporación, a quienes se distribuyen los trabajos producidos en el encuentro con la Academia de Córdoba, sin perjuicio de la oportuna inclusión en los “Anales”. Como es sabido, el proyecto cuenta con la media sanción de la Cámara de Diputados y se halla a consideración en la Cámara de Senadores.

En punto a la aproximación cordial y a las coincidencias de fondo con los colegas cordobeses, no cabe abundar en este acto, pues es sabido que la cordialidad fue siempre su clima y en la sexta reunión ese clima se ha manifestado cabalmente.

VIII. *Reuniones de institutos. Organización, composición y trabajos.* — Los institutos de la Academia han trabajado con provecho durante el año a que se refiere esta memoria. En el de Derecho Civil, bajo la presidencia del señor académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, se ha analizado en profundidad el proyecto de unificación de la legislación de fondo, en trabajos cuya temática y sustancia se puso en conocimiento de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, junto con el pedido de contar con un plazo razonable para profundizar el análisis de las soluciones propuestas. Ese Instituto contempla actualmente la publicación de tales trabajos y a ese fin se le han asignado por el Cuerpo los fondos que permitirán concretar el propósito.

A su vez, el Instituto de Derecho Administrativo, bajo la presidencia del señor académico Dr. Miguel S. Marienhoff y la Vicepresidencia del Dr. Juan Carlos Cassagne después de su incorporación como miembro de número de la Academia, trabaja con ahínco sobre el tema de la responsabilidad del funcionario público. También ese Instituto, que cuenta con un nuevo integrante, el Dr. Pedro Chede, en lo que le concierne, ha hecho conocer sus observaciones a la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados con referencia al proyecto de unificación de la legislación de fondo, algunas de las cuales han sido atendidas según la información de que se dispone.

En fin, el Instituto de Derecho del Mar y de la Navegación, bajo la dirección y subdirección de los señores académicos Dres. José Domingo Ray y Federico N. Videla Escalada, hace lo mismo sobre temas capitales del derecho marítimo y de la navegación marítima y aérea, y ha contribuido a evacuar importantes consultas a propósito de la ratificación de convenciones internacionales formuladas por la Cancillería, que ha hecho uso de la notoria capacitación específica de sus miembros. Asimismo, con el auspicio de ese Instituto se llevó a cabo un acto público en el que expuso la Dra. Marta M. Oliveros sobre la "Represión de los actos ilícitos y la seguridad de la navegación".

*IX. Comisiones especiales para el estudio de otros temas de actualidad.* — A las ya constituidas y que produjeron en anterior ejercicio su dictamen se han sumado últimamente otras comisiones, en especial la constituida para pronunciarse sobre el proyecto de ley referido a la composición y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada por los señores académicos Dres. Germán J. Bidart Campos, Mario Justo López, Augusto Mario Morello y Lino E. Palacio. En su última sesión del 17 de diciembre de 1987 recibió aprobación el dictamen propiciado por los señores académicos López y Palacio, cuyo texto ha recibido amplia difusión inmediata.

En esa misma última sesión, respondiendo a una sugerencia del señor académico Dr. Augusto Mario Morello, se procedió a constituir otra comisión integrada por los señores académicos Dres. José Domingo Ray, Roberto Martínez Ruiz, Juan Carlos Cassagne y Julio Cueto Rúa, que tendrá a su cargo el estudio y en su caso la promoción de reformas en la administración de justicia.

En fin, sobre el cierre del año académico se giró al Instituto de Derecho Administrativo el proyecto de ley sobre demandas contra el Estado que ha tenido entrada últimamente en el H. Congreso de la Nación, atendiendo a los trabajos que sobre ese tema tiene en elaboración el nombrado Instituto.

X. *Declaraciones y dictámenes. Consultas.* — La Presidencia no cree oportuno incluir en esta memoria el texto de las declaraciones y dictámenes aprobados en el ejercicio a que ella se refiere.

Tampoco cree oportuno transcribir la respuesta a importantes consultas, como las emanadas, v.gr., del Ministerio de Relaciones Exteriores recabando opinión sobre la conveniencia de que el país firme y ratifique la convención sobre la ley aplicable a los contratos de compra y venta internacional de mercaderías o sobre la conveniencia de ratificar la convención sobre representación en tales contratos, complementaria de la anterior. En esos y en otros casos la Academia se ha expedido de conformidad con las disposiciones de su Estatuto.

Por las mismas razones no se incluyen en esta memoria los textos de las respuestas a que dieron origen algunos requerimientos de comisiones especiales del H. Congreso de la Nación o de las notas con que fueron remitidos trabajos y opiniones de los Institutos de Derecho Civil y de Derecho Administrativo, en la inteligencia —claro está— de que la documentación de referencia hállese a disposición de los señores académicos que deseen verificar su contenido.

XI. *Publicaciones. "Anales" y "Obras".* — En el año a que se refiere esta memoria ha visto la luz el volumen nº 24 de la colección de "Anales", Segunda Época, año XXXI (678 págs.), ed. Germano Artes Gráficas, que incluye la memoria correspondiente al año anterior (1986).

También ha visto la luz el primer volumen del *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial* del que es autor el señor académico Dr. Elías P. S. Guastavino (505 págs), colección "Obras", impreso por la misma editorial.

Se han distribuido con anterioridad las separatas correspondientes de "Anales". También están en circulación, como antes se apunta, las separatas que corresponden a los trabajos originados en el encuentro con la Academia de Córdoba y que se incluirán en el volumen de "Anales" de 1987, segunda época, año XXXII.

Se encuentra lista la recopilación de los trabajos del académico Dr. Héctor P. Lanfranco, realizada por los señores académicos Dres. Jorge M. Mayer y Horacio García Belsunce, cuya impresión dispuso el cuerpo al rendir homenaje a su memoria.

XII. *Premios de la Academia.* — Tras un severo análisis de las disposiciones que reglamentan este capítulo y de los recursos de que puede disponer la Academia, se ha abierto a concurso sobre los siguientes temas:

En Derecho Público: "Responsabilidad civil del Estado y del funcionario público".

En Derecho Privado: "Unificación de la Legislación Civil y Comercial".

En Ciencias Sociales: "Informática y orden jurídico".

El llamamiento se halla en vías de difusión y sus términos se ajustarán estrictamente a las disposiciones acordadas sobre el punto.

Queda por designarse el jurado para las tres adjudicaciones previstas.

XIII. *Legados y donaciones.* — El patrimonio de la corporación se ha visto acrecido con el generoso legado de la extinta académica Dra. Margarita Argúas, quien dispuso en nuestro favor de su biblioteca especializada en Derecho Internacional Privado.

Su heredero instituido, el arquitecto Héctor Nicolás Ledesma, hizo oportuna entrega de la valiosa colección y la señorita abogada y bibliotecaria María Luz Rezk, ha tenido y tiene aún a su cargo generosamente la tarea de relevamiento y clasificación de ese importante material.

Se ha recibido también la valiosa donación de sus libros de derecho y de las bibliotecas que los contienen practicada por el señor Vicepresidente, académico Dr. Manuel V. Ordóñez. También respecto de esta importante donación se contempla el relevamiento y la clasificación pertinentes.

Se ha recibido, por último, una nueva donación —la segunda— del Dr. Néstor Cichero, que comprende la íntegra colección de la Revista Jurídica "El Derecho", hasta el día de la entrega.

En todos los casos, la Presidencia ha dejado constancia del emocionado agradecimiento que tanta generosidad suscita, fruto ciertamente de una devoción por la cultura que nunca se encarecerá demasiado.

XIV. *Visitantes extranjeros.* — Como queda dicho en el punto IV, la Academia recibió en el año a que se refiere esta memoria la visita del Dr. Nagendra Singh, Presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, a quien ofreció su tribuna y escuchó con natural complacencia.

Recibió también la visita de un numeroso grupo de abogadas norteamericanas, presidido por Ms. Sheila Hollis, con quienes el Presidente y varios colegas tuvieron el gusto de departir, proporcionándoles la información que recababan sobre legislación del país y composición y funcionamiento del Poder Judicial, con interés marcado por el tratamiento y la ubicación precisa que nuestras leyes otorgan a la mujer.

En fin, los profesores americanos Dres. Nash y Cibinic en derecho público también se hicieron presentes en nuestra casa y fueron atendidos por señores académicos, autoridades e integrantes de los Institutos y componentes de la Mesa Directiva, con quienes mantuvieron provechoso diálogo.

La Presidencia destaca con placer estas visitas, sin duda ilustrativas y auspiciosas.

XV. *Equipamiento y mejoras en el local y sus dependencias.* — Durante el año 1987 fue posible concretar importantes mejoras en el local y atender a su equipamiento concretando algunas mejoras indispensables. En ese sentido cabe hacer mención de trabajos de pintura en exteriores e interiores, cambio de pisos en distintas dependencias, acondicionamiento del salón de actos y de la secretaría, adquisición de bibliotecas, ídem de equipos de refrigeración, ídem de teléfonos internos, equipo de computación, caja de seguridad, etcétera.

Estas y otras indispensables e impostergables inversiones facilitarán sin duda el trabajo en condiciones más propias y eficientes, acrecentando incluso el rendimiento de lo que se tiene pero exige el apoyo de una técnica actualizada para mejorar y acelerar el servicio.

XVI. *Fichaje y computación en la biblioteca.* — En el orden de ideas que antes se expone, ha sido preocupación de la Mesa Directiva proceder al fichaje prolijo y beneficiar con el sistema de computación el servicio que presta nuestra importante biblioteca.

Nos es grato adelantar que en tal sentido se procederá en 1988, a cuyo fin se ha contado con la generosa colaboración de especialistas que asesoran desinteresadamente en tan delicado asunto.

La biblioteca rendirá así lo que puede esperarse de su rico material, hasta hoy confiado a un fichaje incompleto y a la inspiración de quienes la consultan.

XVII. *Régimen del comodato que pesa sobre el local de Avenida Quintana 585, 3º "A".*— No se registró novedad alguna en el régimen del comodato acordado con la Academia Nacional de Ingeniería referente al local que se indica, propiedad de nuestra corporación.

XVIII. *Consideraciones finales.*— Señores académicos: La Presidencia estima que la gestión del año a que se refiere esta memoria ha sido intensa y ha dado pie a claras y fecundas manifestaciones de la consagración de los miembros de número, de las autoridades y del personal administrativo de apoyo en pro de los fines que se consignan en el estatuto de la corporación.

Más allá de este objetivo resumen de actividades ordinarias, resta añadir que la Academia ha seguido y sigue con profunda atención el curso de los acontecimientos de toda índole que hacen al presente y al futuro de la Nación Argentina, siempre con el ánimo de asegurar el triunfo del derecho, la realización de la justicia, el logro de la paz, merced al ejercicio inobjetable del régimen republicano de gobierno.

Es obvio que no pueden ser ajenos a la inquietud de sus miembros de número, de sus autoridades y de sus colaboradores inmediatos el esfuerzo laudable o la actitud perturbadora que aceleren o dificulten la recuperación de un nivel de vida que conoció nuestro país y que lamentablemente se posterga cuando interfieren conductas reprobables a la luz del derecho, de la ley, de la justicia, de la paz en suma que es su fruto.

Esta memoria, suscrita en momentos de inquietante realidad, no puede pues concluir sin la expresión del voto más sincero porque el futuro nos depare alentadoras conquistas en la noble empresa de recuperación que a todos nos convoca: una empresa que sume el esfuerzo de los hombres de bien y de virtud que aman la paz, que vigilan para que la esperanza no se frustre, y que todo interés individual lo subordinan al esplendor y la felicidad de la Patria.

*Marco Aurelio Risolia*  
Académico Presidente

# Í N D I C E

## I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

<i>Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 11 de junio de 1987 .....	15
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla .....	17
Discurso de recepción por el académico Dr. Miguel Marienhoff .....	19
Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo .....	27
<i>El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Augusto Mario Morello, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 25 de junio de 1987 .....	55
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla .....	57
Discurso de recepción por el académico Dr. Germán J. Bidart Campos .....	59
El activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	63
<i>La protección jurisdiccional de los intereses difusos.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Lino E. Palacio, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 22 de octubre de 1987 .....	105
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla .....	107
Discurso de recepción por el académico Dr. Augusto Mario Morello .....	109
La protección jurisdiccional de los intereses difusos .....	113
<i>De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad social por daños.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 26 de noviembre de 1987 .....	137
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla .....	139
Discurso de recepción por el académico Dr. Jorge H. Bustamante Alsina .....	141
De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad social por daños .....	147

<i>El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del día 14 de mayo de 1987	187
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía .....	189
El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio .....	191
 <i>Nuevas ideas en el derecho concursal contemporáneo.</i> Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Héctor Cámara, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 27 de agosto de 1987 .....	219
 <i>Los doscientos años de la Constitución de los Estados Unidos de América.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil, en la sesión pública conjunta de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en homenaje al bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos de América, realizada el día 17 de septiembre de 1987 .....	239
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía .....	241
Los doscientos años de la Constitución de los Estados Unidos de América .....	243
 <i>Constitución y administración.</i> Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Jesús Luis Abad Hernando, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del día 24 de setiembre de 1987 .....	261
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía .....	263
Constitución y administración .....	265

## II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>A casi dos décadas de la reforma del Código Civil.</i> Comunicación del académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 18 de junio de 1987 .....	305
 <i>Reflexiones sobre los contratos en el proyecto de ley de unificación.</i> Comunicación del académico Dr. Federico Videla Escalada, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 16 de noviembre de 1987 .....	321



### III. VI REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

Discurso del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Marco Aurelio Risolia, al inaugurar la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 7, 8 y 9 de octubre de 1987 .....	347
Discurso del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías .....	349
<i>Observaciones generales al proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires .....	353
<i>Sociedad de un solo socio.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires .....	371
<i>La determinación de precios y salarios y el reajuste de las obligaciones de dar sumas de dinero. Un firme avance en las atribuciones de los jueces.</i> Disertación pronunciada por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolia, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires .....	389
<i>La sociedad en el Código Civil y en el proyecto de ley de unificación.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Federico Videla Escalada, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires .....	411
<i>La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, en el proyecto de reformas al Código Civil.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires .....	453
<i>El régimen concursal en la unificación legislativa civil y comercial.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Héctor Cámara, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires .....	479
<i>Reflexiones en cuanto a la fuerza mayor. La teoría de la frustración del contrato y el cumplimiento de las obligaciones. (Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.)</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. José Domingo Ray, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires .....	523

<i>La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos Palmero, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires	543
<i>Fuentes del derecho en el proyecto de unificación (art. 16).</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge Mosset Iturraspe, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires	611
<i>Personas jurídicas, contratos, sociedades especiales y procedimiento en el proyecto de unificación.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Emilio Cornejo Costas, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Córdoba y Buenos Aires	619
<i>Contratos asociativos.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Efraín Hugo Richard, en la VI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires	629

#### IV. HOMENAJES

<i>Homenaje al antiguo académico Dr. Isidoro Ruiz Moreno.</i> Acto realizado en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, el 30 de junio de 1987, en el primer aniversario de su fallecimiento	683
Apertura del acto del Presidente de la Comisión de Honor, académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolfá	685
Discurso del académico Dr. Jorge A. Aja Espil, en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires	687
<i>Homenaje al antiguo académico Felipe A. Espil.</i> Conferencia pronunciada por el académico Dr. Jorge M. Mayer, en la sesión pública de homenaje al antiguo académico Dr. Felipe A. Espil, el 12 de noviembre de 1987, con motivo de su centenario	693

#### V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>La justicia popular y la inconstitucionalidad de las leyes en Grecia Antigua.</i> Por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana	721
<i>El federalismo norteamericano.</i> Conferencia pronunciada por el académico Dr. Juan R. Aguirre Lanari, en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (C.A.R.I.), el 9 de setiembre de 1987	743
<i>La racionalización moral de la política.</i> Por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana	775
<i>Dos crisis constitucionales 1930 y 1955.</i> Por el académico Dr. Jorge M. Mayer	789



## VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

<i>Opini3n de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el proyecto de unificaci3n de la legislaci3n civil y comercial</i> .....	929
<i>Dictamen aprobado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, respecto del proyecto de ley modificatoria de la organizaci3n y funcionamiento de la Corte Suprema de justicia de la Naci3n</i> .....	945

## VII. MEMORIA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Memoria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, correspondiente al ejercicio 1987 .....	951
---	-----

