

ISSN 0567 - 5936

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS - NÚMERO 26

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXIII - NÚMERO 26

TOMO I



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. 812-9327

(1014) Buenos Aires - Argentina

P U B L I C A C I O N E S
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 26.

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 RIESTRA.
6. *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.

10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA (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).
20. *Conferencias y Estudios*, por Héctor P. Lanfranco.

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. FEDERICO N. VIDELA ESCALADA

Secretarios

Académico DR. ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

Académico DR. ENRIQUE RAMOS MEJÍA

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 Risolia	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. 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. 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	19 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 Zavalia	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 ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Ialas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan Álvarez	Dr. Juan M. Garro
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan A. González Calderón
Dra. Margarita Argúas	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Hilario Largaña
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Ricardo Levene
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Francisco Canale	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Alfredo Colmo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Luis M. Drago	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Pedro Olacchea y Alcorta
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo F. Orma
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Jesús H. Paz

Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Pifreiro
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 Guíñazú
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. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavaglia
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

**LA UNIDAD DEL SISTEMA RESARCITORIO
DENTRO DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN
LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL.
LAS DIFERENCIAS QUE SUBSISTIRÁN**

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge H.
Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública
del 9 de junio de 1988*

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

Con este acto, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales que tengo el honor de presidir abre el ciclo de sus reuniones públicas correspondientes al año académico de 1988.

La disertación inmediata estará a cargo del señor Académico de Número Dr. Jorge Bustamante Alsina, cuya personalidad no dará, no puede dar pie a palabras de presentación que huelgan en esta sede respecto de quienes integran la entidad rectora.

Sólo me atrevo pues a recordar que el tema escogido por el disertante, sustancial en la vida del derecho, viene desde mucho íntimamente vinculado a su vocación de estudioso, a su fama de jurista, a su prédica siempre aguda y tenaz, siempre rica en observaciones sagaces, que merecen ser meditadas por quienes tengan el honesto propósito de pulir la ley en vigor, afirmar el derecho y realizar la justicia.

Por otra parte, es obvio que el intento de una actualización o reajuste de nuestro venerable Código Civil, hoy en obra, justifica la ansiedad por conocer el criterio de personas manifiestamente versadas en la ciencia y el arte del derecho, de cuya nitidez depende, en gran medida, la felicidad de la Nación, máximo objetivo que permanentemente nos acucia y nos convoca.

Señoras y señores: muchas gracias por vuestra presencia y por vuestra deferente atención.

Dr. Bustamante Alsina: queda Ud. en uso de la tribuna.



LA UNIDAD DEL SISTEMA RESARCITORIO
DENTRO DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN
LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL.
LAS DIFERENCIAS QUE SUBSISTIRÁN

El Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial que ha sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación y se encuentra a consideración del Senado, incorpora al Código Civil las disposiciones del Código de Comercio que quedan en él residualmente fuera de todas aquellas materias que son objeto de leyes especiales.

Pero también el Proyecto introduce varias modificaciones al Código Civil, entre ellas contiene normas que comportan la unificación del sistema resarcitorio estableciendo importantes efectos comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual.

Sin embargo subsistirán otros efectos particulares e irreductibles que no pueden ser unificados porque son estructuralmente diferentes según la fuente contractual o extracontractual en que se originan.

En virtud de ello el sistema unificado en sus elementos o presupuestos comunes y también en algunos de sus efectos principales, continuará desplegándose en un doble ámbito de responsabilidad según su fuente, lo cual dará lugar a las distinciones de algunos otros efectos que son también importantes pero diferenciados por su propia naturaleza.

Pueden considerarse hoy superadas las teorías que enunciaban un doble sistema de responsabilidad civil sobre la base de la distinción de la culpa contractual y la culpa extra-

contractual. Esta tesis dualista fue sostenida por Sainctelette en 1884 en su obra: *De la responsabilité et de la garantie*. Sostiene el autor la tesis dualista al extremo de reservar la expresión responsabilidad para aquella que tiene carácter delictual, y a la que emerge del contrato la llama garantía. El punto de partida de su tesis se halla en la afirmación de una oposición radical entre el contrato y la ley, presentados como las dos únicas fuentes de las obligaciones. “El vínculo de derecho que constriñe a una persona frente a otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa, emana necesariamente de una u otra de estas dos fuerzas: la sociedad o los individuos, la voluntad pública o el acuerdo de las voluntades privadas, expresadas una por la ley y las otras por los contratos.” Esta dualidad de fuentes no puede, según Sainctelette, dejar de implicar dos regímenes radicalmente distintos. “La responsabilidad, dice el autor, tiene por función asegurar el respeto de las leyes, obra de la voluntad pública; la garantía tiene por fin asegurar el respeto de los contratos, obra de las voluntades privadas. Toda cuestión de responsabilidad es de orden público y no puede ser resuelta sino conforme a las leyes. Toda cuestión de garantía no es más que de intereses privados y puede ser resuelta a gusto de las personas a quienes concierne.” Para Sainctelette hay de la garantía a la responsabilidad la diferencia de la “obligation” a “l’engagement”, del contrato a la ley de orden público, de las voluntades privadas a la voluntad pública.

Nos parece exagerado deslindar ambas responsabilidades ubicándolas en sectores totalmente opuestos desde el punto de vista de la normativa que los rige. Por un lado el contrato como expresión de la voluntad privada en el ámbito de las leyes supletorias, y por el otro la ley imperativa en un orden regulador de orden público en todo cuanto concierne al daño causado fuera de los contratos.

Es verdad que ha sido tradicional separar el estudio de los dos órdenes de responsabilidades y ello ha sido incitado por el plan mismo del C.C. francés: la responsabilidad contractual está reglamentada entre los contratos (arts. 1146 a 1155); la responsabilidad delictual y cuasidelictual es objeto

de un capítulo especial (arts. 1382 a 1386). En nuestro C.C. se observa también una metodología análoga pues en el Libro II, Sección 3ª, se trata de las obligaciones que nacen de los contratos y también las reglas sobre daños e intereses en las obligaciones (Libro II - Sección I, particularmente arts. 519 a 522, y sobre las obligaciones en relación con su objeto). En el Libro II, Sección II, Títulos VIII y IX, se ocupa de los actos ilícitos.

Este plan parecía a la mayoría de los autores perfectamente fundado en la lógica. Cuando se trata de la responsabilidad contractual, el responsable y la víctima estaban ligados por un contrato, una obligación existía entre ellos, y es de la inejecución de esta obligación que el acreedor reclama reparación al deudor. Por lo tanto, no es la responsabilidad contractual la que hace nacer la obligación, ella no es fuente de obligación, es solamente un efecto de la obligación contractual. La situación, según estos autores, es absolutamente diferente en caso de responsabilidad delictual o cuasidelictual. Aquí no existía vínculo alguno entre el autor del daño y la víctima antes de haber sido causado; es, por lo tanto, el delito o el cuasidelito el que hace nacer la obligación; la responsabilidad delictual o cuasidelictual es fuente de obligación. Los autores fueron llevados así a estudiar la responsabilidad delictual como una de las fuentes de las obligaciones y la responsabilidad contractual como un efecto de las obligaciones contractuales.

La tesis dualista seguida hasta fines del siglo XIX por la mayoría de la doctrina francesa fue refutada a partir del trabajo publicado en 1886 por A. F. Lefebvre titulado *De la responsabilité délictuelle et contractuelle* (en "Revue Critique", p. 485 y siguientes). Poco después, en 1892, otro autor, Jean Grandmoulin en su tesis sobre la unidad de la responsabilidad, combate a fondo la tesis dualista. Atacando la doctrina dualista en su fundamento, el autor sostiene que la ley y el contrato, y por lo tanto las obligaciones que de ellos nacen, no tienen una esencia diferente. Se insiste sobre el hecho de que la obligación inicial nacida del contrato se extingue por la pérdida o imposibilidad del objeto por culpa

del deudor, y que la obligación de pagar daños y perjuicios no es por lo tanto la obligación primitiva nacida del contrato, sino una obligación nueva nacida de la ley. Por lo tanto la fuente de esta obligación legal no puede ser más que el art. 1382 C. C.

Consideramos criticable esta solución monista del problema. En primer lugar, como ya tendremos oportunidad de señalarlo más adelante, porque hace girar todo el problema en torno de la culpa; crítica ésta que también cabe formularla a la tesis dualista. En segundo lugar porque identifica o subsume la cuestión de la responsabilidad contractual en la responsabilidad de fuente delictual, de donde resulta que los efectos de aquélla deben regirse por los principios de ésta, dejando de lado las normas del C. C. que expresamente atribuyen consecuencias distintas al deber de reparar cuando el daño es el resultado de una infracción contractual.

Posteriormente M. Planiol en su *Traité élémentaire*, París, 1928, t. II, p. 293, 300, N^o 877-891, partiendo del concepto unitario de la culpa que define como la violación de una obligación preexistente, expone también una concepción unitaria en punto a la responsabilidad civil, ya sea que ella se origine en el incumplimiento de un contrato o en la violación genérica legal de no dañar. En ambos casos, dice el autor, siempre hay la violación de una obligación preexistente, que será la concreta y precisa definida por el contrato o la genérica de obrar con diligencia y prudencia que contempla y sanciona la ley. En ambos casos la culpa es la causa o fuente de la obligación de indemnizar el daño causado, pues aun cuando se trate de la llamada culpa contractual, la obligación resarcitoria que de ella nace no se confunde con la primitiva derivada del contrato. En cuanto al régimen en uno y otro caso, considera Planiol que hay en las dos situaciones una sola diferencia, referente a la extensión del resarcimiento, y que esa diferencia desaparece casi en la práctica a causa del poder soberano que tienen los jueces de los hechos para apreciar el monto de los daños.

Hacia 1930 varios autores ensayaron una síntesis en las tesis opuestas: dualista y monista. Se pronuncian en favor

del principio dualista de la responsabilidad, no considerándolo, sin embargo, tan importante como lo habían sostenido los autores de aquella doctrina ya clásica sobre la dualidad fundamental del sistema de la responsabilidad civil. En efecto, actualmente se admite que la responsabilidad contractual no es simplemente un efecto del contrato y que la responsabilidad delictual no es la única fuente autónoma de la obligación de reparar los daños. En ambos casos, se considera hoy que una obligación, sea en su origen contractual o legal, ha sido violada y que ello da lugar a una obligación nueva, la de reparar el daño causado. Por consiguiente, responsabilidad contractual y responsabilidad delictual son consideradas como referidas a la vez a la teoría de las fuentes y a la de los efectos de las obligaciones. La dualidad no traduce, pues, una diferencia de naturaleza entre las dos instituciones. Este movimiento doctrinal, dice Geneviève Viney, en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, París, 1982, t. IV, p. 196, se caracteriza por la búsqueda de un equilibrio entre las tesis extremas desarrolladas antes. Reconociendo la existencia y lo bien fundado de la distinción, estos autores consideran que las dos ramas de la responsabilidad no deben ser sistemáticamente opuestas pues ellas desempeñan roles complementarios y presentan numerosos puntos comunes.

Nosotros hemos criticado estas teorías no solamente porque escinden el sistema cuya organicidad se halla fuertemente estructurada en elementos comunes, sino también porque el eje de ambas tesis opuestas reside en la culpa. La culpa es un factor de imputabilidad que determina en algunos sectores de la responsabilidad el deber de reparar el daño. Por mucho que haya sido importante la culpa en el régimen de la responsabilidad civil durante el siglo anterior y en los primeros años del presente, ya no lo es tanto hoy día. En efecto, el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, de ahí que pueda hablarse de un derecho de daños o de una responsabilidad por daños al referirse a ella. Actualmente sería inexacto afirmar que no hay responsabilidad sin culpa, habida cuenta de la introducción de factores objeti-

vos de atribución del daño que generan la obligación de repararlo con prescindencia de culpa en la ejecución del acto, en la vigilancia del hecho ajeno o en la guarda de la cosa que causa el perjuicio. En la doctrina moderna los autores exponen el sistema con un criterio unitario que, más allá de los ámbitos contractual o extracontractual en los cuales se origina, destacan la trascendencia del daño como elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio. De Cupis¹ trata la materia del daño desde el punto de vista de su unidad conceptual y expresa que “si la disciplina de la responsabilidad extracontractual se diferencia parcialmente de la responsabilidad contractual, no deben olvidarse por ello las normas comunes”.

En el derecho español contemporáneo la teoría de la responsabilidad civil es expuesta por Santos Briz² admitiendo “la igualdad de principios fundamentales de la infracción contractual y de los actos ilícitos”.

En nuestro país Mosset Iturraspe³ sostiene igualmente el criterio de la unidad conceptual a través del daño, exponiendo los presupuestos de la responsabilidad civil “cuquiera sea el comportamiento jurídico que la desencadena”.

En las V Jornadas de Derecho Civil realizadas en Rosario en el año 1971 la Comisión N^o 5 que integramos se expidió con un despacho unánime que luego fue aprobado por la Asamblea, formulando las siguientes recomendaciones:

“I. — Para un enfoque científico de la materia debe partirse de la unicidad del fenómeno resarcitorio, que requiere un tratamiento sistemático y genérico que contemple todas las situaciones en las cuales existe una atribución del daño por el ordenamiento jurídico que impone el deber de resarcirlo. II. — Debe unificarse la responsabilidad civil en los ámbitos comprendidos en el sistema: incumplimiento de obligaciones y actos ilícitos.”

¹ ADRIANO DE CUPIS, *Il Danno*, Milano, 1966, vol. 1, p. 2.

² JAIME SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, 1963, y *La responsabilidad Civil*, Madrid, 1970.

³ J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños*, t. I, p. 330, p. 114.

Por nuestra parte ⁴ desde un principio hemos expuesto la teoría general de la responsabilidad civil con un criterio unitario, teniendo en cuenta que los elementos o presupuestos del deber de indemnizar el daño que se ocasiona al acreedor por el incumplimiento de la obligación impuesta al deudor en un contrato, son los mismos del deber resarcitorio que incumbe al autor de un acto ilícito por el daño causado a la víctima, de allí también que las reglas legales aplicables son fundamentalmente iguales. Lo relevante de ambas situaciones jurídicas es la necesidad de reparar el daño que sufre el damnificado. Esta exigencia de justicia es el punto de partida de la responsabilidad civil y ello explica que las bases sobre las que se erige el sistema sean las mismas cualquiera sea el ámbito en que se origina.

Todo esquema de responsabilidad civil se integra con los siguientes elementos esenciales: antijuridicidad, daño, relación de causalidad entre el hecho antijurídico y su consecuencia dañosa y un factor atributivo de responsabilidad que le sirve de justificación ético-jurídica, ya sea subjetivo u objetivo.

La concepción unitaria de la responsabilidad civil prevalece actualmente en la doctrina como un sistema orgánico con autonomía conceptual, en orden a los elementos comunes que le son propios, y con relativa autonomía científica dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual se inserta como una de sus fuentes principales.

En algunas legislaciones más recientes es una satisfacción constatar que ciertos sistemas jurídicos modernos han realizado de forma bastante completa esa fusión deseable ⁵, entre las llamadas responsabilidad contractual y responsabilidad delictual. Como lo señala Tunc en el trabajo citado en la nota precedente, el legislador en numerosos países ha adoptado disposiciones reduciendo al mínimo la importancia de la tradicional distinción. Es así que el parlamento británico ha

⁴ J. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, 1ª a 5ª edición, 1973 a 1987.

⁵ ANDRÉ TUNC, *La responsabilité civile*, en *Collection Etudes Juridiques Comparatives*, París, 1981, p. 45.

logrado con más o menos éxito eliminar algunas de las diferencias existentes. El legislador francés ha unificado el régimen de ambas responsabilidades en el dominio de los transportes por aire y por mar, quien quiera que sea el demandante (la propia víctima o un sucesor) o cualquiera fuese el fundamento de su acción ⁶. Esta reforma elimina el riesgo de ver rechazada la demanda por la sola razón de una errónea calificación de la responsabilidad. La mayoría de las leyes suizas en materia de responsabilidad (servicios de interés público, ferrocarriles y otros medios de transporte, navegación marítima y aérea, accidentes de la circulación, utilización pacífica de la energía nuclear, etc.) rechazan la distinción entre ambas responsabilidades. A nivel internacional la Convención de Varsovia de 1929 (art. 24) y la Convención Internacional de Bruselas de 1961, sobre unificación de ciertas reglas en el transporte de pasajeros por mar las someten a los mismos principios.

Siguiendo la corriente moderna a que nos hemos referido, el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial que ha sido presentado al Congreso de la Nación, unifica a su vez los sistemas de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La unificación se logra mediante la modificación y derogación de algunos artículos del Código Civil igualándose así los principales efectos: esto es la extensión del resarcimiento, la prescripción y el daño moral.

Se deroga el art. 1107 que establecía la distinción al admitir la opción aquiliana cuando la violación contractual configura a la vez un delito del derecho criminal; en cuyo caso pueden invocarse las disposiciones correspondientes a los cuasidelitos.

Se modifica el art. 906 estableciéndose ahora que: "la extensión de la responsabilidad derivada de incumplimiento obligacional o de hechos ilícitos se rige por los artículos precedentes. Abarca los daños que estén en relación de causalidad adecuada y no comprende las consecuencias remotas".

⁶ Ley N° 66.420, art. 42, del 18 de junio de 1966.

La reforma establece entonces que se responde siempre de las consecuencias inmediatas y de las mediatas previsibles, sin consideración a la fuente del daño que puede ser contractual o delictual.

Los arts. 520 y 521 son motivo de una total modificación de sus contenidos para no alterar el régimen que se propicia. El art. 520 se refiere ahora al daño, al interés negativo en la responsabilidad precontractual y el art. 521 a la responsabilidad del deudor por hechos de terceros que éste introduce en la ejecución y por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado.

También se modifica el art. 522 relativo al daño moral de fuente contractual y se lo equipara a los actos ilícitos previstos en el art. 1078. Ahora el art. 522 en lugar de la admisión restringida del daño moral, dispone: "la indemnización comprende el daño moral".

Al derogarse el art. 4037 que establecía la prescripción de dos (2) años para la acción de responsabilidad extracontractual, y al introducir un nuevo texto en el artículo 3933 el plazo ordinario de la prescripción liberatoria es de cinco (5) años.

Unificado el sistema en lo concerniente a los más importantes efectos, esto es la extensión del resarcimiento, el daño moral y la prescripción, subsisten algunas diferencias legales según el origen del ilícito dañoso, ya sea el contrato o la violación de la ley.

I. — DISTINCIONES QUE SE REFIEREN A LOS ELEMENTOS GENERADORES DE LA RESPONSABILIDAD

a) *Antijuridicidad*

Lo ilícito es lo contrario a la ley. El concepto de antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino también

las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato. Si la palabra ley se toma en sentido lato incluyendo los pactos contractuales, que son ley para los contratantes, puede llegarse a un concepto aceptable de antijuridicidad ⁷.

En la responsabilidad contractual la antijuridicidad se manifiesta en la conducta del deudor que viola el específico deber jurídico que le impone la obligación contractual, ya sea una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Es decir, que el comportamiento antijurídico está referido a la norma convencional que configura la obligación con los requisitos de la legitimidad del pago en orden a la identidad del objeto, al lugar y al tiempo de cumplimiento, conforme a la buena fe, y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del Código Civil).

La antijuridicidad en la responsabilidad delictual resulta de actos contrarios a la ley en sentido material, ya se trate de leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía (artículo 1066 del Código Civil), ya sea haciendo lo que la ley prohíbe (artículo citado) u omitiendo hacer aquello que la ley manda (artículo 1074 del Código Civil). Estas prescripciones determinantes de la ilicitud específica y objetiva tienen su fuente en el artículo 822 del Esboço de Freitas aunque no está citado en las notas del Código y contrastan con el criterio más avanzado de ilicitud genérica y subjetiva que consagra el Código Napoleón.

Respecto al ilícito de omisión debemos expresar que la conducta antijurídica se perfila no sólo en la omisión en la acción, o comisión por omisión, sino también en las omisiones puras que más allá del enunciado literal del artículo 1074, caen dentro de la previsión del artículo 1109 que al igual que el artículo 1383 del Código Francés, sienta un principio general de responsabilidad por culpa, subsumiendo la ilicitud en la culpa o sea determinando una ilicitud genérica y subjetiva. Este principio domina todo el sistema

⁷ JAIME SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, p. 24.

del Código en esta materia constituyendo un positivo avance sobre el casuismo característico del derecho romano (*nulla poena sine lege*), y a la vez una favorable evolución en las relaciones humanas marcando una tendencia a la espiritualización del derecho ⁸.

La norma mencionada encierra un principio de alto valor moral y social, prescribiendo implícitamente la necesidad de que el individuo oriente sus actos de modo de respetar a sus semejantes, librando a su sola conciencia determinar la conducta que para ello debe observar sin que la ley deba guiar todos sus pasos diciéndole lo que en cada caso debe hacer.

Es precisamente en la omisión pura donde se manifiesta una concepción de la antijuridicidad que va más allá de la prescripción estrictamente legal, para comprender también deberes de conciencia y de solidaridad que impregnan toda la dogmática jurídica y cuya violación impone la responsabilidad legal por la consecuencia que resulta de no haberse actuado cuando sin riesgo pudo evitarse el daño.

b) *Discernimiento*

Esta distinción está referida al elemento culpa o dolo como factor subjetivo de responsabilidad. La culpa en tanto constituye un elemento de imputabilidad del daño, tiene un indiscutible sentido moral pues la conducta humana debe juzgarse según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético. Sin duda que tiende a lograr la perfección del hombre contribuyendo por ello mismo a organizar y mantener un orden social justo.

Este factor, si consiste en una valoración de la conducta humana, supone la necesidad de un análisis previo sobre la voluntariedad del acto ejecutado. Es decir que no se puede reprochar una conducta como éticamente disvaliosa, si el agente ha actuado involuntariamente. Es por ello que debemos comenzar por establecer en cada caso si el incumpli-

⁸ JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 5ª ed., 1987, p. 94.

miento del deudor o la violación de la ley por el autor del hecho han sido ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897 del Código Civil), es decir, si han sido resultado de su obrar inteligente y libre. Es ésta una cuestión de imputabilidad de primer grado. En un segundo tiempo, y comprobada la voluntariedad del acto, será necesario formular el juicio ético de la conducta querida por el autor en relación a su deber específico de cumplir la obligación, ya sea contractual o legal. Es ésta una cuestión de imputabilidad de segundo grado o culpabilidad.

Para saber si el hecho fue el resultado de un comportamiento querido por el agente es necesario comprobar si éste gozaba de discernimiento al tiempo de ejecutarlo, es decir si tenía aptitud para comprender los alcances del mismo.

Conforme al sistema rígido de nuestro Código Civil, los actos se reputan practicados con discernimiento excepto en los supuestos en los cuales, conforme al régimen legal, debe considerarse que el sujeto actúa sin la correspondiente facultad de discernir.

El art. 921 (Código Civil) establece que “los actos serán reputados hechos sin discernimiento si fuesen actos lícitos practicados por menores impúberes o actos ilícitos por menores de diez años”.

He aquí una diferencia de régimen en cuanto a la existencia del discernimiento. Los menores de diez años carecen de discernimiento en relación a los actos ilícitos que cometiesen y, por lo tanto al ser inimputables, no son responsables de los perjuicios que causaren (art. 1076 del Cód. Civil). A su vez los menores de catorce años que han dejado de ser impúberes y son adultos (art. 127 del Cód. Civil) tienen discernimiento para los actos ilícitos, pero ello no quiere decir que sean civilmente responsables por la inejecución de los contratos que celebraren sino en cuanto los hubieren hecho dentro de los límites de su capacidad. Es decir que allí donde la ley considera que no obstante existir discernimiento la persona es incapaz de obligarse, no puede hablarse de imputabilidad del incumplimiento. Más aun, podría decirse que no puede hablarse de incumplimiento cuando el acto que

había dado nacimiento a la obligación no ejecutada, está viciado de nulidad por incapacidad del sujeto, lo cual determinaría la aniquilación del acto y, por lo tanto, no produciría efecto alguno.

La diferencia entre los dos órdenes de la responsabilidad radica, en esta materia del discernimiento, en que el menor de más de diez años desde que tiene discernimiento si comete un acto ilícito es imputable y, por tanto, responsable del daño que causare. En cambio, el menor de más de catorce años aunque tenga discernimiento no será responsable de la inexecución de un contrato, si no hubiese sido capaz para celebrar el acto.

También se advierte una diferencia en relación a los dementes. Los dementes mayores de diez años se reputa que no tienen discernimiento para los actos ilícitos, salvo cuando actuaren en intervalos lúcidos (art. 921 del Código Civil) y no son responsables de los perjuicios que causaren (art. 1070 del Cód. Civil), si no mediare esta última circunstancia. Sin embargo en relación al ámbito contractual, los dementes declarados en juicios (art. 140 del Cód. Civil) son incapaces absolutos (art. 54 del Cód. Civil) y su incapacidad no cesa no obstante su completo restablecimiento sino después de que la cesación sea declarada judicialmente (art. 150 del Cód. Civil). Los actos otorgados por dementes declarados son nulos no obstante que obraren en un intervalo lúcido y, por lo tanto, no serán responsables de la inexecución del contrato que hubieren celebrado mediando la interdicción.

c) *Culpa*

La culpa como elemento subjetivo de imputabilidad, es conceptualmente la misma en el ámbito contractual que en el extracontractual. El concepto unitario de la culpa está contenido en la definición que de la misma da el art. 512 del Código Civil. Siempre es una omisión de las diligencias que exigiere el deber jurídico a que está constreñido el sujeto, sea el deudor, sea el autor del acto ilícito, para evitar

que se frustré el cumplimiento de la obligación contractual, en el primer caso, y que se viole la ley en el segundo.

Lo que puede variar es la apreciación de la culpa en concreto según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Ello es así porque la culpa sólo se puede configurar en el ámbito contractual en relación a un deber jurídico específico y concreto constituido por la prestación debida contractualmente y, en cambio, en el ámbito extracontractual aquélla está referida a un deber legal genérico de no dañar (art. 1109 del Cód. Civil) que pone al presunto responsable frente a conductas debidas generalmente abstractas e indefinidas.

Otra diferencia que se puede señalar es en lo atinente a la dispensa de la culpa. Tratándose de la culpa contractual la dispensa anticipada suscita algunas cuestiones. Para la mayoría de la doctrina⁹ parece incuestionable que ella puede estipularse pues no existe prohibición alguna, como en el caso de dolo, salvo si se tratara de eludir responsabilidades legales consideradas de orden público.

Respecto a la responsabilidad extracontractual, los pactos de dispensa no son admisibles en el caso de delitos, pero tratándose de cuasidelitos, aunque por excepción podrían admitirse, ellos no pueden ser muy frecuentes porque la cuestión de la responsabilidad extracontractual se plantea entre personas extrañas entre sí antes del hecho dañoso.

En cuanto a la prueba de la culpa, la teoría clásica de la dualidad de la culpa afirma que ésta se presume en el incumplimiento contractual y, por lo tanto, el acreedor no debe probar la culpa del deudor. En materia aquiliana, corresponde a la víctima probar la culpa del autor del daño.

Sin embargo, aunque en principio ello es así, no lo es de un modo absoluto. En efecto, en materia contractual siguiendo la distinción que hace Demogue en obligaciones de medios y de resultado¹⁰, cuando la prestación es determi-

⁹ E. B. BUSSO, *Cód. Civil Anotado*, t. II, p. 295, N° 145; SALVATGALLI, *Derecho Civil*, t. I, p. 143, N° 135; H. LAFAILLE, *Derecho Civil — Obligaciones*, t. I, p. 177, N° 187.

¹⁰ J. BUSTAMANTE ALSINA, *Prueba de la culpa*, L.L. 99-886.

nada o de resultado basta al acreedor demostrar el incumplimiento, aunque no porque la culpa se presume, sino porque estando ella fuera de cuestión, no solamente no le incumbe al acreedor la prueba, sino que resulta inoperante la prueba por el deudor de su falta de culpa. El demandado se libera solamente con la prueba del "casus".

Si la obligación es de medios o de prudencia y diligencia, la prestación consiste precisamente en no actuar culpablemente, o sea que la culpa funciona en este caso como presupuesto de responsabilidad civil. Luego, al acreedor le incumbe en juicio la prueba de la culpa o sea el incumplimiento del deudor. Éste, si pretende exonerarse de la obligación, debe probar a su vez la falta de culpa o bien el caso fortuito o de fuerza mayor.

También en el ámbito extracontractual existen excepciones al principio de que la culpa del responsable debe ser probada, pues hay casos de presunción de culpa en que le incumbe al demandado para eximirse de la obligación probar su falta de culpa. Tales son los casos de responsabilidad de los padres, tutores y curadores por los daños que causen los menores y las personas que están a cargo de aquellos representantes legales (arts. 1114, 1115, 1116 y 1117 del Cód. Civil). También debe incluirse en estas hipótesis de excepción el caso previsto en el art. 1113, primera parte de la reforma de la ley 17.711, en cuanto prescribe que en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa.

d) *Dolo*

En el otro elemento de imputabilidad subjetiva, esto es el dolo, también se advierten diferencias en la conceptualización intencional, sea que se trate del ámbito contractual, sea que se refiera al extracontractual. Tanto como en la culpa en la intervención del agente no puede faltar la intención pues ésta es un elemento interno de la voluntad sin el cual no puede afirmarse que el acto ha sido querido por el autor.

Pero el dolo en esta materia de la responsabilidad civil consiste en una particular orientación de la voluntad hacia el resultado propuesto: se quiere el acto pero también se quiere una determinada consecuencia dañosa. Va de suyo que este concepto de dolo no es el que define el vicio de la voluntad (art. 931), pues en las hipótesis consideradas la voluntad no aparece viciada.

Sin embargo, el dolo en el incumplimiento contractual resulta patentizado toda vez que el deudor tiene la deliberada intención de no cumplir la obligación pudiendo hacerlo. Es esta la opinión mayoritaria en la doctrina ¹¹.

Salvat ¹², aisladamente, considera que el dolo contractual consiste en la deliberada inexecución con el propósito de causar daño al acreedor. Borda ¹³, a su vez, aunque participa del concepto de que el dolo contractual no supone intención de causar perjuicio, considera que no siendo una actitud ilícita, sus consecuencias en punto al deber resarcitorio no son distintas de la culpa. Cuando la intención del deudor incumpliente apunta a causar daño entonces aquel dolo aparece calificado por un matiz de ilicitud, al cual denomina malicia, que acarrea al deudor las mayores consecuencias establecidas en el art. 521 del Código Civil.

El dolo delictual no ofrece dificultades en cuanto a su caracterización pues el art. 1072 del Código Civil se refiere a él cuando dice que "el delito consiste en la ejecución del hecho a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro".

De allí entonces la diferencia entre el dolo contractual y el dolo extracontractual: en el primero el deudor es consciente de la inexecución pero le es indiferente el perjuicio que eventualmente se cause al acreedor; en el segundo se quiere la ejecución del acto ilícito y se quiere también el perjuicio que de ello resulte a la víctima.

¹¹ BUSSO, op. cit., t. III, art. 506, N° 30; LAFAILLE, op. cit., t. I, p. 167, N° 174; A. COLMO, *Obligaciones*, p. 79, N° 103; GALLI en SALVAT, *Obligaciones*, p. 126, N° 116; G. BORDA, *Obligaciones*, t. I, p. 17, N° 81; J. J. LLAMBIAS, *Obligaciones*, t. I, p. 167, N° 147.

¹² SALVAT, *Obligaciones*, t. I, p. 126, N° 116.

¹³ G. BORDA, op. loc. cit.

e) *Mora*

La mora es una situación de responsabilidad que supone un retardo en la ejecución de la prestación por parte del deudor, quien será pasible del daño moratorio que se le cause al acreedor cuando se hayan reunido todos los elementos de la responsabilidad civil y además la constitución en mora.

Según el sistema de constitución en mora adoptado por la reforma de la ley 17.711, esto es la mora "ex re" o automática (art. 509 del Cód. Civil) ella se produce por el solo vencimiento del plazo expresamente estipulado. Si el plazo fuere tácito será necesario interpelar al deudor.

En la responsabilidad extracontractual la constitución en mora del deudor no requiere interpelación en ningún caso, pues ella se produce todas las veces que su deuda se origine en un acto ilícito sea delito o cuasidelito¹⁴.

II. — DISTINCIONES QUE SE REFIEREN A LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Unificados la extensión del resarcimiento y la prescripción de la acción así como la responsabilidad por daño moral, subsisten las siguientes distinciones en los efectos:

a) *Atenuación de la responsabilidad*

Este es otro aspecto de la cuestión en que se advierten diferencias entre ambos órdenes de la responsabilidad. En efecto, a partir de la reforma de la ley 17.711 al art. 1069 del Código Civil, el resarcimiento en materia de cuasidelitos puede no ser integral, pues por equidad el juez puede atenuarlo considerando la situación patrimonial del deudor; facultad ésta que no es aplicable si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

¹⁴ Nota al art. 509 del C.C. Plenario de la Cámara Civ. (13/3/43), L.L. 29-704 y (16/12/58), L.L. 93-667.

En cuanto a la responsabilidad contractual no existe atenuación legal con excepción de los casos de responsabilidad objetiva contemplados en la ley 9688 en que la indemnización es tarifada.

También puede haber atenuación convencional que reduzca el monto del resarcimiento como en el supuesto de haberse pactado una cláusula penal cuyo monto sea inferior al perjuicio realmente sufrido por el acreedor o si se hubiere estipulado una cláusula de dispensa parcial de la culpa de modo que el daño resulte cuantitativamente reducido.

b) *Solidaridad*

Cuando el daño hubiere sido causado por varios coautores o copartícipes, sea el hecho un delito o un cuasidelito, la responsabilidad conjunta de aquellos es siempre solidaria. Así lo dispone el art. 1081 del C.C. en cuanto a los delitos y resulta también respecto a los cuasidelitos, conforme al agregado hecho por la ley 17.711 al art. 1109 del C.C., facultando en esos casos a quienes hubieran indemnizado una mayor parte que la que les corresponde a ejercer la acción de reintegro contra los demás, acción ésta vedada a los coautores de un delito. La solidaridad en el ámbito extracontractual existe siempre de fuente legal.

En el ámbito contractual, si fueren varios los deudores, la obligación es simplemente mancomunada y la deuda se divide entre los deudores (art. 691 del C.C.), pudiendo ser solidaria solamente en virtud del título constitutivo o por una disposición de la ley (art. 699 del C.C.).

La indemnización, que se paga en dinero, no es necesariamente solidaria entre los codeudores pues ello depende de que la obligación principal que no ha sido cumplida tuviese el carácter de solidaria. No habiendo disposición legal que establezca aquella solidaridad, ella sólo puede resultar de la convención de las partes acerca de la forma de pagarse la indemnización, o del carácter solidario de la obligación principal. Resulta así del principio de accesoriedad según el cual el carácter solidario de la obligación principal

se transmite a la obligación accesoria de los daños e intereses; principio éste del cual hace aplicación el art. 662 (C.C.) en relación a la cláusula penal.

III. — DIFERENCIAS QUE AFECTAN LOS DIVERSOS SECTORES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Llamamos sectores de la responsabilidad civil a aquellas áreas que se definen por los hechos de los cuales se debe responder. Es así que distinguimos el sector de la responsabilidad directa por el hecho personal o hecho propio, el sector de la responsabilidad indirecta por el hecho de las cosas y el sector de la responsabilidad indirecta por el hecho de otro o por el hecho ajeno.

a) *Responsabilidad por el hecho propio*

En este sector de la responsabilidad no cabe duda de que las diferencias son esenciales habida cuenta del principio según el cual cada uno debe responder de sus propios actos, ya se trate de un deudor incumpliente o de una persona cualquiera que ocasiona un perjuicio a otro con quien no tenía vínculo alguno.

Sin embargo, si nos atenemos a la conducta que se debe observar en la ejecución de una obligación particular o en la realización de los actos habituales de quien se conduce en el medio social en que vive, pueden señalarse diferencias que no dejan de tener relevancia. En efecto, en materia delictual el art. 1109 del Cód. Civil subordina en principio la responsabilidad a la exigencia de una culpa de la cual pueda derivar un daño a otro. La imputabilidad resultante de esa culpa no está concretamente referida a una específica obligación debida y por ello recién en presencia del hecho ilícito habrá de formarse un juicio de valor entre la conducta debida y la obrada. Por el contrario, en materia contractual el alcance de la obligación en cada caso particular está referido a la naturaleza de la prestación dentro de cada con-

trato. El juicio de valor que será necesario hacer para hallar la culpa del deudor que no ejecutó la prestación, estará entonces referido a un obrar posible en relación a los actos que aquél debió ejecutar para dar debido cumplimiento al deber contractual.

Esta referencia al contrato lleva consigo una gran diversidad en la apreciación del hecho personal generador de la responsabilidad, no solamente porque gracias al principio de la libertad contractual, las partes son libres de crear entre ellas toda clase de obligaciones con reserva de respetar el orden público y las buenas costumbres, y pueden variar a su gusto el contenido y el alcance de cada una de las obligaciones, sino también porque el legislador mismo ha previsto para los tipos de contratos más comunes, las obligaciones esenciales normalmente a cargo de cada uno de los contratantes.

La apreciación sobre la conducta del deudor se hace en función de criterios totalmente diferentes según que se busque establecer si ha cometido una culpa delictual o que se pretenda imputarle la inejecución de una obligación contractual.

b) *Responsabilidad por el hecho de otro*

En materia delictual esta responsabilidad está expresamente prevista en los casos del principal por el hecho del dependiente (art. 1113 del Cód. Civil, primera parte) donde funciona un factor objetivo de garantía. Pero también está prevista en los casos de responsabilidad de los padres, tutores y curadores por los hechos de quienes están sometidos a su autoridad (arts. 1114 y 1117 del Cód. Civil), aplicándose en tales casos el factor subjetivo de imputabilidad mediante el mecanismo de una presunción de culpa "juris tantum".

Respecto a la responsabilidad contractual también puede afirmarse que en ciertos supuestos, el deudor responde en igual medida que por su propia conducta, de los hechos de

sus representantes y auxiliares¹⁵. En esta materia no existen en nuestro derecho reglas generales, pero la cuestión ha sido contemplada en el Código Civil en situaciones particulares tales como la responsabilidad de los posaderos (arts. 1118 y 2230), de los transportistas (art. 1119, primera parte), del locatario (art. 1561) y el empresario en la locación de obra (art. 1631).

Los principios contenidos en dichas reglas particulares deben ser generalizados estableciéndose un sistema de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, según la intervención que el tercero ha tenido en la ejecución del contrato. Dado que esta responsabilidad se funda en el deber objetivo de garantía que tiene el deudor por el hecho de las personas que emplea lícitamente en el cumplimiento de la obligación, no puede liberarse probando que no hubo culpa de su parte en la elección o vigilancia del tercero encargado de la ejecución. Tiene sí una acción recursoria contra éste si incurrió en culpa o dolo¹⁶.

c) *Responsabilidad por el hecho de las cosas*

La responsabilidad por el hecho de las cosas en el sector extracontractual aparece bien definida en el art. 1113 del Cód. Civil después de la reforma de 1968. Por una parte está el daño que se causa con las cosas, enunciado en la primera parte del agregado introducido al original, que es en realidad un hecho del hombre que causa perjuicio con el empleo de una cosa que le sirve de instrumento y responde dócilmente a su voluntad. La responsabilidad en este supuesto cae dentro del sector del hecho propio y tiene como factor de imputabilidad la culpa presumida del dueño o guardián.

La segunda parte del agregado se refiere al hecho autónomo de la cosa, o sea a aquel perjuicio que la cosa misma ocasiona por su vicio o riesgo, independientemente de la ac-

¹⁵ E. B. BUSSO, *Código Civil Anotado*, t. III, p. 288, arts. 511 y 512, Nº 89.

¹⁶ J. BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*, p. 345, Nº 984-985.

ción humana cuya voluntad no puede impedir el resultado. La responsabilidad es del dueño o guardián y el factor de responsabilidad es objetivo, esto es el riesgo de la cosa, sin que importe la culpa de aquél cuya falta de culpa no puede ni siquiera invocarse para exonerarse de responsabilidad.

En materia contractual la cuestión no es tan clara y la responsabilidad por el hecho autónomo de la cosa es mucho menos definida.

En realidad la responsabilidad contractual del deudor está generalmente referida a su propio hecho en cuanto a la conducta comprometida en la prestación ya sea ésta de hacer, de dar o de no hacer.

Sin embargo puede inferirse una responsabilidad contractual por el perjuicio que las cosas pueden causar al acreedor, en dos hipótesis. En primer lugar en la regulación legal de los vicios ocultos donde además del perjuicio que representa para el adquirente la existencia de los vicios redhibitorios en la cosa enajenada, lo cual le da la acción a este último para dejar sin efecto el contrato, puede atribuirle también una acción para ser indemnizado de los demás daños y perjuicios sufridos, si hubiere optado por la rescisión, cuando el enajenante conocía o debía conocer los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no lo manifestó al comprador (art. 2176 del Cód. Civil).

La otra hipótesis no aparece expresamente consignada en los textos legales pero deriva de la obligación de seguridad a que están comprometidas las partes en los contratos obrando de buena fe en la ejecución de sus obligaciones (art. 1198 del C.C.). Esta es una obligación tácitamente incluida con carácter general y accesorio en ciertos contratos para preservar a las personas o las cosas de los contratantes contra los daños que pueden originarse en la ejecución del contrato ¹⁷.

La jurisprudencia ha encontrado esta obligación tácita en los contratos en cuya ejecución se emplean o se ponen a disposición de la otra parte, diversas cosas que individualmente o en su conjunto ponen en peligro la integridad

¹⁷ J. BUSTAMANTE ALSINA, op. cit., p. 338, Nº 959.

del otro contratante derivando de ello un perjuicio efectivo a su persona o bienes, independientemente del hecho personal de aquél. Tal es lo que ocurre en los contratos de espectáculos públicos, de práctica deportiva, de enseñanza, de hospitalización y de juegos de feria entre otros, ya sea la obligación de medios o de resultado.

Por lo dicho consideramos que aunque el sistema resarcitorio sea unificado en sus principales efectos, como la extensión del resarcimiento, la reparación del daño moral y la prescripción, siempre será necesario atender a la fuente contractual o extracontractual de la obligación de indemnizar para determinar otros efectos cuya unificación no puede hacerse porque sus particularidades están determinadas por el ámbito en que se despliega la responsabilidad según su fuente. No obstante ello la proyectada reforma significa una modernización de la legislación dentro de los límites en que la unificación es posible, evitándose la diversificación de los principales efectos que no tiene razonable justificación en nuestro derecho.



**LAS DEUDAS DINERARIAS Y DE INTERESES
EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN
LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL**

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Félix A. Trigo
Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública
del 14 de julio de 1988*

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

En esta sesión pública de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, que declaro abierta con honda satisfacción, el señor Académico de Número Dr. Félix A. Trigo Represas disertará sobre el tema “Las deudas de dinero y de intereses en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial”.

No haré —no cabe hacerla— la exposición detallada de los méritos del orador, profesor universitario y publicista de notorio prestigio, ex Decano de la Facultad de Derecho de La Plata, Conjuez de la Suprema Corte de la Provincia, Secretario Letrado de la Asesoría General de Gobierno y de la Fiscalía de Estado, y en el orden nacional del Ministerio de Educación y Justicia, etc., etc.

Su obra es por demás copiosa y difundida y por algo el Dr. Trigo Represas integra nuestra corporación, lo que exime de prolijos detalles.

Sólo quiero añadir, con referencia a su persona, que todos apreciamos su llaneza, su cordialidad, su contracción, su paciente y erudita labor que hace grato escucharle, sobre todo cuando el tema escogido —como en el caso acontec— es de los que concitan la atención y hasta la ansiedad de un calificado auditorio.

Le cedo, pues, esta prestigiosa tribuna íntimamente complacido y seguro de que gozaremos de una exposición medulosa a propósito de un asunto de palpitante interés y manifiesta actualidad.

LAS DEUDAS DINERARIAS Y DE INTERESES EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL

I

El Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, que a mediados del pasado año 1987 obtuviera media sanción de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, modifica cuatro de los nueve artículos que componen el Capítulo IV del Título VII, Sección 1^a del Libro II de nuestro Código Civil, dedicado a las "obligaciones de dar sumas de dinero". Cuantitativamente se trata, pues, de una reforma de consideración, ya que alcanza casi a la mitad de las preceptivas de dicho Capítulo, máxime si se tiene en cuenta que la primera de éstas, el art. 616, es una norma de reenvío a los capítulos precedentes. Otra cosa es que tal reforma comporte, parejamente, una innovación cualitativamente significativa; tema éste que habrá de constituir, precisamente, el objeto de nuestra exposición.

A manera de introducción, comenzaremos por recordar cuáles son las temáticas tratadas por nuestro Código Civil en punto a obligaciones dinerarias. Ante todo, por vía de la remisión del art. 616 a lo anteriormente establecido en el mismo Código respecto de las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles y de cantidades de cosas, se prevé: que la prestación nunca podrá llegar a ser de imposible cumplimiento, en razón de que "genus nunquam perit" —principio de los arts. 604 y 609—; que para la individualización de lo debido, las piezas monetarias deberán ser contadas por el acreedor o con su intervención —art. 604—; y

que si después de ello, el mismo deja la suma que se le adeuda en poder del obligado, esta situación habrá de regirse por lo dispuesto para el contrato de depósito —arts. 600, 603 y 2220 C.C.¹—. Se sienta luego como principio general la validez implícita de las obligaciones contraídas en moneda sin curso legal en el país, las que son consideradas como obligaciones de cantidad y podrán ser pagadas en la misma moneda estipulada, o en moneda nacional de curso legal —hoy “australes”—, según el cambio corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación —arts. 617, 607 y 608 C. C.—. Se establecen también algunas modalidades sobre el tiempo y lugar de pago, propias de este tipo de obligaciones —arts. 618 y 620—. Aspectos éstos, todos, que no son tocados por el proyecto de reforma y mantienen, por lo tanto, su plena vigencia. Además, nuestro C. C. confiere al deudor de toda obligación dineraria, una facultad de sustitución de la especie o calidad de moneda debida, por otras que tengan igualmente curso legal en el país, según el “cambio que corra en el lugar al día del vencimiento de la obligación” —art. 619—. Y, por último, se estatuye el régimen de los intereses, compensatorios y moratorios, que puede devengar una suma de dinero —arts. 621 a 624 C. C.—. Siendo estos dos últimos, precisamente, los rubros que, de una u otra forma, resultarían modificados con la sanción de la reforma proyectada.

II

El primero de los preceptos que se propone modificar es, pues, el art. 619 del C. Civil, constitutivo de la norma fundamental de nuestro régimen sobre obligaciones de dar sumas de dinero.

¹ ALBERTO D. SCHOO, *Obligaciones de dar sumas de dinero*, La Plata, 1943, p. 63; idem “adiciones” a ARTHUR NUSSBAUM, *Derecho monetario, nacional e internacional*, trad. Alberto D. Schoo, Bs. Aires, 1954, ed. Arayú, p. 203; FÉLIX A. TRIGO REPESAS, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2ª ed., La Plata, 1978, ed. Platense, p. 46, N° 35.

El mismo, según ya se señalara, se limita a establecer que: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación". Pero sus implicaciones y trascendencia van mucho más allá de lo que parece resultar, *prima facie*, de la lectura de ese texto.

Ante todo en esa norma se precisa, acertadamente, en qué consiste la prestación dineraria, cuyo objeto no recae propiamente en las piezas monetarias debidas, sino en el "valor" que ellas representan o encarnan; ya que sólo así se explica que el obligado pueda, a su exclusivo criterio, pagar con la especie de moneda nacional designada, o con otras que igualmente tengan curso legal en el país, siempre que, en definitiva, se entregue la misma cuantía de "valor" o poder adquisitivo comprometida. Y ello es así por cuanto el dinero carece en sí de importancia, y no se busca por sus cualidades físicas, y mucho menos el actual que consiste habitualmente en un trozo de papel en sí sin ninguna significación, sino por el "valor" en él implicado, que posibilita a su vez la adquisición por su intermedio de cualesquiera otros bienes —"*tertium permutationis*"—, dado que el precio de estos últimos se evalúa siempre en términos de moneda —"*tertium comparationis*"—. De ahí, en suma, que se haya sostenido que el objeto de la obligación pecuniaria es su valor cuantitativo, la cuantía de valor de los signos monetarios debidos, y que estos últimos sólo son los instrumentos o medios de pago de ese valor debido.

Además, según lo señalara el Dr. Risolía², en dicho art. 619, Vélez Sarsfield, especulando con una moneda metálica y estable, adoptó para nuestro Código Civil el principio nominalista sentado por el art. 1895 del C. C. francés, no obstante no sentir apego por el mismo; criterio éste que

² MARCO AURELIO RISOLÍA, *La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales*, Bs. As., 1960, Abeledo-Perrot, p. 58, Nº 35.

es compartido por buena parte de la doctrina —Bustamante Alsina, Atilio Aníbal Alterini, Acdeel Salas, Llambías, Banchio, Casiello, etc.³—, y por una abundante jurisprudencia, que considera que: “si la obligación... fuese de entregar una *suma* de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional” el deudor la cumple “dando la especie designada en la *suma debida*”. Lo expuesto, a mayor abundamiento, resulta además corroborado en las sucesivas leyes monetarias que dispusieron que los billetes emitidos por el Estado, tendrían curso legal por el “importe en ellos expresado” —arts. 38 de la ley 12.155; 25 del Decreto-ley 14.957/36 y ley 13.571; y 21 del Decreto-ley 13.126/57 y ley 20.539 (Cartas Orgánicas del Banco Central)—. Y conforme al principio nominalista, es bien sabido, las deudas de dinero deben satisfacerse austral por austral, peso por peso, etc., por el mismo importe nominal de la obligación, cualquiera fuese la variación del poder adquisitivo de la moneda sobrevenido entre la constitución y el cumplimiento de aquéllas; de forma que el pago será tal, aunque se entreguen billetes casi desprovistos de valor in-

3 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Deudas de dinero y deudas de valor. Alcance de la distinción y posibilidad de suprimirla*, en L.L. 149, p. 953 y ss., Nº III y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Bs. As., 1984, Abeledo-Perrot, ps. 130 y ss., Nº III; ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Imprudencia del reajuste de las deudas dinerarias*, en J.A. 29-1975, ps. 674 y ss., ap. II, Nº 3; ACDEEL E. SALAS, *Deudas dinerarias, nominalismo y mora*, en Rev. del Dcho. Comercial y de las Obligaciones, año 10, 1977, ps. 699 y ss., Nº 7; JORGE JOAQUÍN LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., 1970, Perrot, t. II, ps. 198 y ss., Nº 896; idem *Hacia la indexación de las deudas de dinero?*, en E.D. 63, p. 873, Nº IV; ENRIQUE CARLOS BANCHIO, *Obligaciones de valor*, Bs. As., 1965, Lerner, p. 74, Nº 21-a; JUAN JOSÉ CASIELLO, *Desvalorización monetaria*, Bs. As., Depalma, 1961, p. 32 y sig.; CSN 5-3-53, “Pacheco Santamarina de Bustillo c/Café Paulista”, L.L. 70-399 y J.A. 1953-III-91; Cám. Nac. Civ., Sala A, 6-7-72, “Inmobiliaria Brasilia c/Gorkin”, E.D. 47-182; id. 17-10-72, “Mas Roca c/Curakis”, E.D. 45-428; id. Sala B, 13-3-70, “Romain de Lyon c/Hayzus”, E.D. 32-407; id. Sala C, 30-5-75, “Galarza de la Cuesta c/Betesh”, E.D. 65-533, sum. 79; id. 11-9-74, “La Amistad c/Iriarte”, E.D. 58-131; id. Sala D, 30-8-73, “Las Acacias de Quilmes c/Winograd”, E.D. 51-374; id. Sala E, 2-5-75, “Mazzanti c/Bs. As. Building”, E.D. 65-534, Nº 85; id. Sala F, 12-6-73, “Vázquez c/Balarino”, E.D. 54-343; Cám. Nac. Com., Sala A, 25-4-69, “Copic c/Bresan”, E.D. 29-315; idem Sala B, 26-6-70, “Sada c/El Trabajo Cla. Seg.”, E.D. 34-170; idem Sala C, 11-10-68, “Golbert c/La Inmobiliaria”, E.D. 28-347; idem Sala D, 14-2-74, “Munic. Bs. As. c/ C. de Casabal”, E.D. 65-531, sum. 63; S.C.B.A., 26-11-74, “Gutiérrez y Orlando c/ Cla. Embotelladora Argentina”, E.D. 61-379; Cám. Rosario, Sala II, 13-11-59, “Bianchi de Sobré Urdaniz c/Rajchman”, Juris 15-260; etc.

trínseco, siempre que los mismos tengan poder cancelatorio. De todas maneras, tal entendimiento estuvo lejos de ser unánime, pudiendo mencionarse a destacados civilistas que podemos denominar "clásicos", como: Lafaille, Colmo, De Gásperi y Rezzónico⁴, y otros más recientes como: Morello y Tróccoli, Elías P. Guastavino, Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos, Aída Kemelmajer de Carlucci, Chiarononte, etc., así como el que habla⁵, quiénes interpretaron que el art. 619 del C. C., especialmente en su última parte, estaba "abriendo la brecha para determinar el valor de cambio real de la unidad monetaria al momento del cumplimiento de la obligación; y esto no significa otra cosa que ajustar su valor, según los distintos poderes adquisitivos de la misma, en orden a los momentos y las modificaciones producidos desde la constitución de la obligación hasta su posterior cumplimiento"⁶, o, lo que es lo mismo, repitiendo palabras de Alfredo Colmo, que "el valor que la suma debida tenía en el momento en que se contrajo, es un valor de *obligación* y no de *pago*", que al tiempo del cumplimiento se determinará por el poder adquisitivo o de cambio de la moneda⁷. Postura esta última que tampoco se ve afectada por la circunstancia de que monedas y bi-

⁴ ALFREDO COLMO, *Obligaciones en general*, 3ª ed., Bs. As., 1944, Kraft, p. 289 y ss., Nº 427-3; HÉCTOR LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1947, Ediar, t. II, ps. 153 y sig., Nos. 1046-47; LUIS DE GASPERI, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Depalma, 1946, t. II, p. 243 y sig.; LUIS MARÍA REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., Bs. As., 1961, Depalma, t. I, p. 439.

⁵ AUGUSTO M. MORELLO - ANTONIO A. TRÓCCOLI, *Indexación. Hacia una síntesis*, en J.A. 1976-IV, p. 378, p. IV-2; idem. *La revisión del contrato*, La Plata, 1977, ed. Platense, ps. 210 y ss.; ELÍAS P. GUASTAVINO, *Restituciones e indemnizaciones del heredero aparente. La petición de herencia ante la inestabilidad monetaria*, en J.A. 1964-IV, p. 170, Nº II; LUIS MOISSET DE ESPANÉS - RAMÓN DANIEL PIZARRO - CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, *Inflación y actualización monetaria*, Bs. As., 1981, ed. Universidad, ps. 87 y ss., parágr. 3-c); RAMÓN DANIEL PIZARRO - LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Las deudas dinerarias y su reactualización*, en J.A. 1977-II, ps. 823 y ss., Nº IV; AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones*, en J.A. 1976-IV, ps. 278 y ss.; JOSÉ P. CHIARONONTE, *Depreciación monetaria, sus causas y efectos frente a las obligaciones de dinero y de valor*, en L.L. 148, p. 296; TRIGO REPRESAS, ob. cit., ps. 58 y ss., Nº 37-d).

⁶ MORELLO-TRÓCCOLI, ob. cit., en J.A. 1976-IV, p. 378, ap. IV-2; id. *La revisión del contrato* cit., ps. 210 y ss.

⁷ COLMO, ob. cit., ps. 289 y ss., Nros. 427-428.

lletes circulen en el país por el importe en ellos expresado, ya que, como bien lo señalara Hirschberg, las leyes monetarias no tiene por fin regular la extensión de las obligaciones dinerarias⁸, lo que es en cambio sí materia de específica, exclusiva y excluyente incumbencia de las pertinentes normas del derecho de fondo.

Ahora bien, en el Proyecto de reformas de 1987, el art. 619 recibe ante todo una adecuada corrección gramatical, al suprimirse la coma que en el texto vigente aparece después de la expresión "especie designada". Con dicha salvedad, el texto actual pasaría a ser el primer párrafo del proyectado art. 619; propiciándose acto seguido la inclusión de un nuevo párrafo del siguiente tenor: "Ante el simple retardo del deudor el acreedor tendrá derecho a obtener la recomposición del valor de la suma adeudada en cuanto no se logre con los intereses que pudieren ser aplicables". Pensamos que si se habla de "*recomposición del valor de la suma adeudada*", desde un punto de vista puramente doctrinal queda descartada ya toda posible alusión al "valor nominal" del dinero y se está receptando la tesis de su "valor de cambio", conforme a la cual la obligación pecuniaria habrá de consistir en la cantidad de valor de las piezas monetarias a entregarse, mas atendiendo a su real poder adquisitivo de bienes y servicios en el momento de que se trate. Pero en esencia el agregado propuesto no hace más que recoger lo sostenido por una importante tendencia doctrinaria y jurisprudencial, sobre indexación o reajuste de las puras deudas dinerarias no cumplidas en tiempo propio, a tenor de la depreciación monetaria operada durante la mora del deudor.

En puridad, en el nuevo segundo parágrafo del art. 619, se resume en efecto la experiencia de nuestra doctrina judicial, durante casi medio siglo de convivencia con la inflación y con la consecuente depreciación o pérdida del poder adquisitivo de las sucesivas unidades monetarias que

⁸ ELIYAHU HIRSCHBERG, *El principio nominalista*, trad. Jorge Manuel Roimiser y Mónica G. Cohen de Roimiser, Bs. As., 1976, Depalma, p. 119, N° 10.

tuvo el país: pesos moneda nacional, pesos ley 18.188, pesos argentinos y por fin australes, orientada siempre a contrarrestar las inequitativas consecuencias a las que puede conducir, en ese marco inflacionario, la lisa y llana aplicación del principio nominalista, tenido como vigente en nuestro ordenamiento durante mucho tiempo. Así, primeramente se adoptó entre nosotros un distinguo oriundo de la doctrina germana —Nussbaum, Larenz, Boehmer, etc.⁹—, luego también receptado en Italia —Ascarelli, Messineo, Greco, Grassetti, Napoletano, etc.¹⁰—, y España —Puig Brutau, Hernández-Gil, Beltrán de Heredia y Castaño, etc.¹¹—, entre: obligaciones propiamente dinerarias, en las cuales se debe una cantidad de dinero, un “quantum”, de forma tal que el mismo constituye el objeto inmediato de la relación obligacional, y actúa “in obligatione” e “in solutione”: se deben tantos australes, y se paga precisamente la suma que se adeuda, configurándose así el “cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación” —art. 725 C. C.—; y “obligaciones de valor”, en las cuales lo debido es un “quid”, un valor abstracto constituido por bienes o por una utilidad, que luego habrá que medir y pagar en dinero, desde que éste es el común denominador

9 NUSSBAUM, ob. cit., p. 261; idem *Teoría jurídica del dinero*, trad. Luis Sancho Seral, Madrid, 1929, Libr. general de Victoriano Suárez, ps. 235 y ss.; KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Madrid, 1958, Revista de Derecho Privado, t. I, p. 138; GUSTAV BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, 1959, ed. Bosch.

10 TULLIO ASCARELLI, *Il debiti di valore*, en “Saggi giuridice”, Milano, 1949, Dott. A. Giuffré, ps. 347 y ss.; idem *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, Dott. A. Giuffré, ps. 43 y sig. y 63 y ss.; FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. S. Sentis Melendo, Bs. As., 1955, Ejea, t. IV, ps. 208 y sig., N.º 2-bis; PAOLO GRECO, *Debito pecuniario, debito de valore e svalutazione monetaria*, en Riv. de Diritto Commerciale e delle Obligazioni, 1947, 2ª parte, p. 103; CESARE GRASSETTI, *Debito di valore, debito di valuta e portata del principio nominalistico*, en Riv. de Dir. Commerciale e delle Obligazioni, 1936, 2ª parte, p. 303; VINCENZO NAPOLETANO, *La svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie*, en Riv. de Dir. Comm. e delle Obblig., 1949, 1ª parte, p. 329.

11 JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1959, ed. Bosch, t. I, vol. II, ps. 329 y ss.; ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, Maribel artes gráficas, t. I, ps. 201 y ss., N.º 70; J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, Rev. de Derecho Privado, ps. 228 y ss.

de todos los valores, con lo cual el mismo sólo entrará en el pago, "in solutione", mas no "in obligatione"; se pagará dinero pero no porque sea lo debido, sino como mero mecanismo para liquidar la obligación de "valor" —Bustamante Alsina, Elías P. Guastavino, Atilio A. Alterini, López Cabana, Llambías, Salas, Casiello, Brebbia, Banchio, Leonardo Colombo, Schoo, etc.¹²—. Consecuencia de tal diferenciación es, que la deuda de dinero, que tiene por objeto *una cantidad fija de moneda* cuyo valor está legalmente determinado conforme al patrón monetario, resulta insensible a las oscilaciones de su poder adquisitivo y debe satisfacerse con la misma cantidad nominal fijada originariamente; en tanto que la deuda de valor toma en cuenta tales variaciones, por cuanto *su objeto es un bien o utilidad inmodificable*, que habrá de medirse en los términos monetarios que correspondan al momento de la liquidación de la deuda; o sea, en suma, que de esta manera se sustrae a esta última de la aplicación del principio nominalista. Empero, la categoría de las deudas de valor, que estaba circunscripta en un principio a las indemnizaciones de los daños y perjuicios provenientes de hechos ilícitos, fue ensanchando paulatinamente su concepción, para ir dando

¹² BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. en L.L. 149, ps. 953 y ss., y en *Responsabilidad civil y otros estudios cit.*, ps. 130 y ss.; ELÍAS P. GUASTAVINO, *El derecho civil ante la inflación*, L.L. 116, ps. 1086 y ss., N° IX; ALTERINI, ob. cit. en J.A. 29-1975, ps. 674 y sig., Nros. 3-5; ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *La indexación de las deudas dinerarias. Estado actual y prospectiva*, en J.A. 1976-III, p. 788; ATILIO A. ALTERINI - ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *Soluciones jurídicas para el problema inflacionario (A propósito de la problemática actual de las obligaciones de dar dinero)*, en L.L. 1986-D, p. 984 y ss. y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil y otros estudios*, Bs. As., 1988, ed. La Ley, ps. 207 y ss.; LLAMBIAS, *Tratado de las obligaciones cit.*, t. II, ps. 178 y ss., N° 886; ACDEEL E. SALAS, *Época a la que debe establecerse el importe del daño causado por un hecho ilícito*, en J.A. 1955-I, p. 337; JUAN JOSÉ CASIELLO, *La deuda de valor*, en L.L. 104, ps. 957 y ss.; ROBERTO H. BREBBIA, *Algunos aspectos de la desvalorización monetaria sobre la obligación del resarcimiento*, en J.A. 1966-V, ps. 588 y ss.; BANCHIO, ob. cit., ps. 95 y ss.; LEONARDO A. COLOMBO, *La depreciación de la moneda y las deudas de dinero y las deudas de valor*, en Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, vol. 1, año 1968, ps. 162 y ss., N° 2; SCHOO, "adiciones" cit. al *Derecho monetario nacional e internacional* de NUSSBAUM, op. cit., p. 261, en nota; EDUARDO B. BUSSO, *Código civil anotado*, Bs. As., 1951, Ediar, t. IV, ps. 223 y sig., Nros. 109 y ss.; ver también: RISOLÍA, ob. cit., ps. 44 y ss., N° 27; TRIGO REPRESAS, ob. cit., ps. 64 y ss., Nros. 39 y ss.

cabida cada vez a mayor número de supuestos, con el correlativo achicamiento del número de las obligaciones puramente dinerarias¹³; pese a lo cual siempre quedó un residuo de éstas, sometido al rigor del nominalismo. Por ello, finalmente se pasó a lo que se dio en llamar la "indexación" de las deudas dinerarias, o sea a la posibilidad de reajustar a valores actuales las puras obligaciones de este tipo, de forma que el acreedor pudiese obtener una cantidad de dinero que, aunque numéricamente superior, correspondiese en el momento del pago a la posibilidad adquisitiva histórica que tuvo la suma adeudada al constituirse la obligación. No obstante, en general nuestra doctrina y jurisprudencia no avanzaron conceptualmente hasta esos extremos, sino que cuando se habló de "indexación de las deudas dinerarias" se apuntó a una hipótesis mucho más estrecha y modesta: la de actualización o reajuste de una obligación dineraria no cumplida en tiempo propio por el obligado, teniéndose en cuenta la depreciación de la moneda producida durante el lapso de mora del mismo; tal lo resuelto por nuestra Corte Suprema el 23 de setiembre de 1976, en los autos "Vieytes de Fernández c/Provincia de Buenos Aires"^{13 bis}, en sendos plenarios de la Cámara Nacional en lo Comercial, del 13 de abril de 1977¹⁴ y de la Cámara Nacional en lo Civil, del 9 de setiembre de 1977, in re "La Amistad c/Iriarte"¹⁵, como así también por la Suprema Corte de Buenos Aires —31 de agosto de 1977, "Mas c/Noli"¹⁶— y numerosos tribunales inferiores del país¹⁷; e igualmente lo declarado en algunos congre-

¹³ Sobre esto puede verse la excelente reseña de ATILIO A. ALTERINI y ROBERTO M. LÓPEZ CABANA en su *Soluciones jurídicas para el problema inflacionario*, cit. en L.L. 1986-D, ps. 987 y ss., y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil y otros estudios* cit., ps. 211 y ss., Nros. 4-5; TRIGO REPRESAS, ob. cit., ps. 73 y ss., Nros. 42 a 72.

^{13 bis} C.S.N., 23-9-76, en L.L. 1976-D-341, J.A. 1976-IV-368 y E.D. 69-186.

¹⁴ Cám. Nac. Comercial en pleno, 13-4-77, L.L. 1977-B-186, J.A. 1977-II-338 y E.D. 72-566.

¹⁵ Cám. Nac. Civil en pleno, 9-9-77, L.L. 1977-D-1, J.A. 1977-IV-1 y E.D. 74-463.

¹⁶ S.C.B.A., 31-8-77, J.A. 1977-III-457, E.D. 73-606 y D.J.B.A. 111-213.

¹⁷ Cám. 1ª C.C. La Plata, Sala I, 29-6-76, "Prieri y Cia. c/Curto de Lofeudo", E.D. 67-532; id. Sala III, 27-5-76, "Baruch c/Rodenas", E.D. 67-491;

tos científicos, como las “Jornadas sobre indexación en el derecho argentino y comparado”, cumplidas en Rosario en setiembre de 1976, y las “Segundas Jornadas Rioplatenses de derecho”, celebradas en Punta del Este en el mes de abril de 1977.

Y este último es, precisamente, el criterio a la postre adoptado en el Proyecto de reformas de 1987, en el segundo párrafo que se propone incorporar al art. 619 del C. Civil. Sin embargo, según se anticipara, dicha solución no es completa, ya que margina a los supuestos, tan comunes en el cotidiano comercio de la vida, de las obligaciones de “duración”, cuyo cumplimiento transcurre, se prolonga o distribuye en el tiempo, sea en forma continuada, o ininterrumpida, sea en forma periódica o “cuotizada”, en la que se alternan temporalmente actos de cumplimiento integrativos de un pago total, con lapsos en los que no existe ninguna conducta a realizarse por el obligado; e igualmente de las obligaciones cuya exigibilidad aparece diferida por la existencia de un plazo suspensivo —doctrina de los arts. 566, 569, 571 y concordantes del C. Civil—; respecto de las cuales también sucederá que, mediando inflación y depreciación monetaria, aun cuando el deudor cumpla puntualmente su prestación, el pago resultará igualmente menguado en su real poder adquisitivo. Por ello es que ya tiempo atrás se sostuvo entre nosotros la necesidad de la supresión del distingo antes referido entre obligaciones de dinero y de valor, y del reconocimiento de la depreciación monetaria y del reajuste del valor en todo tipo de obligaciones, postura defendida entre otros por: José Domingo Ray, Morello y Troccoli, Moisset de Españés-Pizarro y Vallespinos, Mosset Iturraspe, Chiaromonte, Condorelli, las Dras. Kemelmajer de Carlucci y Mariani de Vidal, el que habla, etc.¹⁸; encontrándose inclusive fun-

Cám. 2ª C.C. La Plata, Sala I, 27-5-76, “Delmar SACEI c/Adamo”, Rev. Fides, julio-agosto 1976, Nros. 59-60, p. 589; Cám. 1ª C.C. Bahía Blanca, 23-12-76, “Org. Gama c/Bimi”, E.D. 73-634; Cám. Ap. Rosario, Sala II, 25-10-76, “Etarco SRL c/Rodríguez Roth”, rev. Zeus del 22-11-76, p. 1; etc.

¹⁸ JOSÉ DOMINGO RAY, *Obligaciones de valor y de dinero*, en L.L.

damento para esa doctrina, en el mismo principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, amparado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, atento que, como acertadamente lo expusiera el Dr. Bidart Campos en un trabajo aparecido en el tomo 72 de "El Derecho"¹⁹, cuando la propiedad recae sobre dinero, está protegida "no sólo su cantidad nominal estampada en el billete o en la moneda, sino su valor real, su naturaleza representativa, su poder de adquisición y de cambio", "pagar de acuerdo al principio nominalista es pagar menos, es hacer un pago insuficiente, es no entregar lo mismo que dio el acreedor... Una cantidad de igual valor nominal puede no ser la misma suma debida: a la propiedad del acreedor le falta una parte. Y esta parte es la que la Constitución tutela y defiende"; añadiendo que la indexación no debe limitarse al supuesto de mora, sino que también corresponde en las deudas en curso de pago y las deudas de pago en plazo, "por la misma razón constitucional de lesión a la propiedad".

Por otra parte, a mayor abundamiento, nuestra Corte Suprema ya ha aceptado este entendimiento amplio, en sendos pronunciamientos posteriores a la media sanción, por parte de la Honorable Cámara de Diputados, del aludido Proyecto de reformas de 1987; ya que, en efecto, con fecha 1º y 22 de setiembre de 1987, en los autos: "Williams c/Banco Hipotecario Nacional" y "Sánchez Santamaría c/

1975-B, ps. 1136 y ss., ap. XI y ss.; MORELLO-TRÓCCOLI, ob. cit. en J.A. 1976-IV, ps. 376 y ss., y *La revisión del contrato* cit., ps. 204 y ss.; MOISSET DE ESPANÉS - PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., ps. 113 y ss., parágr. 5; PIZARRO - MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit. en J.A. 1977-II, ps. 819 y ss.; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., 1971, Ediar, t. I, p. 275 y sig., Nros. 105-4; JOSÉ PEDRO CHIAROMONTE, ob. cit. en L.L. 148, p. 304, Nº IV; id. *Depreciación monetaria* en L.L. 1975-A, p. 1161; id. *La reparación de siniestros y su efectivo valor-reajuste por depreciación monetaria*, en L.L. 149, p. 177, Nº III; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit. en J.A. 1976-IV, ps. 276 y ss.; MARINA MARIANI DE VIDAL, *Deudas de valor, deudas de dinero y desvalorización monetaria*, en L.L. 148, p. 187, letra B in fine y nota 26; EPIFANIO JOSÉ LUIS CONDORELLI, *Pautas de indexación en la ley de locaciones urbanas*, en J.A. 1976-IV, p. 643 y nota 32; id. *Régimen procesal de la indexación*, La Plata, 1978, ed. Platense, ps. 37 y ss., Nº I; TRIGO REPRESAS, ob. cit., ps. 153 y ss., Nº 73.

¹⁹ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La indexación de las deudas dinerarias como principio constitucional*, en E.D. 72, ps. 697 y ss., especialmente Nº 8.

Gobierno Nacional”²⁰, ese tribunal resolvió que: “El reconocimiento del reajuste monetario deriva de la variación del valor de la moneda (que) *se da con independencia de la situación de mora*, doctrina ésta que se funda en la inviolabilidad de la propiedad garantizada por el art. 17 de la Constitución Nacional”, como así: “que por iguales argumentos no resulta idóneo para fundar lo decidido lo atinente a la falta de mora, culpa o dolo... , el reconocimiento de la depreciación monetaria sobreviniente a la fecha de pago... no traduce la creación de una nueva prestación... *No se trata de devolver un monto mayor sino únicamente de mantener constante el valor adquisitivo real de los importes*” adeudados; algo que, curiosamente, ya había sido resuelto varios años antes, en 1982, por un tribunal de provincia: la Cámara de Apelación de Concepción del Uruguay, sala Civil Comercial²¹. O sea que, en rigor, la proyectada reforma al art. 619 del C. Civil ya ha sido superada en la práctica por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, al admitir, medie o no retardo o mora del deudor, la actualización de todas las obligaciones dinerarias cuyo cumplimiento dure o se difiera en el tiempo, cuando interín la moneda se deprecia, ya que de lo contrario el pago resultaría disminuido en su verdadero “poder adquisitivo”, y porque, consecuentemente, el reajuste del valor nominal —como lo destaca Bustamante Alsina²²— “no hace a la deuda más onerosa sino que sirve para mantener su valor real”.

III

La segunda norma del Capítulo que nos ocupa, que el Proyecto pretende reformar, es el art. 621 del C. Civil, en el cual se conserva el texto actualmente vigente como primer apartado, incorporándosele como segundo párrafo

²⁰ C.S.N., 1-9-87, J.A. 1987-IV-201; id. 22-9-87, J.A. 1987-IV-227.

²¹ Cám. Ap. Concepción del Uruguay, Sala Civ. Com., 16-3-82, “F., C. A. c/G., A. y C.”, J.A. 1983-IV-298.

²² JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Algunas acotaciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial*, en L.L. 1987-E, p. 866.

el texto de lo que hoy en día constituye el art. 624. Se trataría, en suma, de una mera modificación metodológica, cuya presumible finalidad parece ser la de posibilitar luego la utilización del así vacante artículo 624, para la inclusión de una nueva preceptiva de la que habremos de ocuparnos más adelante; pero sin que se altere para nada la redacción, sentido y hermenéutica de los actuales artículos 621 y 624 del C. Civil.

Lo dicho significa que se mantiene la legalidad del pacto de intereses, —“la obligación puede llevar intereses” (art. 621)—, ya que éstos constituyen los “frutos civiles” a producir por un capital —art. 2424 in-fine C. Civil—, como contraprestación por su uso o goce concedido a otro y correlativamente por la privación de su utilización por parte de su propietario —art. 2330 C. Civil²³—; como así también la libertad de contratación de la “tasa” de los mismos, ya que “son válidos los que se hubiesen convenido entre acreedor y deudor” —art. 621 citado—.

Y tampoco se modifica lo relativo a la extinción de la obligación de pagar intereses, por el hecho de percibir el acreedor el capital sin formular reserva por aquéllos, que hoy prevé el art. 624 del C. Civil. Pero sin embargo, quizá pueda observarse en esta parte al Proyecto de reforma el no haber aprovechado la oportunidad de lograr un mejor esclarecimiento del sentido del actual art. 624 del C. C. y del proyectado segundo párrafo del art. 621.

En efecto, si bien dicho texto parece terminante: “el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, *extingue* la obligación del deudor respecto de ellos”, habiendo sido literalmente interpretado por doctrina y jurisprudencia, como que el mismo establece un medio propio, autónomo, de extinción de la deuda de intereses —Colmo, Salvat-Galli, Lafaille, Busso, Boffi Boggero, Rezónico, Cazeaux, etc.—²⁴; en los últimos tiempos se han

²³ LUDWIG ENNECCERUS - HEINRICH LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, 1947, ed. Bosch, v. I, p. 53, parágr. 8-I.

²⁴ COLMO, ob. cit., p. 301, Nº 438; RAYMUNDO M. SALVAT - ENRI-

venido manifestando algunas divergencias. Primero fue una jurisprudencia que descartó la aplicabilidad del art. 624 del C. Civil, cuando existía una condena judicial firme al pago de intereses²⁵, o si éstos formaban parte integrante de un resarcimiento de daños y perjuicios²⁶; lo cual luego condujo a que se sostuviera por Alterini, Ameal y López Cabana, y algún pronunciamiento, que dicha norma sólo rige para los pagos extrajudiciales²⁷; y finalmente hoy se tiende a considerar, por una doctrina judicial más flexible, que incluye fallos de las Salas en lo Civil y Comercial de la Cámara Nacional Federal, y de algunas Salas tanto de la Cámara Nacional en lo Civil, como de su igual en lo Comercial, que aquel precepto únicamente establece una presunción "iuris tantum", que por lo tanto no funciona cuando, pese al silencio del acreedor al percibir el capital, de los antecedentes del caso se infiere con claridad su voluntad de no renunciar al cobro de los intereses²⁸, la cual acoge la posición sus-

QUE V. GALLI, *Derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Bs. As., 1952, Tea, t. I, ps. 451 y ss., Nros. 510 a 510-d; LAFAILLE, ob. cit., t. II, ps. 168 y sig., N° 1063; BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 334, N° 4; LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1975, ed. Astrea, t. 3, p. 407, parágr. 1019; REZZÓNICO, ob. cit. t. I, p. 460; PEDRO N. CAZEAUX, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., La Plata, 1975, ed. Platense, t. I, p. 830. Ver fallos cits. en ACDEEL E. SALAS, *Código civil anotado*, 2ª ed., Bs. As., 1956, Depalma, t. I, p. 328, art. 624, letra C), notas 4 y 5.

²⁵ Cám. Nac. Civil, Sala A, 16-9-64, "Ross de Parr c/Denevi", L.L. 115-764; idem Sala D, 1-7-74, "Ernst c/Masri", L.L. 156-816 (31.688-S); id. Sala F, 23-3-65, "Hermida de D. c/Rozenek", L.L. 119-988 (12.354-S); Cám. Nacional Comercial, Sala A, 9-6-67, "Piai c/Palena", E.D. 19-64 y L.L. 128-962 (15.924-S); Cám. Nac. Fed., Sala 1ª Civ. Com., 6-9-74, "Iofik c/Gob. Nac.", L.L. 1975-A-469.

²⁶ Cám. Nac. Civil, Sala F, 12-3-64, "Deis c/Gob. Nac.", L.L. 114-375.

²⁷ ATILIO A. ALTERINI - OSCAR J. AMEAL - R. M. LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, Bs. As., 1975, Abeledo-Perrot, t. I, p. 136, N° 291-2) y t. II, p. 128, N° 1116; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 28-5-82, "Enta Ind. y Com. SRL c/Química Arg. Houghton", E.D. 100-307.

²⁸ Cám. Nac. Federal, Sala I Civ. Com., 30-11-78, "Picciafuoco c/E.F.E.A.", L.L. 1979-B-255; idem Sala II Civ. Com., 7-7-80, "Hidrosur SA c/YPF", L.L. 1981-A-235; id. 6-7-79, "Dir. Nac. Recaudación Previsional c/Casa Notam SA", L.L. 1979-D-315; Cám. Nac. Civil, Sala A, 16-9-64, "Ross de Parr c/Denevi", L.L. 115-764; idem Sala B, 27-8-85, "Mazzagalli c/Russo", J.A. 1986-II-537; id. 17-3-83, "Storani de Bertini c/Boccardo de Bertini", E.D. 107-628; idem Sala E, 25-4-83, "Fachinsky c/Masoli", L.L. 1983-D-381; id. 6-5-83, "Betes", L.L. 1983-C-542; idem Sala G, 28-5-82, "Banco del Sud SA c/Arrigó", E.D. 100-172; Cám. Nacional Comercial, Sala C, 28-5-84, "Álvarez SA c/Luminaire SRL", L.L. 1984-C-565; idem Sala E, 10-8-83, "Conen SA c/Excelsior Química S.A.", E.D. 107-201 y J.A. 1984-1-159; etc.

tentada por Borda y Llambías²⁹, para quiénes tal comprensión es la que permite arribar a una solución más justa. Paralelamente también se había venido resolviendo, especialmente por la Sala E de la Cám. Nac. en lo Comercial, que en materia mercantil dicha presunción debía interpretarse en forma restrictiva³⁰.

Así, en orden a lo precedentemente expuesto, de compartirse el criterio de que el art. 624 instituye un medio específico de extinción de los intereses, quizá habría bastado para que quedase reafirmado ese carácter, con añadirle un párrafo que dijese: "sin admitirse prueba en contrario"; en tanto que de preferirse la otra solución, se le habría podido dar cabida en el nuevo texto en proyecto, con un agregado del siguiente tenor: "salvo prueba en contrario".

IV

Otro tema motivo de reforma es el relativo al anatocismo. El Proyecto lo encara partiendo de un punto de vista totalmente opuesto al de nuestro C. Civil, que en su art. 623 erige su prohibición como principio general: "No se deben intereses de los intereses"; mientras que, por el contrario, el nuevo texto proyectado para dicha normativa establece que: "se deben intereses sobre intereses", aunque luego se precise, limitativamente, cuando ello será así.

Sin embargo, pese a tal, prima facie, rotunda diferenciación conceptual, las consecuencias prácticas de tal reforma no parecen ser, en definitiva, tan trascendentes.

En efecto, pese a su categórico rechazo de la capitalización de los intereses, el propio Código Civil la admite acto

²⁹ GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed., Bs. As., 1983, Perrot, t. I, p. 412, Nº 498; LLAMBÍAS, *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. II, p. 256, Nº 942.

³⁰ Cám. Nac. Com., Sala E, 4-3-86, "De Caroli Hnos. y Cía. SA c/Borgward Arg. SA", L.L. 1986-D-632; id. 28-8-85, "Cammarata c/La Defensa SA Cía. Seg.", L.L. 1987-A-669 (37.543-S); id. 31-7-84, "Papelería Berazategui c/Heymann Arg.", E.D. 111-423; id. 21-12-83, "Diamint SA c/Massey Ferguson Arg.", L.L. 1984-C-214; etc.

seguido en las dos hipótesis contempladas en el mismo art. 623: cuando media un convenio de partes, posterior al devengamiento de los intereses, que autoriza su acumulación al capital originario, para que sumados produzcan nuevos réditos; y cuando la deuda liquidada judicialmente, con inclusión del rubro de intereses, luego de intimado su pago también por vía judicial, no fuese satisfecha por el obligado. Pero además, el anatocismo está permitido en las cuentas corrientes mercantil —art. 788 del Código de Comercio— y bancaria —art. 795 del mismo Código—, y asimismo el art. 569 del Cód. de Comercio admite en el mutuo mercantil la capitalización de intereses, cuando media demanda judicial y se adeudan “a lo menos por un año”³¹. Igualmente la doctrina fue encontrando algunos supuestos en los que estrictamente no habría capitalización de intereses, pese a que la suma debida productora de rentas se integrase, entre otros rubros, con uno correspondiente a intereses devengados con anterioridad; tal como sucede cuando es un tercero quien satisface una deuda comprensiva de capital e intereses, y luego reclama del verdadero obligado la totalidad de lo por él pagado, con más los nuevos intereses sobre dicho importe hasta el momento del reintegro, como ocurre con el mandatario que paga de su propio peculio una deuda de su mandante —arts. 1949 y 1950 C. Civil—, o si en similar situación el pago lo efectuó un gestor de negocios —art. 2298 C. C.—, o cuando el fiador abona la deuda afianzada con más sus intereses —art. 2030 C. C.—. Para Galli también podría repetirse todo lo pagado, con más sus intereses desde que se lo hizo, por parte de quien hubiera efectuado un pago indebido por concepto de capital e intereses³². E inclusive en el caso de obligaciones garantizadas con hipoteca y pagaderas mediante servicios preestablecidos, cuyo monto incluía la amortización proporcional de capital e intereses, buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia admitió

³¹ ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. II, p. 128, N° 1114; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 24-9-80, “Rfo Cuarto SA c/Continental SA”, L.L. 1981-B-94.

³² GALLI en SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, p. 448, N° 506 in fine.

que sobre aquellos importes se pudiesen aplicar a su vez intereses punitivos, en los supuestos de demora en el pago³³. Igualmente el rigorismo del principio del art. 623 de nuestro C. C., se había ido atenuando a tenor de las exigencias de la realidad de nuestro mercado económico-financiero; y así por ejemplo la Sala D de la Cám. Nac. en lo Comercial, con fecha 31 de marzo de 1978, en autos "Conservas vegetales S.R.L. c/Chebaia e hijos y Cía.", resolvió que para arribar al interés real anual, una vez informado por el Banco el interés nominal, de ser éste inferior al año deberían capitalizarse dichos intereses hasta completarlo, extrayéndose de ese modo el interés efectivo anual, lo cual no importaba incursionar en la figura del anatocismo³⁴; la Sala B, con cita de otros precedentes de las Salas D y E, decidió el 12 de junio de 1987, *in re* "Argenfé S. A. c/Tosello", que procede la capitalización de intereses cuando se ha condenado al pago de réditos bancarios³⁵; y a mayor abundamiento, se ha sostenido entre nosotros por Francisco Eduardo Trusso, en una nota publicada en el tomo 1979-C de La Ley, que: "El mismo Estado al aceptar la indexación ha dado un golpe mortal a la prohibición de capitalizar intereses, pues en el cálculo de toda actualización asoma el principio del interés compuesto", a lo cual agrega que: "en situaciones como las que vive nuestro país de una inflación que supera lo previsible, el no capitalizar los intereses representa un enriquecimiento sin causa en favor del deudor moroso, que cuanto más se atrase en el pago verá bajar su tasa de interés efectiva"³⁶.

A su turno, si bien en el Proyecto de reformas se acepta

33 SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, p. 448, Nº 507; COLMO, ob. cit., ps. 299 y sig., Nº 436-a; LAFAILLE, ob. cit., t. II, ps. 167 y sig., Nº 1062; BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 328 y sig., Nros. 37 a 43; LLAMBIAS, *Tratado...* cit., t. II, p. 249 y sig., Nº 934; jurisprudencia cit. por SALAS, *Cód. civ. anot. cit.*, t. I, p. 327, art. 623, Nº 2. En contra: BORDA, ob. cit., t. I, p. 410 y sig., Nº 497; CAZEAUX, ob. cit., t. I, p. 837.

34 Cám. Nac. Com., Sala D, 31-3-78, L.L. 1979-A-195.

35 Cám. Nac. Com., Sala B, 12-6-87, J.A. 1987-IV-33, con citas de: Sala D, 24-3-87, "Banco Intercambio Regional SA c/Appemar Sape" y Sala E, 17-11-86, "Banco de Crédito Rural Arg. c/Gatti".

36 FRANCISCO EDUARDO TRUSSO, *Entrando en terreno prohibido: indexación y anatocismo*, en L.L. 1979-C, p. 1080.

a priori la legitimidad del anatocismo, tampoco se lo hace en forma irrestricta, sino circunscribiéndolo a los casos expresamente contemplados en el nuevo texto propiciado para el art. 623; ya que precisamente se establece que se deben intereses sobre intereses, “si” concurre alguno de los supuestos mencionados a continuación en el mismo, de forma tal que el vocablo “si” utilizado, funciona como conjunción que denota una condición o suposición, en virtud de la cual un concepto depende de otro u otros³⁷. Y dichos supuestos son básicamente los mismos del vigente art. 623 del C. Civil, aunque con algún reacomodamiento, y asimismo todos “los demás casos previstos por este Código” —inc. 3 del art. 623 del Proyecto.

Así, según el inciso 1) del reformado art. 623, se deberán intereses sobre intereses, si “se ha convenido la acumulación de los intereses al capital”; lo cual se corresponde con la primera parte del texto actual de dicho artículo, que alude a la “obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos (los intereses) al capital”. Aunque sin embargo no puede dejarse de señalar que, en la nueva redacción propuesta, ya no se exige que el convenio de acumulación de intereses al capital sea temporalmente ulterior a la producción de los primeros; lo cual, sumado a la aceptación “in genere” del anatocismo, permite concluir que en el sistema del Proyecto resultaría perfectamente factible convenir por anticipado futuras capitalizaciones de intereses todavía no devengados, lo que quizá pueda ser más adecuado, según se dice en las “notas explicativas” que acompañan al Proyecto, “a la realidad negocial contemporánea”, y máxime si se tiene en cuenta la unificación del régimen de las obligaciones civiles y comerciales a que allí se apunta.

En lo que hace al inciso 2) del art. 623 del Proyecto, aunque también vinculado con la parte final del texto actual de dicha preceptiva, igualmente aparece una variante

³⁷ Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 20ª ed., Madrid, 1984, t. II, p. 1242.

digna de consideración, ya que establece para los casos de demanda judicial por cobro de sumas de dinero, que: "La acumulación de los intereses al capital *ocurrirá en la fecha de interposición de la demanda*", y no como sucede con ajuste a la norma en vigor, recién después de producida la mora en el pago que había sido intimado judicialmente, de un importe liquidado y previamente aprobado por el órgano jurisdiccional. Con ese nuevo enfoque entonces, todos los intereses corridos antes de la iniciación del juicio y también durante su tramitación, juntamente con el capital reclamado, podrán producir nuevos intereses desde el día de promoción de la litis y hasta el momento de su efectivo pago; lo cual habrá de significar, sin duda, una considerable agravación de la situación del deudor, pero fundada en indiscutibles razones de equidad y justicia. Además, dicha solución guarda coherencia con algo que ya se viene resolviendo por nuestros tribunales, en el sentido de que el cobro de una suma de dinero correspondiente a intereses impagos devengados por un capital ya cancelado con anterioridad, también debe producir a su vez, en caso de mora, nuevos intereses capitalizables al momento de la interposición de la demanda; tal lo resuelto, entre otros, por la Corte Suprema el 2 de marzo de 1982, en los autos "Viannini c/ Obras Sanitarias de la Nación", un plenario de la Cámara Nacional Federal del 29 de junio de 1978, in re "M. B. M. c/ Dirección de Parques Nacionales" y separadamente algunos fallos de distintas Salas de este Tribunal, como asimismo algunas de las Salas —A, D, E— de la Cámara Nacional en lo Comercial³⁸.

³⁸ C.S.N., 2-3-82, L.L. 1982-C-82; Cám. Fed. en pleno, 29-6-78, L.L. 1978-C-556; Cám. Nac. Fed., Sala I^a, Cont-administrativa, 23-10-84, "Méndez c/Banco Central", E.D. 111-593; id. 21-5-81, "Sotma SA c/EFEA", E.D. 95-214 y J.A. 1982-I-10; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 5-11-86, "Alven SRL c/Dirtra SA", L.L. 1987-B-422; id. 24-5-85, "Cía. Importadora de Aceros SA c/Ingeniería Auténtica SRL", E.D. 115-367 y L.L. 1986-A-634 (37.133-S); idem Sala D, 30-8-83, "Establec. Klockner SA c/Felipe Nicolase e hijos", cit. por RICARDO AUGUSTO NISSEN, *Obligaciones. Jurisprudencia comercial*, en L.L. 1985-C-670; sum. 29; idem Sala E, 10-3-87, "Codipa SA c/Gratica Marconi SA", L.L. 1987-D-138; id. 24-5-84, "Siam SA c/Airolimax SRL", L.L. 1985-A-263; etc.

Por último, en el nuevo texto proyectado para el art. 624, se da cabida a una nueva disposición del siguiente tenor: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 953, los jueces podrán reducir los intereses adeudados por personas físicas cuando excedan en tal medida el costo habitual del dinero en los mercados financieros para deudores y operaciones similares que deba considerarse que su estipulación constituyó un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor". Como fundamentación del mismo, en las "notas explicativas" del Proyecto se señala: "que la acumulación de los intereses al capital es sólo uno de los métodos posibles que pueden conducir a un interés o costo del préstamo final inadmisibles", razón por la cual: "En lugar de atacar a uno de estos métodos la reforma prefiere dirigirse, tratándose de personas físicas, directamente a tal resultado final cualquiera sea la técnica empleada, y de allí lo dispuesto por el artículo 624"³⁹.

Pero en realidad nuestra doctrina y jurisprudencia ya se habían pronunciado, tiempo ha, en favor de la reducción judicial de los intereses considerados excesivos o "usurarios". En efecto, superada una primera etapa que se prolongó más o menos hasta el año 1920, durante la cual se admitió la libre fijación de la tasa del interés por las partes, con estricto ajuste a lo preceptuado en el art. 621 del C. Civil, y después la subsiguiente, en la que, por el contrario, se dispuso la anulación de los pactos de intereses con tasas muy elevadas, por entenderse que eran contrarios a la moral y buenas costumbres —arts. 502 y 953 del C. Civil—; finalmente comenzó a prevalecer la orientación defendida por Enrique V. Galli y Eduardo B. Busso, en el sentido de que lo violatorio de la moral y buenas costumbres no era el convenio de intereses en sí, sino el exceso por sobre el límite de una tasa ordinaria y razonable, conforme a la cual

³⁹ *Proyecto de Código Civil*, nueva ed. según texto aprobado por la Hon. Cám. de Diputados de la Nación, Bs. As., 1987, Astrea, p. 41.

lo único susceptible de ser alcanzado por la sanción de invalidez, sería la proporción del interés que superase el margen lícito compatible con la moral y buenas costumbres, criterio que conduce en suma a la reducción de la tasa a sus justos límites⁴⁰. O sea que el mismo objetivo que se persigue en el proyectado art. 624, también puede ser logrado, y de hecho se obtiene, en la actualidad, por invocación de lo dispuesto en el art. 953 del C. Civil, mencionado en el propio texto en proyecto, y sus concordantes arts. 21, 502, 530, etc., del mismo cuerpo legal; e inclusive, después de la reforma del decreto-ley 17.711, también, más concretamente, por vía de lo establecido en el art. 954 segundo apartado, que permite demandar "la nulidad o *modificación* de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación", tal como lo han sostenido entre otros Rodolfo B. Rotman, Pedro N. Cazeaux y Oscar J. Ameal y se resuelve en algunos fallos⁴¹. Empero, sin ninguna duda, la inclusión de una norma que expresamente recepte el criterio jurisprudencial y doctrinario ya referido, de ninguna manera podría ser tenida como sobreabundante; por lo que, en principio, estamos de acuerdo con esta reforma en consideración. Por otra parte, algo similar hizo la reforma del año 1968, con el agregado introducido al artículo 656 del C. Civil, sobre parecida atribución de aminoración de las penas de monto des-

⁴⁰ SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, p. 427, Nº 483-f; BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 288, Nº 168; REZZÓNICO, ob. cit., t. I, p. 435, nota 57; LAFAILLE, ob. cit., t. II, p. 162 y sig., Nº 1059 y nota 203; LLAMBIAS, *Tratado...* cit., t. II, p. 242, Nº 928; BORDA, ob. cit., t. I, p. 403, Nº 492; BOFFI BOGGERO, ob. cit., t. 3, p. 393, parágr. 1005; LUIS DE GASPERI - AUGUSTO M. MORELLO, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., 1964, Tea, t. II, p. 636, nota 7-a, voz "Usura"; SALAS, *Cód. civ. anot. cit.*, t. I, p. 319, art. 621, Nº 2-A y fallos cits. en notas 1 a 3.

⁴¹ CAZEAUX, ob. cit., t. I, p. 814; OSCAR J. AMEAL en AUGUSTO C. BELLUSCIO - EDUARDO A. ZANNONI, *Código civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Bs. As., 1981, Astrea, t. 3, p. 122, parágr. 11-b); Cám. Civ. Com. Morón, Sala 2ª, 26-9-85, "Rodríguez c/Cía. Financiera Tesel SA", J.A. 1986-III-487; Cám. Ap. Dolores, 23-5-72, "Garibay c/El Arco SCA", E.D. 42-654; RODOLFO B. ROTMAN, *La fórmula "moral y buenas costumbres" y la tasa del interés*, en L.L. 110, ps. 683 y ss.

proporcionado con la falta sancionada; el que, al igual que la norma ahora proyectada, también toma en cuenta que ello configure o constituya “un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.

Sin perjuicio de lo que antecede, pensamos en cambio que resulta poco feliz que la preceptiva en proyecto quede circunscripta en su aplicación a sólo “los intereses adeudados por personas físicas”. En efecto, ello, en cuanto vendría a crear dos regímenes distintos para las personas de existencia visible y las personas jurídicas, a priori aparece en contradicción con el principio de la igualdad ante la ley, amparado por el art. 16 de la Constitución Nacional; dado que tanto unas como otras son “personas”, es decir “entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones” —artículos 30 y ss. y concordantes del C. Civil—, y máxime si se advierte que en definitiva siempre existen personas físicas o seres humanos, detrás de la fachada de las personas de existencia ideal, por cuanto el derecho no se da sino entre hombres⁴². Por otra parte, tampoco parece razón suficiente de la solución propugnada, lo expuesto al respecto en las “notas explicativas” del Proyecto, en donde se pretende justificar la exclusión de las personas jurídicas como una “cuestión de política general” (pues), no se “quiere debilitar el principio del ‘pacta sunt servanda’”, y porque las “nuevas modalidades del préstamo, como aquéllas en las que el prestamista asume el ‘riesgo del proyecto’, hacen muy difícil determinar cual es la tasa ‘justa’ o ‘no usuraria’ de interés”⁴³. A todo lo cual se puede contestar que en todo caso se debilita el principio del “pacta sunt servanda” con relación a las personas físicas, como así que la obligatoriedad del contrato —art. 1197 del C. Civil—, ya ha sufrido

⁴² MANUEL ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., 1974, Cooperadora de Derecho y Cs. Sociales, t. II, p. 8, N° 997; JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., Bs. As., 1978, Perrot, t. I, ps. 250 y sig., N° 322; LÉON MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris, 1906, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, t. I, ps. 112 y sig., N° 52; HANS KELSEN, *La teoría pura del derecho*, trad. de la edición en francés de Neuchatel, 1953, por Moisés Nilve, Bs. As., 1979, Eudeba, p. 169.

⁴³ *Proyecto de C. Civil cit.*, ps. 40-41.

desde la reforma del decreto-ley 17.711, dos importantes restricciones, con la posibilidad de su revisión y modificación judicial en los supuestos de "lesión" —art. 954— y de "excesiva onerosidad sobreviniente" —art. 1198—⁴⁴; como igualmente, que lo referido a las dificultades actuales para la determinación de cual es la tasa "justa" o "no usuraria", no guarda, ni tiene por que guardar, necesaria vinculación con el hecho de que el prestatario deudor de los intereses sea una persona de existencia visible o una jurídica; ya que existen seres humanos que por su solvencia, sólida situación económica, riquezas u otras circunstancias, pueden ser considerados como deudores respecto de los cuales no pueda pensarse que hubiesen podido ser víctimas de un abusivo aprovechamiento, en tanto que a la inversa, con relación a las asociaciones y fundaciones —art. 33, segundo apartado, inc. 1) del C. Civil—, su sola finalidad primordial de "bien común", bien podría constituir suficiente justificativo para, en ciertos casos, acordar una eventual reducción de intereses excesivos.

En lo que atañe a las condiciones de aplicación de la norma proyectada, puede señalarse que en la misma parece haberse preferido un criterio puramente objetivo, ya que la pauta para posibilitarse la reducción judicial de los intereses, es la de que éstos "*excedan en tal medida el costo habitual del dinero en los mercados financieros para deudores y operadores...*", lo que de por sí apareja como consecuencia: "que deba considerarse que por su estipulación constituyó un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor". Y siendo esto así, debemos concluir que el texto proyectado se aparta en buena medida, o toma distancia, de la hipótesis de "lesión" legislada en los apartados segundo y siguientes del art. 954 del C. Civil. Este último en efecto, para un importante sector de la doctrina —Moisset de Espanés, Mosset Iturraspe, Llambías, Zago, Rivera, Baglini

⁴⁴ MARCO A. RISOLIA, *La noción clásica y la evolución contemporánea del contrato*, en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales", Segunda época, año XXIV, Nº 17; PEDRO N. CAZEAUX - FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., La Plata, 1987, ed. Platense, t. I, p. 74, Nº 38-b)-1.

y también el que habla ⁴⁵—, una tendencia jurisprudencial que todavía puede considerarse mayoritaria ⁴⁶ y las recomendaciones de algunos encuentros científicos, como las “Quintas Jornadas de Derecho Civil” de Rosario en setiembre de 1971 y las “Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de De-

⁴⁵ LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el nuevo art. 954 del código civil*, Córdoba, 1976, ed. Univ. Nac. de Córdoba, ps. 99 y ss.; JORGE MOSSET ITURRASPE, *La presunción de explotación en la lesión subjetivo-objetiva*, en J.A. 5-1970, p. 686; JORGE MOSSET ITURRASPE - LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Contratación inmobiliaria*, Bs. As., 1980, Hammurabi, ps. 125 y sig., N° 4; JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Trat. de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 342, N° 1475 bis; idem *Código civil anotado*, Bs. As., 1979, Abeledo-Perrot, t. II-B, p. 109, Nros. 4 a 9; JORGE ALBERTO ZAGO, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, Bs. As., 1981, ed. Universidad, ps. 191 y sig., N° 7; JULIO CÉSAR RIVERA, *Lesión*, en “Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda”, Bs. As., 1985, ed. La Ley, p. 324, N° 11 y ps. 331 y sig., N° 15; ELÍAS BAGLINI en el *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, “Actas”, Córdoba, 1971, ed. Univ. Nac. de Córdoba, t. II, p. 681; TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 250, N° 98-b); id. *Caracterización de la lesión en nuestro derecho privado positivo*, en “Anales” de la Fac. de Cs. Jur. y Soc. de la Un. Nacional de La Plata, 1980, t. XXIX, ps. 22 y sig., N° IV-3.

⁴⁶ Cam. Nac. Civil, Sala A, 16-4-85, “Varela c/Sosa”, L.L. 1985-C-487; idem, sala B. 22-4-82, “Fontana c/Muñoz”, J.A. 1983-I-602; id. 14-4-81, “C.S.”, E.D. 94-750; id. 22-8-80, “Peralta c/ Gil de la Serna”, L. L. 1981-B-550 (35.842-S); idem Sala D, 4-8-86, “Aduco S.A. c/Mizrahi”, L.L. 1987-A-621 y J.A. 1987-II-535; id. 23-4-82, “Muñoz c/ Gutiérrez”, E.D. 100-373; id. 29-5-81, “Del Caño c/ Vita S.A.”, E.D. 95-441 y J.A. 1982-I-125; idem Sala E, 8-6-82, “Galli Matienzo c/ Matienzo”, J.A. 1983-I-636; id. 17-4-84, “Acín c/ Fernández”, E.D. 110-162 y J.A. 1984-III-728; idem Sala F, 4-7-86, “Mulasaño c/ Edificadora Sarraycam”, J.A. 1987-III-551; id. 12-11-81, “Lombardi c/ Becco”, E.D. 99-484; Cam. Nac. Comercial, Sala C, 16-11-87, “Goldman c/Banco Río de La Plata”, L.L. 1987-B-332; idem Sala D, 30-3-84, “Dymensztein c/ Poj Levin”, L.L. 1985-C-637 (36.843-S); idem Sala E, 17-11-86, “Doce Agis c/ Alvarez”, L.L. 1987-A-633; S.C.B.A., 4-11-80, “Croce de Medinelli c/ Medinelli de Ganzero”, D.J.B.A. 120-77; Cam. 2ª C.C. La Plata, Sala 1ª, 14-8-79, “Lazzarini c/ García Cortina”, E.D. 87-551; idem Sala III, 20-4-82, “Cohen Salam c/ Marelli de Soler”, D.J.B.A. 123-309; Cam. 1ª C.C. Bahía Blanca, Sala 1ª, 8-7-80, “Correa de Merino c/Brun”, D.J.B.A. 120-233; id. 25-6-74, “Becchio c/ Alzogaray”, E.D. 57-449; Cam. 1ª Mar del Plata, Sala IIª, 28-12-72, “Aguerre c/ Durruty”, J.A. Reseñas 1973, p. 153, sum. 145; idem Sala IIIª, 16-8-83, “Fernández c/Edificadora Montecarlo”, Zeus v. 36, Jurisp., fallo 5641; Cam. Civ. Com. Junín, 14-10-76, “Ojeda c/ Ojeda”, E.D. 74-346 y J.A. 1977-I-468; Cam. Ap. Civ. Com. Trenque Lauquen, 18-12-86, “Sandoval c/ Alemany”, L.L. 1987-C-101; Cam. 1ª Civ. Com. Tucumán, 30-9-80, “Ason c/ Paz”, J.A. 1981-II-729; id. 28-2-78, “Schilman c/ Fracchia”, J.A. 1978-IV-378; Cam. Civ. Com. Rosario, Sala II, 15-4-85, “Baresse c/ Ríos”, Juris 76-172; Cam. Concepción del Uruguay, 9-11-84, “Barrera de Alarcón c/Perovich”, Zeus 38-Jurisp., fallo 5867; id. 11-9-79, “Liber de Urquiza c/ Scelzi”, Zeus 22-Jurisp.-28; Cam. Civ. Com. Mercedes, Sala II, 23-3-82, “C.L. c/ G., A.H.”, E.D. 99-255 y D.J.B.A. 123-13; Cam. Ap. Civ. Com. Paraná, Sala II, 31-10-79, “Lares c/ Sanzherro”, Zeus 20-Jurisp.-158; Cam. 2ª Civ. Com. y Minería San Juan, 16-9-80, “Robledo de Moreno c/ Zaragoza”, J.A. 1981-I-48; etc.

recho Civil" 47, requiere la prueba por parte de la presunta víctima de uno de sus elementos subjetivos: el de su estado de inferioridad, por necesidad, inexperiencia o negligencia, dado que la notable desproporción de las prestaciones —elemento objetivo—, sólo presumiría la existencia del otro requisito subjetivo: la explotación de aquella situación de inferioridad por parte del beneficiario del acto. Empero, para otra corriente igualmente significativa de la doctrina —Bustamante Alsina, Borda, Araux Castex, Carranza, Cifuentes, López de Zavallia, Garrido y Andorno, Zannoni, Spota, Smith, Raffo Benegas y Sassot, Di Cío, Pérez Delgado, etc. 48, y la primera interpretación jurisprudencial del texto del art. 954, a la que ahora están volviendo algunos tribunales 49, la pre-

47 Ver: ROQUE F. GARRIDO - LUIS O. ANDORNO, *La lesión y el art. 954 del C. Civil* (Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de derecho civil"), en Zeus v. 9, Doctr., ps. 13 y ss. y en "Banco de Datos del Derecho Civil", Rosario, ed. Zeus, 1983, t. II, p. 1328.

48 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *La presunción legal en la lesión subjetiva* (art. 954 del C.C.) en L.L. 1982-D, ps. 35 y sig.; GUILLERMO A. BORDA, *Reforma del C. Civil. Lesión*, en E.D. 29 ps. 729 y ss., Nº III; id. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 6ª ed., Bs. As., 1976, Perrot, t. II, ps. 340 y sig., Nº 1171-7; ARAUZ CASTEX, ob. cit., t. II, ps. 385 y sig., Nros. 1836-1837; JORGE A. CARRANZA, *El vicio de lesión en la reforma del C. Civil*, en E.D. 26, p. 840; SANTOS CIFUENTES, *El negocio jurídico*, Bs. As., 1986, ed. Astrea, p. 486, paragr. 253; FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., 1975, ed. Víctor P. de Zavallia, p. 405, Nº V-4; GARRIDO Y ANDORNO, ob. cit. en Zeus v. 9, Doctr., ps. 13 y ss. y en "Banco de Datos"... cit., t. II, p. 1329; EDUARDO A. ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Bs. As., 1986, ed. Astrea, ps. 331 y ss., paragr. 18; id. en BELLUSCIO-ZANNONI, ob. cit., t. 4, ps. 372 y sig., paragr. 17; ALBERTO G. SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Bs. As. 1974, Depalma, t. II, p. 365, Nº 345; id. *Sobre las reformas al C. Civil*, Bs. As., 1969, Depalma, p. 10; JUAN CARLOS SMITH, *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*, en L.L. 130, p. 1028, cap. IX; PATRICIO RAFFO BENEGAS - RAFAEL A. SASSOT, *La lesión*, en J.A. Doctrina 1970, p. 802; ALBERTO A. DI CÍO, *La lesión subjetiva en el art. 954 del Código Civil*, en E.D. 40 p. 708 y sig., Nº VI; JORGE PEREZ DELGADO, *La lesión y las circunstancias sobrevinientes del acto*, en Revista Notarial, Nº 766, p. 944.

49 Cám. Nac. Civil, Sala A, 14-8-85., "Otero de Gómez c/Gómez", J.A., 1986-II-128; idem Sala B, 21-5-76, "Capillo", E.D. 70-338; idem Sala C, 30-6-86, "Romero c/ Wolosengzuk", L.L. 1987-A-254 y J.A. 1987-III, Índice p. 82, voz "Lesión Subjetiva", sum. 1; id. 8-10-81, "Vieites c/ Llauró", L.L. 1982-D-33; idem Sala E, 20-12-76, "Sgro. c/Bello de Sgro.", E.D. 73-690; idem Sala F, 27-11-79, "Winograd c/ Winograd", L.L. 1980-B-497; id. 6-7-77, "Gallo c/ Cavallieri", E.D. 79-215; id. 9-3-71, "Vigiani de Vigiani c/ Butelli", J.A. 11-1971, p. 248; Cam. Nac. Paz, Sala III, 4-9-70, "Comercial Financiera Garfran SCA c/ Molina", J. A. 9-1971-184; S.G.B.A., 4-4-78, "Ojeda c/ Ojeda", E.D. 82-642 y D.J.B.A. 114-255; id. 13-12-77, "De Mario c/ Della Croce", D.J.B.A. 114-99, sum. 153; Cam. Civ. Com. Rosario,

sunción resultante de la existencia de notable desproporción entre las prestaciones, no sólo habrá de alcanzar al hecho de la explotación, sino también a la situación de inferioridad del damnificado, fusionándose así en uno solo, esos dos distintos elementos subjetivos del acto lesivo.

La norma proyectada se ha inclinado, indudablemente, por la última de esas soluciones, y de ahí que conforme a la misma habrá de bastar la mera acreditación de un dato objetivo de la realidad: el hecho de que los intereses convenidos superen a los de plaza en forma excesiva, exagerada o notable, para que se tenga por probado igualmente el abusivo aprovechamiento, por parte del prestamista, de la situación del obligado.

De esta forma, además de su valor específico en el caso concreto contemplado, el nuevo art. 624 proyectado, de ser sancionado como ley, bien podría llegar a revestir valor como una suerte de interpretación legislativa o auténtica, para la hipótesis genérica de "lesión" del art. 954 del C. Civil; la cual, desde entonces debería ser entendida de la misma manera que el supuesto de los "intereses lesivos", con lo que vendría a resultar suficiente la prueba de la "notable desproporción de las prestaciones", para que se presuma la explotación por el beneficiario de una situación de necesidad, ligereza o inexperiencia en la que se encontraba la otra parte.

VI

Para concluir queremos decir que, pese a que la reforma proyectada a las disposiciones del Capítulo sobre "Obligaciones de dar sumas de dinero" de nuestro C. Civil, resulta en definitiva más importante cuantitativa que cuali-

Sala I^a, 16-8-82, "Carrasco c/ Sachetto, Bruno y otro", L.L. 1984-B-309; Cam. Civ. Concepción, Sala A, 16-12-80, "B., A.E. c/ G., E.", Supl. Pcial. L.L. 1981-398; Cam. 4^a, Córdoba, 23-12-71, "Cattáneo de Montaña c/ Occi S.A." J.A. 15-1972-701; C.S. Tucumán 16-8-77, "Córdoba c/ Aguirre", J.A. 1978-I-647; Sup. Trib. Chubut, Sala I, 9-10-73, "Lajanti Rossi de Sawa c/ Arce", E.D. 56-555; Cam. Nac. Civil, Sala D, 14-7-77, "Capeta de Ouri c/ Ouri", E.D. 74-276 y J.A. 1979-I-752.

tativamente, tampoco se puede desconocer la trascendencia sustancial que reviste la misma, por cuanto: 1) significa desplazar, sin lugar a dudas, de nuestro régimen sobre la materia, al principio nominalista, para dar cabida al del "valor de cambio" o "poder adquisitivo" de la moneda; 2) importa la aceptación en términos generales de la validez del anatocismo, o capitalización de intereses, quizá como un dato de nuestra realidad actual económico-financiera, con todas sus posibles implicancias; y 3) introduce como norma de derecho escrito, la facultad judicial de reducción de los "intereses lesivos", adoptando para ello un criterio objetivo de apreciación: la constatación de la notable o exagerada excedencia de la tasa de interés pactada, por sobre "el costo habitual del dinero en los mercados financieros". Asimismo deseamos señalar que, con las salvedades apuntadas en el curso de esta exposición, estamos de acuerdo con estas reformas propiciadas.

EL TERRORISMO Y EL DERECHO MARÍTIMO
(El caso del “Achille Lauro”)

Trabajo sobre la base del cual el académico Dr. José Domingo Ray expuso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 15 de septiembre de 1988

EL TURISMO Y EL DERECHO MARÍTIMO

(El caso del "Achille Lauro")

I

EL TERRORISMO

1 *Declaración de la Academia*

Esta Academia, en el curso del año 1986, incluyó en su plan de trabajo el estudio del terrorismo internacional y los medios para reprimirlo.

La tarea culminó emitiendo una declaración que condena los métodos utilizados, la toma de rehenes y el asesinato de personas inocentes. Se destacaba que una causa como la lucha por la libre determinación de los pueblos y la independencia no legitima por sí misma el uso de ciertas formas de violencia, especialmente si se la ejerce contra personas inocentes que son las primeras en sufrir las consecuencias de los actos de terrorismo y quienes deben ser protegidas por la comunidad internacional.

La declaración concluía señalando que "cada Estado Miembro de esa Comunidad debía detener, encauzar y castigar a los autores de actos terroristas o conceder su extradición a los Estados en que se substancia el proceso y exhortando a los tres poderes del Gobierno Nacional a respaldar, en sus respectivas órbitas, todos y cada uno de los esfuerzos que la comunidad internacional reclama para combatir el flagelo de nuestro tiempo".

El lema de la declaración era concluyente: "No debe haber refugio seguro para los terroristas"¹.

¹ Ver: "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,

2. *El terrorismo contemporáneo*

En el curso de la historia han existido múltiples episodios y formas de terrorismo, pero el que se presenta en esta segunda parte del siglo es inédito.

Los movimientos terroristas a veces invocan causas más o menos justas, pero nunca esas causas pueden justificar —en manera alguna— los medios que ellos emplean. El fin no justifica ciertos medios y, por sobre todo, los que repugnan a los más elementales principios de humanidad.

Según Antonio Cassese, profesor de Derecho y Relaciones Internacionales del Instituto Universitario Europeo, con sede en Florencia², un estudioso americano dice que entre 1936 y 1981 se propusieron 109 definiciones diversas de terrorismo y, según Cassese, “acción terrorista internacional es cualquier acción violenta dirigida contra personas inocentes, con la finalidad de imponer a los Estados o a otros sujetos internacionales líneas de conducta que éstos no habrían adoptado espontáneamente”³.

Se han enumerado cinco factores que estimulan el terrorismo:

- a) La creciente polarización en el mundo económico entre países pobres y ricos;
- b) el fanatismo de las religiones que lleva al desprecio por la vida humana;
- c) la voluntad de las organizaciones extremistas de conseguir sus fines mediante el uso de la fuerza;
- d) la posibilidad, diríamos la influencia, de algunos go-

año 1986 y *La Declaración de la Academia de Derecho sobre el terrorismo internacional* por FEDERICO VIDELA ESCALADA en Revista “El Derecho”, 16 de enero de 1987.

² Ver ANTONIO CASSESE, *Il caso “Achille Lauro”*, Roma, octubre 1987.

³ Según FEDERICO VIDELA ESCALADA, el terrorismo consiste en un accionar planificado de grupos que utilizan la violencia como medio para desorganizar, desintegrar y, en definitiva, dominar a las sociedades políticas en que actúan. Ver FEDERICO VIDELA ESCALADA, *Nuevos esfuerzos por defender la Aviación Internacional de los ataques del terrorismo: Trabajos de la O.A.C.I. en 1986*, en Revista “El Derecho”, 8/7/87.

biernos que respaldan las organizaciones terroristas, proveyéndolas de dinero, entrenamiento, asilo o refugio;

- e) la facilidad con que esas organizaciones obtienen armas y explosivos y la posibilidad para trasladarse en pocas horas alrededor del mundo⁴.

Podemos agregar a esos factores la tecnología moderna, en cuanto las armas tienen una potencialidad de daño muy grande y los medios masivos de comunicación facilitan la propaganda y la difusión de los actos terroristas.

Es menester una acción mancomunada de los Estados para combatir el terrorismo y en este sentido los organismos internacionales se han esmerado para elaborar instrumentos jurídicos incriminando los tipos delictivos y configurando las obligaciones de los Estados para prevenir los mismos y sancionar a los terroristas.

3. *El terrorismo en el derecho aeronáutico*

Si bien el terrorismo internacional se ha desarrollado en los más variados lugares y ha afectado a personas de distintos Estados y a bienes de distinta naturaleza, esa acción se ha manifestado con intensidad en el campo de la aeronáutica contra aeronaves y, en menor escala, contra los aeropuertos.

Prescindiendo de las medidas preventivas y yendo a las represivas, el terrorismo en el campo del derecho aeronáutico nos lleva a la mención de tres Convenios, el de Tokio de 1963, el de La Haya de 1970 (ratificado por ley 19.793) y el de Montreal de 1971 (ratificado por ley 20.411) estos dos sobre apoderamientos ilícitos de aeronaves o tentativas de hacerlo.

El último de estos convenios, suscripto en Montreal el

⁴ Ver B. A. H. PARRIT, Brigadier, Director Asistente del International Maritime Bureau, *Maritime Terrorism and the Law*, en "Lloyd's Maritime and Commercial Law", en febrero de 1987, p. 18.

23 de septiembre de 1971, se titula "Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la Aviación Civil" y tipifica las distintas hipótesis del delito, establece la obligación de los Estados de sancionarlos con penas severas, determina jurisdicciones concurrentes y los casos en que debe concederse la extradición ⁵.

En el derecho aeronáutico se continúa con la labor y así se ha proyectado un "Protocolo Adicional al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la Aviación Civil" (Montreal, 1971) sobre represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación internacional ⁶ y se están considerando los casos de interferencia de aeronaves en vuelo (art. 3º bis de la Convención de Chicago)⁷.

II

EL CASO DEL "ACHILLE LAURO"

En el campo del derecho marítimo, sin perjuicio de los numerosos casos de piratería y de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación que se pueden mencionar, el que

⁵ Ver FEDERICO VIDELA ESCALADA, *El terrorismo y el Derecho Aeronáutico Internacional*. "Anales" de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires (Segunda Época, Nº 24).

⁶ Ver OSCAR FERNÁNDEZ BRITAL, *Represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos internacionales*, en Revista "El Derecho", 22/1/88.

⁷ La Asamblea de la O.A.C.I. (Montreal, 1986) recomendó a los Estados la ratificación del Protocolo de Enmienda al Convenio de Chicago, al que le agregaría un artículo 3º bis (abstención del uso de armas contra aeronaves civiles). Ver ley 23.399 ratificando el Protocolo aprobado en la Asamblea de O.A.C.I. por unanimidad en 1984. También en la agenda del Comité Jurídico de la O.A.C.I. se incluyó la preparación de un proyecto de convenio sobre intercepción de aeronaves. Esta tarea recién deberá realizarse después de entrar en vigencia la modificación del Convenio de Chicago, agregándole el artículo 3º bis.

Ver FEDERICO VIDELA ESCALADA, *El Protocolo que agrega al Convenio de Chicago de 1944 un nuevo artículo el 3º bis*, en Revista "El Derecho", t. 124 (1987), p. 960. (Ratificación de la soberanía sobre el espacio aéreo y preeminencia del derecho a la vida.)

tuvo mayor repercusión y determinó que Naciones Unidas recurriera a la Organización Marítima Internacional para que estudiara el problema, fue el caso del "Achille Lauro".

El tema es de actualidad porque bajo el título de "Tragedia en el Egeo" leímos, en el diario "La Nación" del 12 de julio próximo pasado, que el buque "City of Poros" —que realizaba un crucero por las islas griegas, con 471 pasajeros— fue atacado por hombres enmascarados quienes, con ametralladoras y granadas, mataron a 9 personas e hirieron a 78.

El apoderamiento del buque de bandera italiana "Achille Lauro" frente a las costas de Egipto conmovió al mundo y los acontecimientos posteriores plantearon un conjunto de problemas jurídicos que mencionaremos después de sintetizar las circunstancias del caso.

Ante todo, debemos señalar que las circunstancias de hecho las hemos tomado del libro titulado "El caso Achille Lauro" del profesor Cassese citado precedentemente (libro que nos hizo llegar la Dra. Martha Oliveros, Ministro de la Embajada Argentina en Austria y quien el año próximo pasado expuso en nuestro Instituto sobre los preliminares del Proyecto que luego se convirtió en la Convención a que más adelante nos referimos). No nos fue fácil desentrañar esas circunstancias porque los hechos no se presentaron con claridad y el autor las vinculó a las justificaciones invocadas y a las reacciones de los gobiernos de los Estados que estuvieron involucrados⁸.

Por razones de buen orden consideramos conveniente exponer primero los hechos y, luego, referirnos a esas reacciones.

⁸ Ver op. cit. en nota 2, p. 21. El autor deja constancia de que ha tenido en cuenta una profusa bibliografía sobre el tema; más de 20 trabajos y para el esclarecimiento de los hechos ha utilizado documentos inéditos que no eran fáciles de obtener, como ser los intercambiados entre los gobiernos.

1. *Hechos*

Los hechos ocurrieron en la semana del lunes 7 al sábado 12 de octubre de 1985.

a) El día lunes 7, poco después de mediodía (13 horas 15 minutos), 4 guerrilleros pertenecientes al Frente para la Liberación Palestina (F.L.P.) se apoderaron del transatlántico, a unas 10 millas de la costa egipcia, mientras navegaba de Alejandría a Port Said.

A bordo había unos 200 turistas porque la mayoría habían desembarcado por la mañana en Alejandría para realizar una visita a las Pirámides y a la tarde debían reembarcarse en Port Said.

b) Los guerrilleros amenazaron con matar al pasaje si las autoridades de Israel no liberaban a 50 palestinos que este Gobierno había detenido y transmitieron su mensaje por la radio costera de Gotemburgo (Suecia).

c) Tres horas más tarde (16 horas), los terroristas ordenaron al capitán del buque, Gerardo De Rosa, que pusiera proa al puerto de Tartous, en Siria, pero el Gobierno de Damasco denegó el permiso requerido para atracar en el mismo.

d) Ante ese fracaso, los guerrilleros decidieron dirigirse a Libia, cuyo Gobierno también les negó el acceso y —entonces— decidieron regresar a Port Said.

Simultáneamente un tal Abul Abbas, emisario del líder de la Organización para la Liberación Palestina (O.L.P.), Yasser Arafat, viajó a Egipto e inició las negociaciones para llegar a una solución transaccional.

e) El día miércoles 9 de octubre, después de los dos intentos de atracar en los puertos de Siria y Libia, el Achille Lauro llegó a las siete y media de la mañana a Port Said y ese mismo día, a las 15 horas, el Ministro de Relaciones Exteriores de Egipto, juntamente con los embajadores de Italia y de la República Federal de Alemania, llegaron a un acuerdo que daba una solución al conflicto. Los Embajadores de EE.UU. y de Inglaterra se negaron a suscribirlo.

Por ese acuerdo, el Gobierno de Egipto se comprometió a no ejercitar acción penal alguna contra los guerrilleros y a no acceder a la extradición que pudiera requerírsele; por el contrario, les acordaría un salvoconducto para viajar a un país que, luego, se supo era Túnez. En función de ese convenio, los guerrilleros abandonaron el barco y los pasajeros quedaron en libertad.

2. *Los sucesos a bordo del buque*

Cabe preguntarse: ¿qué había ocurrido a bordo durante esos dos días y medio?

Cuando los guerrilleros se apoderaron del buque, amenazaron de muerte al pasaje y lo obligaron a descender en fila india del comedor al salón central. Rociaron con kerosene el lugar y dijeron que lo incendiarían al primer signo de reacción del pasaje. A su vez, discriminaron entre los turistas a los nacionales judíos y estadounidenses y culminó la presión que ejercían al asesinar a uno de éstos, el ciudadano estadounidense y judío, León Klinghoffer, que se encontraba en una silla de ruedas y a quien arrojaron por la borda.

Si bien el jefe de los guerrilleros había anunciado la muerte de dos pasajeros, para obtener una respuesta favorable de Israel, se suponía que era una amenaza verbal que no se había concretado.

3. *La intercepción aérea*

Después del acuerdo formalizado el día miércoles, al día siguiente, jueves 10 (22 horas), un Boeing partió para Túnez, con funcionarios y 10 guardias egipcios, con los cuatro guerrilleros y con los dos dirigentes palestinos intervinientes en las negociaciones, uno de ellos el ya mencionado Abul Abbas.

El avión no llegó a Túnez porque el Gobierno de este país, después de haberle dado permiso para aterrizar, cambió de parecer y le rehusó autorización para entrar en el espacio aéreo tunecino.

Entonces, después de haber fracasado el intento de aterrizar en Atenas, en ruta de regreso a Egipto, el Boeing fue interceptado por cuatro cazas estadounidenses, que levantaron vuelo del portaaviones "Saratoga" y obligaron a la aeronave egipcia a dirigirse a Sigonella, una base de la NATO en Sicilia, a pocos kilómetros de Catania.

El Presidente de EE.UU., Reagan, obtuvo autorización de su colega de Italia, Craxi, para aterrizar en Sigonella y las autoridades italianas debieron intervenir frente a las norteamericanas que pretendían llevar los terroristas a EE.UU. y frente a las autoridades egipcias que, en definitiva, aceptaron que la policía italiana arrestara a los cuatro terroristas.

Transitoriamente, se acordó que el avión se trasladara a Ciampino, el aeródromo de Roma vecino al aeropuerto internacional Leonardo da Vinci. El avión egipcio realizó el viaje de Sigonella a Ciampino, escoltado por cuatro aviones cazas italianos y dos aviones militares norteamericanos que, invocando una situación de emergencia, también aterrizaron en Ciampino.

La escolta realizada por los aviones italianos tenía una doble finalidad: asegurar a los norteamericanos que el avión no retornaría a Egipto con los guerrilleros y, a su vez, impedir que los norteamericanos intentaran una nueva interferencia en el vuelo del avión egipcio.

4. *Extradición requerida por EE.UU.*

Incidentalmente, las autoridades norteamericanas plantearon la extradición del negociador Abul Abbas, sobre la base de una orden de captura firmada por un juez del Tribunal de Distrito de Columbia, por considerar que estaba implicado en el apoderamiento del "Achille Lauro" y en razón de lo dispuesto en el Tratado bilateral de extradición entre Italia y EE.UU.⁹

En definitiva, y con intervención de los tribunales italianos que se podían considerar competentes, de las jurisdic-

⁹ Ver op. cit., p. 83.

ciones de Siracusa y de Génova, se llegó a la conclusión de que no cabía hacer lugar al pedido de extradición y el Gobierno italiano autorizó al avión egipcio que partiera de Ciampino, así como el Gobierno de Egipto consintió que el "Achille Lauro" zarpara de Port Said.

5. *Jurisdicción y decisión judicial*

La Corte de Casación de Italia resolvió el conflicto de competencia entre los jueces de Génova y de Siracusa a favor de los primeros y ante éstos debieron comparecer 3 de los terroristas, más dos cómplices arrestados en Italia. El cuarto terrorista era menor al momento del secuestro; tenía 17 años y debió ser enjuiciado ante el tribunal para menores de Génova.

A los jueces genoveses no se les plantearon problemas como el referente a la intercepción del avión de Egipto efectuada por los estadounidenses, así como tampoco la intervención de éstos en la base de Sigonella y en el espacio aéreo entre esta localidad y Ciampino. Debieron juzgar el homicidio de Klinghoffer, los delitos conexos y aplicar el derecho penal italiano, y no el derecho internacional, en razón de que se habían configurado esos hechos a bordo de un buque de bandera italiana.

Para los jueces de Génova la acción proyectada fue, desde un primer momento, el apoderamiento del buque italiano, descartando el argumento de los terroristas de que se pretendía realizar un atentado al puerto de Ashdod, de Israel, y que cambiaron de actitud cuando fueron descubiertos.

El tribunal de menores condenó al terrorista que no era mayor de edad a 16 años y 3 meses de prisión y la Cámara de Apelaciones para menores agravó en algo esta condena. Al terrorista que mató a León Klinghoffer el tribunal genovés le impuso la pena de 30 años de reclusión. La Cámara de Apelaciones confirmó las sentencias de primera instancia, elevando las condenas¹⁰.

¹⁰ Ver op. cit., p. 47.

La jurisdicción italiana no era discutible porque el hecho ocurrió a bordo de un buque de bandera italiana, es decir, sujeto a la aplicación de la ley y jurisdicción del pabellón.

Las autoridades de Egipto podrían haber invocado su competencia, si el buque se encontraba en aguas jurisdiccionales egipcias cuando se produjo el apoderamiento o el asesinato y estos hechos hubieran afectado el orden público local. Sin embargo, el Procurador General de Port Saïd orientó la investigación para que resultara que el asesinato se materializó en otras aguas que las jurisdiccionales egipcias y para que correspondiera la aplicación de la ley y la jurisdicción italianas.

6. *Reacción de los Estados*

Sintetizados los hechos, cabe analizar la reacción de los Estados involucrados y de la comunidad internacional.

a) Después de producido el apoderamiento del "Achille Lauro" y conocida la amenaza y la exigencia de los guerrilleros, el Gobierno de Italia tomó contacto con los otros Estados interesados por sus ciudadanos que se encontraban a bordo y con la O.L.P. para encontrar una solución. Simultáneamente planificó una acción militar, a la que sólo habría de recurrir en caso extremo, por el número de vidas que se pondría en peligro si se optaba por esta alternativa.

El hecho fue condenado en forma unánime, incluso por Arafat, quien calificó al acto como un sabotaje a los esfuerzos que —según él— realizaba para obtener la paz en el Medio Oriente.

b) Los Gobiernos italiano y austríaco, al día siguiente del apoderamiento del buque, es decir, el día martes 8, requirieron la intervención de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) y su Secretario, Javier Pérez de Cuéllar, y el Presidente del Consejo de Seguridad, en nombre de sus quince miembros, condenaron el hecho.

e) Cabe reiterar que el día miércoles 9, al celebrarse el acuerdo entre los representantes de los Gobiernos italiano,

egipcio y de Alemania Occidental, se ignoraba o se alegó ignorar la muerte del ciudadano estadounidense y que, cuando el Presidente de Italia, Craxi, ese día (a las 19 horas) pidió la extradición de los guerrilleros a Egipto, para someterlos a juicio en Italia, se le contestó (a las 20 horas 55 minutos) que no tenían noticias de que hubiera habido algún muerto a bordo del "Achille Lauro".

Craxi se enteró del asesinato de Klinghoffer a las 18 horas 10 minutos de ese día 9, cuando estuvo en comunicación con el capitán del buque De Rosa. Esto permite suponer que cuando De Rosa estuvo en comunicación con el Ministro de Relaciones Exteriores Andreotti, a las 16 horas y 10 minutos de ese día, no le informó sobre el hecho, por no haberle reconocido la voz o por no haber querido hacerlo público.

7. Argumentación jurídica

Desde el punto de vista del derecho y en función de la presión que sufrían los Estados involucrados en el caso del "Achille Lauro" se adoptaron actitudes al margen de las normas internacionales vigentes.

En primer lugar, Egipto no hizo lugar a la extradición requerida por EE.UU. e Italia. Más aun, se comprometió a no iniciar acciones legales y a otorgar un salvoconducto a los terroristas. Pero debe tenerse bien en cuenta algo que es obvio: el estado de necesidad, la exigencia de negociar con los terroristas o sus representantes para proteger la vida de los rehenes, es decir, del pasaje afectado.

En segundo lugar, EE.UU. interceptó el avión egipcio que transportaba a los guerrilleros y que pretendía acogerse a la inmunidad diplomática, por ser una aeronave de Estado, al servicio del poder público.

El delegado de Arafat en la O.N.U. dijo que esa interceptación de EE.UU. trasuntaba un acto terrorista de Estado y el Presidente de Egipto declaró, en El Cairo, que la acción estadounidense era un acto de piratería.

Para justificar su actitud EE.UU. invocó el ejercicio del

derecho de legítima defensa sobre la base del art. 51 de la Carta de la O.N.U.¹¹.

Según las autoridades norteamericanas se justifica el uso de la fuerza: a) Cuando se trata de salvar vidas humanas inocentes, tomadas como rehenes o detenidas por terroristas, y las autoridades del Estado en el cual estas personas se encuentran no quieren o no pueden liberarlas y b) cuando se trata de reaccionar contra un ataque terrorista que pone en peligro bienes, ciudadanos o funcionarios de EE.UU.

El comportamiento de EE.UU. respondió a la presión de la opinión pública, a un sentimiento nacionalista ante la afrenta infligida a un ciudadano norteamericano y al deseo de impartir una lección a los terroristas.

Forzoso es reconocer que, independientemente de no contarse con un buen instrumento legal para combatir el terrorismo, ante la situación de hecho es menester decidirse entre negociar y transar con los terroristas o intentar por vías de hecho el recupero del control del buque, con el menor sacrificio de vidas humanas.

En el libro del profesor Cassese se invocan dos casos interesantes con respecto a la actitud de EE.UU. Uno anterior y otro posterior a la intercepción del Boeing egipcio y que ponen de manifiesto el cambio de criterio por parte del Gobierno de EE.UU.¹².

En 1973, cuando dos cazas israelíes interceptaron una aeronave "Caravelle" de la Middle East Airlines que volaba de Beirut a Bagdad, argumentando que a bordo se encontraban terroristas, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó una resolución por unanimidad, es decir, con el

¹¹ Ver op. cit., p. 69.

El art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas dice: Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho immanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de la legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

¹² Ver op. cit., p. 71.

voto de EE.UU., condenando el hecho por contrariar no sólo las normas de la Carta de las Naciones Unidas, sino también las de la Aviación Civil Internacional.

Después de la intercepción del avión de Egipto que llevaba a los terroristas que se apoderaron del "Achille Lauro" y que motivó el reclamo del Gobierno egipcio, el tema se planteó en febrero de 1986 al detener Israel un avión con funcionarios de Libia, bajo la sospecha de que a bordo se encontraban terroristas y comprobarse que la sospecha era infundada.

Israel invocó el ejercicio del derecho de defensa ante la O.N.U. y EE.UU. apoyó su actitud sosteniendo que tenía que adaptarse ese derecho a los medios actuales para combatir el terrorismo y que un Estado estaba autorizado a usar la fuerza para impedir o prevenir ataques futuros.

El general Walters, delegado de EE.UU. ante la O.N.U., dijo que EE.UU. se oponía, en principio, a la intercepción de aviones civiles porque se debe proteger la seguridad de la aviación civil internacional, pero que, en circunstancias excepcionales, puede justificarse la intercepción, respetando los parámetros de "necesidad" y "proporcionalidad".

Destacó que se trataba de una medida drástica que no puede tomarse a la ligera, sino sobre la base de pruebas sólidas y claras de que a bordo se encuentran terroristas y tomando, a su vez, los recaudos para no poner en peligro vidas inocentes.

8. Piratería

EE.UU. también sostuvo que el apoderamiento del "Achille Lauro" configuró un acto de piratería internacional y que se justificaba que los terroristas fueran tratados como piratas ¹³.

¹³ Ver op. cit., p. 89. En el "American Journal of International Law", MALVINA HALBERSTAM publicó un trabajo titulado: *The Achille Lauro, Piracy and I. M. O. Convention on Maritime Safety*.

M. Halberstam es profesora en la escuela de Derecho Benjamín N. Car-

El planteo de si al apoderamiento de un buque cabía encuadrarlo dentro del concepto de piratería se suscitó más de 20 años atrás en el caso del buque "Santa María", de bandera portuguesa.

En los primeros días del mes de enero de 1961 el capitán Galvao se apoderó sorpresivamente y en alta mar de ese buque de pasajeros, con el fin de estimular un levantamiento y como símbolo de oposición al gobierno de Oliveira Salazar, planteando problemas jurídicos en conexión con la libertad de navegación, concepto de piratería y actitud que debían tener los Estados, frente a los insurrectos de un Gobierno cuyo Estado forma parte de la comunidad jurídica internacional ¹⁴.

El término "piratería" tiene en materia jurídica una significación ambivalente, porque puede definirse como un delito de carácter nacional o de carácter internacional.

"Piratería" desde el punto de vista del derecho nacional es el delito tipificado como tal por un orden jurídico estatal determinado ¹⁵. En cambio, para que se configure el delito

dozo, Yeshiba University e integró la delegación de EE.UU. que trabajó en el Convenio de Roma, 1988.

Distintos autores han estudiado el caso del Achille Lauro en EE.UU. y con posterioridad a la redacción del trabajo recibí los siguientes:

1) Symposium: State Sponsored International Terrorism en "Vanderbilt Journal of Transnational Law" Volumen 20 N° 2.

2) Allan Mc Credie, Jeffrey, "Contemporary uses of force against terrorism: The United States response to Achille Lauro. Questions of jurisdiction and its exercise" en "The Georgia Journal of International and Comparative Law". El autor sostiene que los terroristas y su "leader" estaban sujetos a la jurisdicción de EE.UU., en razón de estar afectado un nacional, de haberse tomado rehenes y el derecho de reprimir el terrorismo y a quienes incurrían en crímenes contra la humanidad, tipificados como tales por el derecho de las naciones.

3) Madden, Tracey E., "An Analysis of the United States response the Achille Lauro hijacking" en Boston College World Law Journal (Winter 1988 Number 1 Vol. VIII pág. 137).

¹⁴ Ver J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, Bs. As., 1964, ver N° 188, p. 475, nota 500.

¹⁵ Ver art. 198, del Cód. Penal. Bajo el título *De los delitos contra la seguridad pública* y con el acápite de "Piratería", en los incisos del art. 198 el Código Penal enumera una serie de hipótesis que se reprimen con reclusión o prisión de 3 a 15 años. En una de esas hipótesis se prevé el caso de quien "se apodere de un buque mediante fraude o violencia contra su comandante".

de piratería internacional, es necesario que se cumplan los requisitos que el derecho de gentes exige.

La importancia de la distinción es muy grande porque en caso de configurarse el delito de piratería internacional, cualquiera de los Estados de la comunidad mundial tiene jurisdicción para reprimirlo.

Es fundamental definir qué se entiende por piratería "jure gentium", o sea, qué requisitos deben cumplirse para que los buques de cualquier Estado de la comunidad jurídica internacional puedan y deban intervenir ante la configuración de un hecho que "prima facie" pueda calificarse de piratería internacional.

Ateniéndonos a los textos de la Convención de Ginebra de 1958, para que se configure el delito de piratería es necesario que los actos se practiquen con "propósitos personales" y parecería que "de un buque a otro" ¹⁶.

¹⁶ Ver Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889, art. 13 y Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956.

El art. 13 del Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889, coincidentemente con la Convención de Ginebra, dice que "los delitos considerados de piratería por el derecho internacional público, quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes".

Según el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1956, que preparó el proyecto de convención aprobado en 1958, el art. 14 de la Convención sólo define la piratería en un sentido estricto, porque no se quiso adoptar la definición amplia propuesta por el gobierno de China, según la cual también se consideraría como piratería, cuando un tripulante o pasajero a bordo de un buque hace uso de violencia o de amenazas contra otro tripulante o pasajero, con la intención de saquear o robar o cuando pilotea o asume el mando del buque con ese fin.

La Comisión de Derecho Internacional en su informe a la Asamblea General al comentar el art. 39, equivalente al art. 15 de la Convención, textualmente dijo respecto de las características esenciales de la piratería:

a) Que los actos de piratería deben estar inspirados por el deseo de lucro, odio o venganza.

b) Que deberán ser perpetrados con un propósito personal.

c) Que sólo puede configurarse el delito en alta mar o en lugares fuera de la jurisdicción de los Estados.

d) Que los actos cometidos a bordo de un buque por la tripulación o por los pasajeros y dirigidos contra el buque, contra las personas o contra los bienes que en él se encuentren, *no pueden considerarse como actos de piratería*.

La actitud del Capitán Galvao no podía ser calificada como piratería internacional porque no estaba guiada por propósitos personales sino por una finalidad política.

La calificación del delito como "político" depende del móvil que ha guiado al sujeto (criterio subjetivo) o de la naturaleza del bien contra el cual el hecho

En este caso del "Santa María", Galvao había suplantado la autoridad del capitán del buque, quien, independientemente de ser un representante de los armadores, ejercía funciones públicas en representación del Estado portugués¹⁷. Pero, la actitud de Galvao no puso en peligro al pasaje y si hubieran peligrado las vidas de las personas que se encontraran a bordo no cabe descartar que algún buque próximo hubiera arbitrado medidas para intervenir, invocando la doctrina del estado de necesidad.

III

SOLUCIONES LEGALES. EL TRATADO DE ROMA

Frente al caso del "Achille Lauro" y a la pregunta acerca de los instrumentos legales con que se cuenta o que pueden consagrarse para prevenir o reprimir el terrorismo marítimo, la respuesta sería, en primer lugar, la revisión de los textos legales sobre piratería de la Convención del Mar de Ginebra de 1958 y de Montego Bay de 1982¹⁸ y asignarle un mayor

se dirigió (criterio objetivo). Quienes se inclinan por un criterio de carácter objetivo deben admitir al lado del "delito político puro" el "delito político impropio" y el "delito conexo", para concluir que constituyen delitos políticos no sólo los atentados contra la organización política, sino también aquellos hechos comunes que guardan con el hecho original una conexión de medio a fin, más o menos necesaria. Es decir, el carácter político del hecho principal constituiría la base de naturaleza objetiva, sin la cual no puede hablarse de delito político.

¹⁷ Ver J. D. RAY, op. cit., p. 476, nota 500.

¹⁸ Ver Convención del Mar que en su art. 101 reproduce los de la Convención de Ginebra de 1958.

Ver el trabajo citado en la nota 4 y *Violence at sea*, de B. A. H. PARRIT, París 1986, comentario en "Lloyd's", noviembre de 1987.

Le International Maritime Bureau organizó un "Workshop" en "San José State University" en San Francisco (marzo 1986) y se debatieron las posibles soluciones legales para reprimir el terrorismo. Ver intervención de S. P. Menefee, miembro del "Center for Ocean Law and National Security" de la Escuela de Derecho de la Universidad de Virginia en el trabajo de Parrit citado en la nota 4.

relieve a los principios humanitarios del derecho consuetudinario internacional. En segundo lugar, el uso de convenciones internacionales como la referente a la toma de rehenes y la celebración de convenios bilaterales y regionales entre Estados, previendo la extradición. Y, por último, la sanción de una convención multilateral sobre la prevención del terrorismo en el mar, que fue el instrumento adoptado en la Conferencia diplomática de Roma de este año.

Ya antes —al mes del apoderamiento del “Achille Lauro”— el 20 de noviembre de 1985, la Asamblea de la Organización Marítima Internacional, adoptó una resolución (A. 584) requiriendo del Comité de Seguridad Marítima que le diera prioridad al estudio de medidas técnicas para prevenir los actos ilícitos contra los pasajeros y tripulaciones de los buques y que requiriera del Secretario General la emisión de una circular para ser enviada a los Gobiernos, informándoles de las recomendaciones adoptadas para la prevención de esos hechos ¹⁹.

La O.N.U. encomendó a la Organización Marítima Internacional (O.M.I.) que encarara el tema. Los Consejeros Legales de Italia y Egipto elaboraron un primer proyecto referente a la represión de ese tipo de actos que se consideró en una reunión patrocinada por el Gobierno austríaco realizada en Viena, en febrero de 1987 ²⁰.

¹⁹ Ver Anexo 14 - MSC 53/24 “Measures to prevent unlawful acts against passengers and crews on board ships”. Sobre el tema ver CLAUDE DOUAY, *Projet de Convention pour la répression d'actes illicites contra la securité de la navigation maritime* en “Le Droit Maritime Français”, noviembre de 1987.

²⁰ Ver MARTHA N. OLIVEROS, *El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad marítima y la responsabilidad del Estado*, en Revista “La Ley”, 3/5/88.

Malvina Halberstam dice que la O. M. I. en noviembre de 1986 creó un Comité Preparatorio ad-hoc para considerar un proyecto de Convención sobre la base de un documento preparado por Austria, Egipto e Italia. Ver op. cit., nota 13.

MARTHA N. OLIVEROS ha publicado en marzo de 1988 un libro titulado *El terrorismo y la responsabilidad internacional del Estado*, en el que sienta la tesis de la obligación del Estado de reparar los daños causados sobre la base de la responsabilidad objetiva y la obligación de aprehender, procesar y castigar a los terroristas causantes de esos daños. (Ver op. cit., Buenos Aires, Depalma, 1988).

El problema reside en la fundamentación de esa tesis en derecho positivo y

El texto aprobado en esa reunión fue analizado por el Comité Jurídico de la O.M.I. en octubre de 1987 y la O.N.U. por intermedio de esta entidad (O.M.I.) convocó a una Conferencia diplomática para marzo del corriente año en la ciudad de Roma.

Sobre la base del Proyecto revisado por el Comité Jurídico de la O.M.I., el 10 de marzo de 1988 se sancionó en esa Conferencia de Roma la Convención caratulada "Convenio para la represión de actos ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima", seguida de un "Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental". Con respecto al Protocolo cabe preguntarse por qué el título limita la aplicación del Protocolo a las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental y la definición prevé el caso de las que puedan estar en el mar, fijas al suelo, sin limitación.

1. *El Convenio*

El título de la Convención es similar al de la de Montreal sobre represión de actos contra la seguridad de la Aviación Civil, que juntamente con la de La Haya fueron los documentos que inspiraron el nuevo Convenio que tiende fundamentalmente a la represión del terrorismo.

La Convención está precedida de una extensa Exposición de Motivos y consta de 22 artículos, los dos primeros y el cuarto referentes al ámbito de aplicación, el tercero y el quinto sobre la tipificación de los delitos y la exigencia de consagrar sanciones para los casos de configuración de los mismos y los siguientes respecto a las facultades y a las obligaciones de los Estados-contratantes, a la extradición y a las normas de estilo en las Convenciones Internacionales.

Excedería los límites de esta exposición el análisis deta-

en la jurisdicción ante la cual puede hacerse efectiva la responsabilidad, en caso de no haber usado la "debida diligencia" que deben adoptar los Estados, según su tesis.

llado del texto del Tratado que se analizó detenidamente en una de las sesiones de las Jornadas sobre los Convenios de la Organización Marítima Internacional (O.M.I.) que se están celebrando esta semana. Sólo brindaremos un somero esquema de lo fundamental del mismo.

2. *Aplicación*

Se excluyen del ámbito de aplicación los buques públicos, de guerra, auxiliares, aduaneros o policiales y se amplía el concepto de buque a cualquier artefacto flotante y vehículos de sustentación dinámica o sumergibles.

Hubiera sido más correcto extender el ámbito de la Convención que tergiversar el concepto de buque, incluyendo en el mismo el de artefacto flotante que es algo muy distinto.

En el art. 4, se establece que el convenio se aplicará si el buque está navegando o su plan de navegación prevé navegar, hacia aguas situadas más allá del límite exterior o lateral del mar territorial, a través de ellas o procedente de las mismas. También será aplicable si el delincuente o presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado-parte distinto al previsto en la primera parte de este párrafo, aunque no se den los supuestos contemplados en el mismo (art. 4).

El convenio no excluye la jurisdicción penal que pueda corresponder, según la legislación nacional de cada Estado (art. 6, inc. 5), ni las normas de otros convenios internacionales, como por ejemplo las referentes a la piratería de la Convención de Ginebra de 1958 que son coincidentes con las de Montego Bay de 1982 (art. 9).

3. *Medidas preventivas y delitos*

El convenio en su art. 13 hace una referencia genérica a las medidas preventivas que deben adoptar los Estados para que dentro de sus respectivos territorios no se prepare la comisión de los delitos tipificados por el Convenio y, a su vez, tipifica los delitos, pero no consagra penas, las que deben ser

establecidas por los Estados, en razón de que las mismas deben estar en concordancia con la gravedad de los hechos y el sistema penal de los distintos ordenamientos nacionales ²¹.

En el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de esta Academia se está trabajando en un proyecto de ley, en el que se establecen las penas para cada uno de los ilícitos previstos, en función del sistema represivo de nuestro Código Penal. El proyecto será elevado al Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación, juntamente con la respuesta a la consulta que ha realizado su Consejería Legal.

En los hechos ilícitos penales contra la seguridad de la navegación incriminados en el Convenio, debe distinguirse —como bien señaló el Dr. Ramos Mejía en su comunicación en esta Academia— entre aquellos que se califican de “resultado” y los que se denominan de “peligro”.

Delitos de resultado son: a) el apoderamiento o el ejercicio del control del buque, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación y b) la muerte o lesión de cualquier persona, en relación con la comisión o tentativa de comisión de cualquiera de los delitos que tipifica el convenio.

Los delitos de peligro son los cinco restantes, los actos de violencia, los daños al buque, a la carga o a las instalaciones y servicios de navegación marítima y la difusión de informaciones falsas, siempre y cuando estos hechos pongan o puedan poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate o de otro cualquiera.

Los delitos de “resultado” son “tipos cerrados” por oposición a los de peligro que son “tipos abiertos”, porque, aunque se pruebe materialmente el hecho tipificado, la configuración del delito depende de la real puesta en peligro de la navegación segura del buque, y no hay duda —dice nuestro distinguido colega, el Dr. Ramos Mejía—, de que esa real puesta en peligro queda sometida a la apreciación subjetiva de la autoridad o tribunal interviniente.

²¹ El convenio se limita a establecer que cada Estado se obliga a decretar penas adecuadas, en las que se tenga en cuenta la naturaleza grave de dichos delitos (art. 5º).

Por último, dentro de este acápite, cabe señalar que también se pena la tentativa, la instigación y las amenazas de cometer cualquiera de esos delitos (salvo el previsto en el inc. f).

4. *Jurisdicción*

El convenio prevé en qué casos el Estado-contratante debe consagrar normas sobre su jurisdicción, en forma obligatoria, y otros en que se le faculta a establecerla.

Con respecto a la jurisdicción obligatoria expresamente dice que los Estados deben adoptar las normas necesarias a ese efecto, si el delito se comete: a) contra un buque o a bordo de un buque, que enarbole el pabellón de un Estado contratante, b) dentro del territorio (incluido el mar territorial) o por un nacional de un Estado contratante, c) o si el presunto delincuente se halla en el territorio de ese Estado y éste no concede la extradición (arts. 6 y 10, párrafo 1).

La jurisdicción puede establecerse facultativamente: a) cuando el delito sea cometido por un apátrida residente en el Estado contratante, b) cuando se haya afectado a un nacional de ese Estado, c) la del Estado al cual se ha intentado obligarlo a hacer o a no hacer alguna cosa.

Las distintas alternativas que establece el convenio ponen de manifiesto la existencia de jurisdicciones concurrentes y si bien ninguna tiene carácter prioritario sobre las otras, la territorial o la del Estado cuyo pabellón enarbola el buque pareciera que debería ser la prevaleciente.

La delegación holandesa, con el apoyo de la argentina, sostuvo que debía eliminarse la jurisdicción obligatoria del Estado de la nacionalidad del inculpado (art. 6, inc. 1 c), por el riesgo que implica que el presunto delincuente se refugie en este Estado y sus tribunales le apliquen una pena benévola. En esta forma el terrorista podría obtener un "bill" de indemnidad, ante la imposibilidad de ser juzgado en otro Estado por el mismo hecho, en razón del principio "non bis in idem".

Esa hipótesis sólo podría configurarse si el presunto de-

lincente no es detenido en otro Estado, porque en este caso, ante la posibilidad de jurisdicciones concurrentes, es el Estado que detiene al delincuente quien debe resolver sobre la prevalencia de una u otra jurisdicción, en función de la posición de los distintos Estados que pretendan ejercerla, mediante el pedido de su extradición.

5. *Derechos y obligaciones de los Estados*

El Estado en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, debe proceder a su detención, realizar una investigación preliminar y notificar a los Estados que pueden estar interesados y a la O.M.I. de acuerdo con las normas establecidas en el Convenio (arts. 6 y 7, inc. 3).

El Estado-contratante que no haga lugar a la extradición debe someter al presunto delincuente a sus autoridades competentes a fin de su enjuiciamiento.

Los Estados contratantes deben cooperar para facilitar la marcha de los procedimientos y la obtención de pruebas (art. 12), así como también en todo lo referente a la prevención de los delitos tipificados en el convenio, impidiendo la preparación de los mismos e intercambiando información al efecto indicado (arts. 13-14).

6. *Facultad del Capitán*

Se faculta al Capitán de cualquier buque que enarbole el pabellón de un Estado contratante a entregar a las autoridades de cualquier Estado-parte, a la persona que tenga razones fundadas para creer que ha cometido alguno de los delitos incriminados y se prevé el procedimiento a seguir en este supuesto (art. 8), consagrando la obligación de los Estados de recibir al imputado.

7. *Derechos del presunto inculcado*

En forma expresa se dice que todo encausado por este tipo de delitos debe recibir un trato justo en todas las etapas del procedimiento, incluido el disfrute de todos los derechos

y garantías estipuladas para dicho procedimiento en la legislación del Estado del territorio en que se encuentre (art. 10, inc. 2).

Se ha preguntado —en más de una oportunidad— si el terrorista debe conservar los derechos que tiene todo imputado y en el convenio ha prevalecido el principio afirmativo que es el que corresponde, al decir que debe otorgarse un trato justo, de acuerdo con las leyes del Estado-parte en que se enjuicie al mismo ²².

8. *Extradición*

Se ha eliminado el derecho de asilo y los Estados contratantes deben conceder la extradición, es decir, la entrega del inculcado. Cuando se reciba más de un pedido en ese sentido y las autoridades deban pronunciarse en favor de uno u otro, se deberán tener en cuenta los intereses y responsabilidades del Estado-parte cuyo pabellón enarbola el buque, en el momento de la comisión del delito (art. 11).

En concordancia con lo señalado precedentemente el Estado-parte que tiene en su poder al presunto delincuente necesariamente debe extraditarlo o procesarlo y juzgarlo.

9. *Controversias y cláusulas de estilo*

Para el caso de que se susciten controversias entre dos o más Estados-parte, se prevé que deberán resolverse mediante negociaciones directas o mediante arbitraje, dentro de plazos prudenciales y si no hubiere acuerdo, cualquiera de las partes podrá recurrir a la Corte Internacional de Justicia (art. 16).

²² En su comunicación el Dr. Ramos Mejía nos recordó la opinión de Robert S. Gerstein para quien si hay alguien que puede perder algún derecho es el terrorista, pero en su opinión retiene los inherentes a todo ser humano y reprueba tres prácticas a que suelen recurrir ciertos gobiernos, aun democráticos, cuando se enfrentan con el terrorismo: el lavado de cerebro para modificar las ideas proclives al terrorismo, la tortura para obtener información, la detención fuera de juicio y las violaciones al debido proceso.

En los artículos 16 a 22 se consagran normas de estilo sobre la firma, ratificación, adhesión, reservas, entrada en vigencia, denuncia, convocatoria a una revisión o enmienda, depósito, etc.

SINTESIS

Debemos juzgar esta Convención con el criterio con que deben valorarse todas las Convenciones internacionales por ser el resultado de transacciones que —a veces— no permiten consagrar la solución que muchos consideran es la más conveniente, más justa o más apropiada dentro de la mejor técnica jurídica, porque el rechazo de la fórmula de compromiso puede tener como consecuencia la falta de firmas, o de ratificaciones o adhesiones necesarias, primero para su aprobación y, luego, para su entrada en vigencia.

El Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de esta Academia recomendará su ratificación y hacemos votos por el perfeccionamiento de los instrumentos legales existentes o la elaboración de otros nuevos para combatir el flagelo de nuestro tiempo.

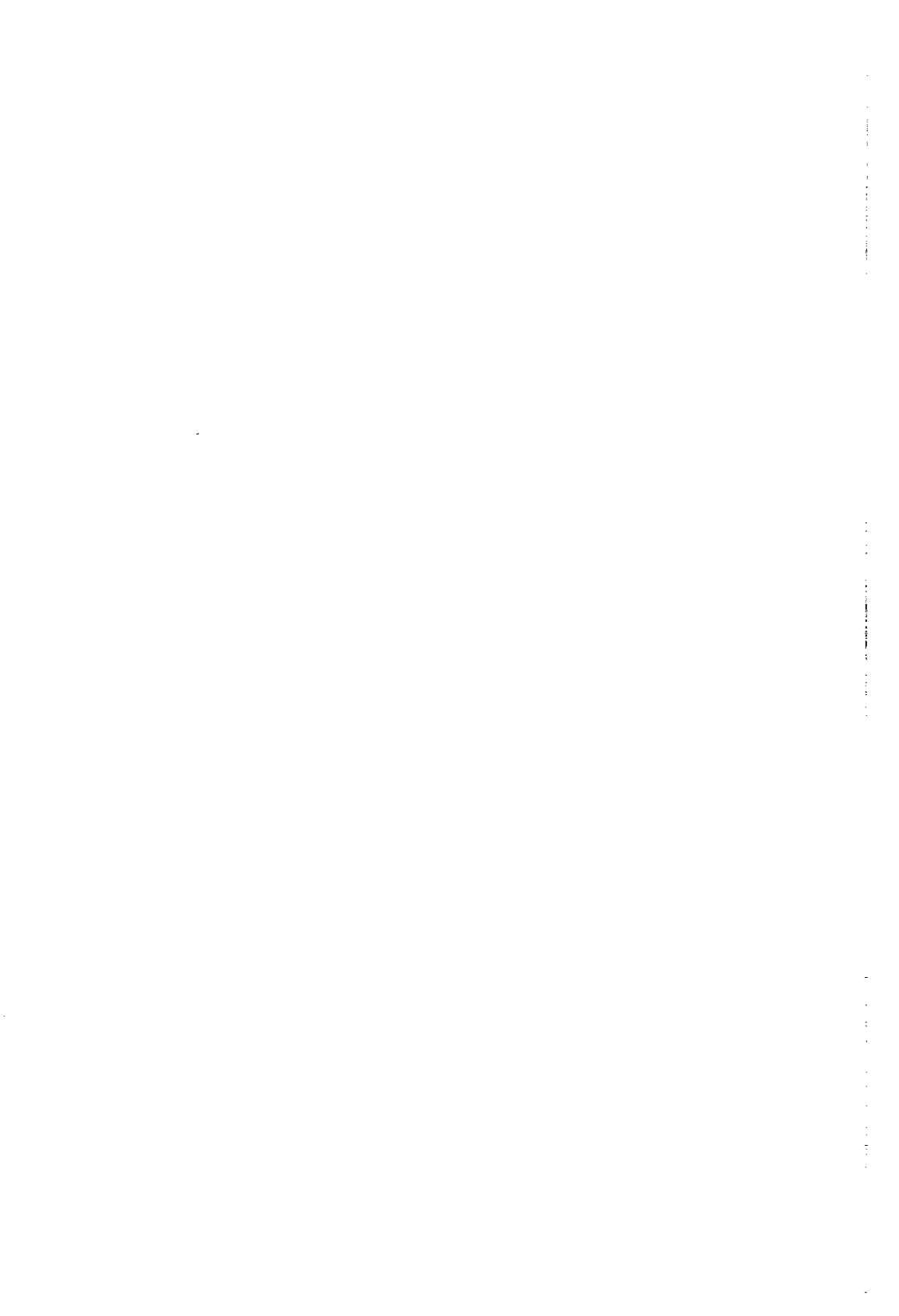
No tengo dudas de que entre los terroristas hay místicos que están convencidos de que son la mano armada de los heraldos de la ideología que ellos pretenden imponer y de aquí el peligro que entrañan sus actitudes y las transacciones a que a veces se llega.

Días pasados Vargas Llosa expuso en el diario "La Nación" una idea que muchos expresamos, cuando vivimos el terrorismo en la Argentina: La mística de por sí no es una virtud²³. A lo largo de la historia hemos visto cómo la mística ha acompañado a sectas de fanáticos que han lesionado al máximo los derechos humanos. La mística ejemplar de Santa Teresa o de Sor Juana Inés de la Cruz orientada a la actividad política y social es muy peligrosa y difícil de superar cuando se traduce en una ideología que no vacila en

²³ Ver "La Nación", 21/8/88.

matar inocentes, para difundir la misma u obtener la liberación de sus compañeros de ruta.

Aunque no será fácil eliminar el terrorismo, deben consagrarse los mejores instrumentos legales para prevenir, reprimir y reducir los actos terroristas y volvemos al lema de la declaración de esta Academia que mencionamos al comenzar: "No debe haber refugio seguro para los terroristas".



**EL NUEVO RÉGIMEN DE EJECUCIÓN
DE SENTENCIAS DE CONDENA CONTRA
EL ESTADO NACIONAL**

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Lino Enrique
Palacio, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública
del 13 de octubre de 1988*

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

Profesor universitario de creciente prestigio en distintas universidades del país; laborioso cultor del Derecho Procesal, a cuya inteligencia y tesón se debe uno de los más ricos aportes doctrinarios en esa importante disciplina: su *Tratado* de la materia, hasta hoy en nueve volúmenes, y su difundido *Manual* en que abrevan nociones básicas los neófitos; ex Secretario de la Corte Suprema de Justicia y ex Subsecretario de Estado en la misma rama del Gobierno Nacional; ex Procurador del Tesoro; Conjuez de la Corte Suprema de la Nación y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires; autor o coautor de proyectos de regulaciones procesales convertidos en ley; miembro de numerosas corporaciones nacionales y extranjeras y naturalmente nuestro miembro de número, lo que obliga a reducir estas palabras de apertura, el Dr. Lino Enrique Palacio es sin duda una voz autorizada para examinar aquí y ante tan calificado auditorio un tema de honda proyección y palmaria actualidad: "El nuevo régimen de ejecución de sentencias de condena contra el Estado Nacional".

Para quien habla, que ha podido apreciar sus dotes de versado analista en la tarea docente y en la administración de justicia muy de cerca, es un placer, al abrir este acto público de la corporación que preside, cederle la tribuna y disponerse a escuchar, como en tiempos idos, el meditado análisis de un meduloso asunto por quien suma a la ciencia y conciencia indispensables la experiencia acumulada en largos años de paciente y útil labor.

EL NUEVO RÉGIMEN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA CONTRA EL ESTADO NACIONAL

1. — Corría el último año del siglo pasado cuando el Congreso sancionó la ley 3952, denominada de “demandas contra la Nación” cuyo art. 7º, tras consagrar el carácter “declaratorio” de las sentencias de condena dictadas contra aquélla, agregó que tales pronunciamientos debían limitarse “al simple reconocimiento del derecho que se pretende”.

Aunque ello implicó la admisión de uno de los escasos privilegios que tenía el Estado respecto de los administrados, y que reposaba en las presunciones de solvencia y honestidad que deben ampararlo, la norma citada se dictó dentro de un contexto económico y jurídico diametralmente diverso al vigente en la actualidad, de manera que resultaba en cierta medida coherente que, en las reducidas ocasiones en que aquél descendía del alto pedestal en el que lo colocaban sus específicas y entonces exclusivas funciones de gobierno para concertar relaciones jurídicas con los ciudadanos pudiese valerse, en sede judicial, del privilegio de que se trata.

Aún en pleno auge la antigua teoría de la doble personalidad del Estado, es comprensible —como recuerda Bidegain¹— que la ley 3952 haya sido celebrada en su momento como una conquista por los particulares que litigaban contra el Estado en tanto, desechando el criterio sustentado hasta entonces por la Corte Suprema, autorizó en términos gene-

¹ *El carácter declaratorio de las sentencias contra la Nación*, “El Derecho”, t. 16, p. 928.

rales la promoción de demandas civiles contra la Nación en su carácter de persona jurídica sin requerirse la obtención en cada caso de la venia legislativa, siendo necesario llegar al año 1932 para que, a través de la ley 11.634, se extendiese esa autorización a los casos de demandarse al Estado nacional como persona pública.

2. — Más allá de las objeciones de que el art. 7º de la ley 3952 fue objeto por parte de la mayoría de la doctrina del derecho administrativo, lo cierto es que durante los últimos cuarenta años, no sin ciertos avances y retrocesos, la aplicación irrestricta del principio consagrado por aquélla fue sensiblemente atenuada por diversos ordenamientos legales y por los precedentes judiciales, particularmente por los emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. — En el ámbito legal interesa por ejemplo destacar que el art. 17 de la ley de Contabilidad nº 12.961, promulgada en 1947, facultó al Poder Ejecutivo para autorizar la apertura de créditos, con obligación de dar cuenta en el mismo acto al Congreso, y entre otros casos, “para el cumplimiento de sentencias judiciales firmes”, debiendo quedar tales créditos incorporados al presupuesto general de la Nación. Una norma análoga contiene la actual Ley de Contabilidad (art. 17 del decreto-ley 23.354/56).

Entre las restantes situaciones que autorizan la aplicación del referido mecanismo, la norma mencionada incluye: “las que mencionan los arts. 6 y 23 de la Constitución Nacional” (inc. a); “las erogaciones imprevistas que demande el cumplimiento de las leyes electorales de la Nación” (inc. b); “las devoluciones a que se refiere el art. 134 de la presente ley” (inc. d); las necesarias “en los casos de epidemias, inundación y otros acontecimientos que hicieren indispensables el socorro inmediato del gobierno” (inc. e).

4. — Desde ya importa observar dos circunstancias relevantes. La primera está dada por la extrema sencillez que presenta el mecanismo instituido por esa norma en tanto los

créditos en cuestión quedan incorporados al presupuesto general, lo que torna innecesaria no sólo la incorporación o sucesivo fraccionamiento en distintos presupuestos sino también la aprobación por parte del Congreso según lo prevé, como veremos, un reciente decreto del Poder Ejecutivo Nacional. La segunda radica en la trascendencia institucional que, a juicio del legislador, reviste el cumplimiento de las sentencias judiciales firmes, al punto de atribuirles análoga jerarquía a la que exhiben las situaciones derivadas del estado de sitio o de la intervención federal a las provincias, o la emergencia generada por circunstancias catastróficas ².

5. — Siempre dentro del ámbito legal importa asimismo recordar que el art. 36 de la ley 11.683 autoriza a la Dirección General Impositiva para restituir los pagos o ingresos excesivos “en forma simple y rápida” a cargo de las cuentas recaudadoras, y que el art. 809 del Código Aduanero (ley 22.415) prescribe que la Administración Nacional de Aduanas “devolverá directamente los importes que hubiera percibido indebidamente en concepto de tributos”, agregando el art. 810 de ese ordenamiento que el mencionado organismo “tomará los fondos de la recaudación que efectuar de tributos que debieren ingresar a rentas generales”.

Por último el art. 12 de la ley 16.968, en tanto prescribe que la sentencia que admita la acción de amparo debe contener la determinación precisa de la conducta a seguir y el plazo que al efecto se establezca excluye virtualmente, en ese caso, la aplicación de la regla relativa al carácter declarativo de las sentencias dictadas contra la Nación, no sólo porque así resulta del texto inequívoco de la ley sino porque la solución contraria pugnaría contra la esencia misma de la demanda de amparo, destinada a funcionar como remedio de control de constitucionalidad.

6. — La jurisprudencia, por su parte, evolucionó paulatinamente hasta fijar un criterio que atemperó en impor-

² Cfr. BARRA, *La inconstitucionalidad del decreto 679/88*, en “La Ley” (actualidad), del 9 de agosto de 1988.

tante medida el alcance del principio contenido en el art. 7º de la ley 3952.

Durante un prolongado período la Corte Suprema se inclinó hacia una solución rígida que, asimismo, respaldaba la plena validez constitucional de aquel precepto señalando que el fundamento de éste radica, por un lado, en las disposiciones de los arts. 17, 67, incs. 1º a 8º y 86, inc. 13º de la Constitución Nacional “que atribuyen al Poder Legislativo, y sólo a ese poder, la facultad de crear recursos, imponiendo las contribuciones que se expresan en el art. 4º, la de arreglar el pago de las deudas del Estado y determinar, en general, el destino de las rentas que aquéllas produzcan”³, y, por otro lado, en las exigencias propias de “la buena marcha de los poderes públicos y la independencia que ellos necesitan en el ejercicio de sus funciones”⁴.

Pero la Corte admitió desde antiguo dos importantes limitaciones al principio referente al carácter declarativo de las sentencias condenatorias emitidas contra el Estado Nacional. Una de ellas se estableció respecto de los fallos dictados en los juicios expropiatorios, y se fundó en el raciocinio de que exigiendo el art. 17 de la Constitución Nacional que la expropiación sea previamente indemnizada, esa garantía resultaría desnaturalizada si, desapoderado del bien el expropiado, la oportunidad del pago de la indemnización fijada judicialmente quedara librada a la determinación del expropiante⁵. La otra se refirió a los casos en los cuales la aplicación del art. 7º de la ley 3952 produzca o pueda producir el efecto de frustrar la garantía de la propiedad por lo menos mientras no se hallan comprometidos los principios en que se sustenta el privilegio que esa norma instituye, razón por la cual ésta se reputó inaplicable frente a la hipótesis de una sentencia firme recaída en un inter-

³ C.S.N., “Fallos”, t. 100, p. 292; t. 127, p. 126; t. 128, p. 11 y otros.

⁴ C.S.N., “Fallos”, t. 186, p. 151; t. 253, p. 312 y 439; t. 261, p. 108; t. 263, ps. 69, 107 y 554. Con excepción del primero de los citados precedentes, en los restantes la Corte hizo mérito de los dos fundamentos a que se alude en el texto.

⁵ C.S.N., “Fallos”, t. 186, p. 151; t. 211, p. 1547; t. 241, p. 382; t. 243, p. 237; t. 249, p. 691; t. 251, p. 98.

dicto de recobrar, en el cual se reconoció la existencia de un acto estatal de despojo que involucraba detrimento del derecho de propiedad *latu sensu* que correspondía al particular despojado ⁶.

No ocurrió lo mismo en materia de cumplimiento de sentencias de desalojo ⁷, aunque alguno de los precedentes enrolados en la orientación rígida permitió avisorar una eventual modificación de la doctrina al referirse, en uno de sus considerandos, al hecho de que “no se descarta tampoco la pertinencia de toda ulterior intervención judicial en el caso de una irrazonable dilación, en la causa, para el adecuado cumplimiento del fallo” ⁸.

Fue sin embargo necesario llegar al mes de septiembre de 1966 para que la Corte, con una nueva composición, concretara un cambio trascendente de su jurisprudencia tradicional. Ello ocurrió en el caso “Pietranera” ⁹, donde el Tribunal, abandonando la invocación del reiterado argumento referido a la facultad constitucional del Poder Legislativo para crear recursos dejó establecido que el propósito del art. 7º de la ley 3952 “no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en la situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde ese punto de vista —agregó la Corte— la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importa tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto”.

Esta doctrina —que fue reiterada en diversos precedentes posteriores— sirvió de base al procedimiento conforme al cual se admite que, dictada una sentencia condenatoria

6 C.S.N., “Fallos”, t. 247, p. 190.

7 C.S.N., “Fallos”, t. 253, p. 439; t. 259, p. 337; t. 261, p. 180; t. 262, p. 195; t. 263, p. 554 y otros.

8 C.S.N., “Fallos”, t. 253, p. 439; t. 262, p. 195.

9 C.S.N., “Fallos”, t. 265, p. 291.

contra el Estado Nacional, el poder judicial intime a éste para que manifieste en qué fecha cumplirá el fallo, bajo apercibimiento de fijarla judicialmente en caso de silencio. Por lo tanto, si dentro del plazo expresado por la propia Administración, o en su defecto del fijado por el juez, la decisión no es cumplida, el particular queda habilitado para promover la ejecución de la sentencia.

7. — Tal era el derecho judicial vigente en el orden nacional cuando mediante la curiosa invocación, entre otras razones, de la carencia de normas reglamentarias que aseguren el efectivo cumplimiento de las sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero dictadas contra el Estado nacional, sus entidades descentralizadas incluidas en el Presupuesto General de la Nación y las entidades y organismos o empresas que reciban aportes del Tesoro Nacional, y “conciliando —como textualmente se expresa— las exigencias del bien común con el respeto de la garantía constitucional de la propiedad”, el Poder Ejecutivo Nacional, por decreto n° 679 del 26 de mayo de 1988, reglamentó la ley de demandas contra la Nación n° 3952, del año 1900 y su modificatoria n° 11.634 del año 1932.

Lo hizo empero, en mi modesto entender, y en el de los numerosos y destacados juristas que se han ocupado del tema, con muy escasa fortuna, exhibiendo un inédito muestrario de vicios de inconstitucionalidad e ilegitimidad.

8. — El decreto a que me refiero reglamenta dos procedimientos para lograr el pago de sumas de dinero resultantes de sentencias de condena dictadas contra el Estado nacional y demás entes mencionados: uno ordinario, que configura la regla, y otro que puede denominarse sumario o de trámite abreviado, que constituye la excepción, aunque la diferencia entre ambos, como se verá, se encuentra fundada en un criterio desprovisto de razonabilidad.

9. — Conforme al primero de los mencionados procedimientos, una vez aprobada y consentida la liquidación del

crédito correspondiente, y determinada en consecuencia la suma a pagar por el Estado, se inicia, a pedido del acreedor, un engorroso trámite administrativo cuyo primer paso consiste en la remisión, a la Procuración del Tesoro y por el organismo obligado, de una minuta de la acreencia, la que debe contener una serie de datos (v.gr. nombre y domicilio del acreedor; monto del crédito; denominación de la causa; etc.), y a la que corresponde acompañar copia de las resoluciones y actuaciones de las que surjan esos datos (art. 2º). Como segundo paso el Procurador del Tesoro debe tomar nota de esa comunicación en un denominado Registro de Sentencias judiciales y, posteriormente, requerir a la Secretaría de Hacienda que incluya en el próximo o próximos proyectos de presupuesto general los fondos necesarios para afrontar el pago con sus "acrecidos". El art. 3º agrega que "dicho pago podrá concretarse en uno o más ejercicios fiscales, según la determinación que al respecto adopte la Secretaría de Hacienda y de acuerdo con lo que finalmente se prevea en el presupuesto general de la Nación".

Asignado el crédito en la ley de presupuesto —lo que importa un tercer paso— la publicación de ésta en modo alguno implica, conforme al decreto, la perspectiva de un pago dentro de un plazo razonable. Porque, en efecto, dentro de un plazo de treinta días desde aquella publicación recién debe la Secretaría de Hacienda acreditar el importe a cada una de las cuentas habilitadas a nombre de la Procuración del Tesoro (art. 5º) —lo que entraña un cuarto paso—, debiendo ésta —como quinto paso y dentro de los noventa días desde la fecha de la mencionada publicación y siempre, desde luego, que estuviesen depositados los fondos en la cuenta general— adoptar las medidas tendientes a transferirlos a las cuentas abiertas para cada juicio, dándolas en pago (art. 6º).

Vencido ese plazo, o frente a la hipótesis de que los fondos asignados no resulten suficientes para cubrir el crédito, puede el interesado —como eventual sexto paso— "gestionar las medidas que estime corresponder", lo que implica la práctica de una nueva liquidación comprensiva del capi-

tal, actualización por depreciación monetaria, intereses y costas, su aprobación judicial y la realización de las diligencias coactivas orientadas al cumplimiento de la sentencia.

Como si lo dicho fuera poco, todavía el art. 4º del decreto comentado impone al Procurador del Tesoro la obligación de disponer la publicación mensual, en el “Boletín Oficial”, de la nómina de los créditos cuya inclusión en el presupuesto general haya sido requerida por él (art. 4º).

10. — De la lectura de las normas precedentemente resumidas —que exhiben un peculiar deleite frente a la multiplicación del papeleo burocrático— se sigue fácilmente que, so pretexto de reglamentar una ley que en virtud de su naturaleza no requiere, por lo demás, reglamentación alguna, el Poder Ejecutivo Nacional aniquiló de un plumazo un armónico sistema resultante de la legislación y de la jurisprudencia que llegó a conciliar satisfactoriamente los intereses privados y estatales, contrariando además el contenido de normas emitidas por los otros poderes del Estado en ejercicio de sus respectivas potestades constitucionales y con el lamentable resultado de colocar a la Administración pública donde precisamente no quiso hacerlo la Corte Suprema en el ya citado caso “Pietranera”, es decir “fuera del orden jurídico”.

11. — Al respecto interesa advertir, en primer lugar, que el decreto 679 resulta notoriamente incompatible con el ya citado art. 17 de la Ley de Contabilidad —que aún se encuentra vigente en tanto no ha sido derogado por otro ordenamiento de la misma jerarquía— pues mientras esta norma, como antes se recordó, autoriza al Poder Ejecutivo para disponer la apertura de créditos que por esa sola circunstancia quedan inmediatamente incorporados al presupuesto general, aquél confiere al Secretario de Hacienda la facultad meramente discrecional, e incluso mayor de la que posee el Poder Ejecutivo, de incluir los créditos en el “próximo o próximos proyectos de presupuesto general”, con el agravante de que el pago queda supeditado al requisito de

que el Congreso apruebe el presupuesto e incluya en él al crédito correspondiente.

12. — Desde ya se impone desestimar el posible argumento de tipo crudamente literal en cuya virtud como el art. 17 de la Ley de Contabilidad utiliza la expresión “podrá”, la Administración se hallaría habilitada para autorizar o no, facultativamente, la apertura de créditos destinados al cumplimiento de sentencias judiciales.

Semejante comprensión resulta en primer lugar inadmisibles por cuanto, como ya lo observa Del Vecchio¹⁰ el “permiso jurídico” se halla en rigor al margen de las normas pues exterioriza la esfera de libertad que queda reservada al individuo después de todas las regulaciones normativas que afectan a su conducta con arreglo al principio en cuya virtud “está permitido todo aquello que no esté jurídicamente prohibido” o impuesto, de manera que sería sin duda innecesaria una norma que se limitase a otorgar un permiso en tanto, como es obvio, bastaría con no prohibir ni imponer como obligatoria aquella conducta.

En segundo lugar el hecho de que no obstante esa esfera de libertad —que comporta un axioma ontológico del derecho¹¹— existan numerosas normas concebidas gramaticalmente en términos meramente permisivos tal circunstancia sólo autoriza a concluir, según lo destaca Legaz y Lacambra, que ellas representan una peculiar forma de expresión de una de las llamadas normas preceptivas, o bien un elemento de éstas, “pero nunca una norma autónoma o completa”¹².

De ello se sigue que el art. 17 de la Ley de Contabilidad no configura una norma aislada sino, por el contrario, un simple fragmento integrante de una norma jurídica lógicamente completa cuya primera parte se encuentra integrada, particularmente, por los artículos del Código Procesal que imponen al juez el deber de fijar el plazo dentro del

¹⁰ *Filosofía del derecho*, p. 304, cit. por LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1972, p. 413.

¹¹ COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., 1964, p. 403.

¹² LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 415.

cual debe cumplirse una sentencia de condena (art. 163, inc. 7º), le otorgan a aquél la potestad de ejecutarla oportunamente (art. 166, inc. 7º), le acuerdan al vencedor el derecho de solicitar la ejecución (art. 499) y establecen el trámite de ésta (arts. 502 y ss.).

Dentro de una similar línea de reflexiones, aunque con específica referencia al derecho administrativo, Barra ha destacado, lúcidamente, que cuando el art. 17 de la Ley de Contabilidad faculta al Poder Ejecutivo para abrir créditos con el señalado destino no le confiere a ese órgano una mera potestad discrecional sino que viene en realidad a remover un obstáculo para que aquél ejerza su competencia —que es obligatoria— dentro del marco de una actividad reglada como es la relativa al cumplimiento de una sentencia judicial dentro del plazo establecido en el respectivo pronunciamiento ¹³.

13. — Tampoco es compatible el mecanismo de pago instituido por el decreto 679 con una decisión de la Corte Suprema dictada el 26 de diciembre de 1967 en la causa “Chiodetti” ¹⁴ y dentro de la línea fijada en “Pietranera”, respecto de un cobro de alquileres en el cual, intimada la Secretaría de Comunicaciones para que informara acerca del plazo en que cumpliría la sentencia, y habiendo dicho organismo informado la imposibilidad de efectuar el depósito por haberse agotado la respectiva partida presupuestaria, el juez la intimó a efectuar aquél dentro del plazo de sesenta días.

Se expresó en ese fallo, tras destacarse “que el plazo de sesenta días fijado por el juez —transcurrido más de un año desde que la sentencia quedara firme— es prudente y razonable”, que “en las particulares circunstancias señaladas, el Tribunal considera que las razones que proporciona el Estado no autorizan a dejar librado a la voluntad o arbitrio

¹³ *Op. y loc. citados.* En sentido concordante DE ESTRADA, *Cumplimiento de sentencias judiciales: situación actual en la jurisprudencia y en la práctica*, “La Ley” (actualidad), del 2 de agosto de 1988.

¹⁴ “Fallos”, t. 269, p. 448.

administrativo la época y oportunidad en que debe cumplir las obligaciones emanadas de una sentencia que lo condena al pago de una suma de dinero, no obstante las dificultades que deriven del trámite que, en esa esfera, entorpezcan su efectivización. Ello no importa desconocer, desde luego, la doctrina sentada por esta Corte en Fallos: 186:151 y 247:190, aplicable en situaciones normales, pero que no puede ser invocada para posibilitar el mantenimiento discrecional y sin límites de un estado de cosas que equivale a la frustración de la garantía de la propiedad consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional”.

14. — Fácil resulta entonces concluir que el decreto 679, en tanto autoriza a supeditar el efectivo cumplimiento de las sentencias judiciales dictadas contra el Estado Nacional al transcurso de un plazo *incierto* —que en el mejor de los supuestos no será inferior, dado el mecanismo arbitrado por aquel acto, a uno o dos años—, no sólo pugna con el sistema instituido en el art. 17 de la Ley de Contabilidad sino también con el derecho judicial vigente que emana de reiterados precedentes de la Corte Suprema, los que en armónica conjunción vinieron a atemperar la aparente rigidez del principio consagrado en el art. 7º de la ley 3952.

15. — De allí asimismo que, aparte de otras graves irregularidades, el decreto en cuestión adolece de inconstitucionalidad por cuanto:

1º) En franca oposición con el principio de prelación normativa que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional, deroga implícitamente un sistema de pago de créditos regulado por ley del Congreso.

2º) En contra del mismo principio deroga en la misma forma el art. 12 de la ley de amparo nº 16.968, así como los arts. 36 de la ley 11.683¹⁵ y 809 y 810 del Código Adua-

¹⁵ Sobre esta cuestión véase GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *Procedimiento tributario*, Bs. As., 1979, p. 167.

nero, desnaturalizando en este último aspecto el fundamento jurídico sobre el que reposa la regla *solve et repete*.

3º) Afecta la garantía constitucional de la defensa en juicio por cuanto ésta se integra no sólo con la posibilidad adecuada de audiencia y de prueba y de la obtención de una sentencia que configure —como lo ha dicho la Corte— “derivación razonada del derecho vigente”, sino también con la de hacer efectivo el cumplimiento de ese fallo dentro de un plazo razonable, requisito del que obviamente prescinde la especie de moratoria unilateral que instituye el decreto analizado.

4º) Desconoce asimismo la garantía constitucional de la propiedad en tanto ésta no se concilia —según también lo tiene expresado la Corte— con la posibilidad de “dejar librado a la voluntad o arbitrio legislativo la época y oportunidad en que debe cumplir las obligaciones emanadas de una sentencia”.

16. — Recordaba que el decreto 679 organiza, junto al procedimiento común o de pago escalonado, un procedimiento excepcional de trámite sumario, sólo aplicable a las personas *físicas*, y condicionado a la concurrencia de cuatro requisitos: 1º) que el organismo deudor cuente con partida presupuestaria; 2º) que tenga fondos acreditados; 3º) que el desembolso no interfiera en el normal y eficaz funcionamiento del organismo; 4º) que existan razones de urgencia o conveniencia que justifiquen el pago, a criterio del organismo (art. 7º). Si todos estos requisitos se hallan reunidos, e informada la Procuración del Tesoro, el organismo de que se trate debe depositar la suma disponible a nombre de aquélla y para su ulterior transferencia dentro del plazo de noventa días; pero frente al caso de que dicho organismo no cumpla dentro de los ciento veinte días de notificado el pedido, el acreedor debe actualizar la liquidación judicial y una vez firme ésta solicitar al juez que se intime al Procurador para que dentro del plazo que fije cumpla la sentencia, bajo apercibimiento de adoptar medidas ejecutorias.

Este procedimiento es también pasible de serias objeciones por cuanto:

1º) Parte de la errónea presunción de que, en todo caso, las personas jurídicas cuentan con mayor solvencia patrimonial y consecuente capacidad de sacrificio económico que las personas de existencia visible, razón por la cual entraña una discriminación irrazonable que hiere la garantía constitucional de igualdad ante la ley¹⁶.

2º) En la medida en que la apreciación de los requisitos atinentes al normal funcionamiento del organismo recaudador y a la concurrencia de los motivos de urgencia o conveniencia queda librada a la absoluta discrecionalidad de aquél, coloca al acreedor, luego del prolongado lapso que en la práctica requieren tales trámites (no menos de seis meses), en la necesidad de recurrir al procedimiento común con la obvia consecuencia de diferir *sine die* el cumplimiento de la sentencia y el consiguiente agravio a las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa en juicio.

3º) Al margen de tales tachas el sistema de excepción torna ilusorio el adecuado y puntual cumplimiento de las sentencias recaídas en juicios de amparo a favor de particulares y que tengan contenido patrimonial, así como tampoco parece computar el hecho de que también las personas físicas pueden ser obviamente beneficiarias de las recordadas normas contenidas en la ley 11.683 y en el Código Aduanero, y cuya situación resulta ahora visiblemente menos cabada.

17. — Otra excepción al mecanismo ordinario de pago se halla contemplada en el art. 10 del decreto examinado, que excluye de la aplicación de aquél a las sentencias "que tengan carácter alimentario" las que deben cumplirse en el más breve plazo posible.

Conforme al principio contenido en el art. 372 del Có-

¹⁶ CASSAGNE, *Sobre la ejecución de las sentencias que condenan al Estado a pagar sumas de dinero*, "El Derecho" del 29 de julio de 1988, p. 1.

digo Civil, en cuya virtud la prestación alimentaria “comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia de las enfermedades”, en los términos de la excepción analizada se hallan comprendidos, particularmente, los créditos laborales y previsionales.

Por lo tanto también se hallan incluidos en la excepción los honorarios profesionales en tanto éstos configuran la contraprestación que por su labor reciben los profesionales independientes por su trabajo y, por consiguiente, su medio de subsistencia.

Pero frente a la hipótesis de que por su cuantía o contingencias análogas se negara carácter alimentario a los honorarios, el pago de éstos no puede hacerse, simplemente, “en el más breve plazo posible” como con manifiesta ligereza lo hace el decreto sino dentro de los plazos expresamente determinados por las leyes. Al respecto interesa recordar que los arts. 49 y 50 de la ley 21.839 fijan precisamente el plazo en que corresponde abonar los honorarios regulados a los abogados y procuradores —que debe considerarse extensivo a los de los restantes profesionales que actúan judicialmente— el que, obviamente, sólo puede ser modificado por una norma de la misma jerarquía.

18. — El art. 3º *in fine* del decreto que vengo examinando prescribe asimismo que “el deudor podrá extinguir la obligación por cualquiera de las formas previstas en el libro segundo, sección primera, Título XVI del Código Civil”.

Esta remisión pone en evidencia, por lo pronto, la improvisación con que el decreto fue redactado, pues aunque aquella se refiere a un título del Código Civil que reglamenta el pago debe lógicamente entenderse vinculado con un fragmento de ese título que, como parte segunda, integra la sección primera del Libro Segundo y contempla concretamente la extinción de las obligaciones, ya que de lo contrario la remisión se halla desprovista de sentido.

Pero al margen de esa desprolijidad ocurre que a tra-

vés de esa norma —como observó Dromi¹⁷— el Estado se autoatribuye la facultad de extinguir la obligación sin pagar, transformando el derecho adquirido mediante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y amparada, como tal, por la garantía constitucional de la propiedad, en una mera expectativa de cobro.

Incluso por conducto de este procedimiento el Estado no sólo podría, invocando la novación, transformar unilateralmente esa deuda reconocida por sentencia en una “nueva deuda” representada por bonos públicos u otros títulos análogos¹⁸, sino también —como lo destacó Barçaitz de Boggiano¹⁹— recurrir nada menos que al pago con beneficio de competencia. Aunque esta última posibilidad parezca ciertamente grotesca y risible lo cierto es que el decreto no la excluye, pues en uno de sus considerandos se expresa que “el carácter declaratorio de las sentencias contra el Estado juegue sólo cuando lo justifique una concreta razón de orden institucional. Tal razón podría ser, por ejemplo, *la carencia de fondos*, la certeza de que sobrevendrá un efecto gravemente perturbador o impeditivo del buen funcionamiento del Estado”.

Pero como el administrado, a su turno, carece de toda posibilidad de acceder a la información demostrativa de esos hechos al Estado le bastaría invocarlos para sustraerse al cumplimiento de la obligación sumiendo a aquél, por lo tanto, en absoluto estado de indefensión.

19. — No deja asimismo de llamar la atención la circunstancia de que, en los considerandos del decreto 679 el Poder Ejecutivo aparente cierta perplejidad frente al hecho de que la ley 3952 “nunca haya sido reglamentada a pesar de su larga vigencia”. La respuesta es sin embargo elemen-

¹⁷ Régimen de pago de las sentencias contra la Nación (A propósito de la Reglamentación de la ley 3952, decreto 679/88), “Jurisprudencia Argentina” del 22 de junio de 1988, p. 1.

¹⁸ BOSCH, *Las sentencias contra la Nación*, “La Ley” (actualidad) del 18 de agosto de 1988.

¹⁹ *El decreto 679/88 llamado de reglamentación del art. 7º de la ley 3952*, “El Derecho” del 25 de agosto de 1988, p. 1.

tal por la sencilla razón de que el art. 7º de dicha ley, en virtud de revestir el carácter de una norma procesal cuyo destinatario directo es el órgano judicial y no el Poder Ejecutivo no puede ser materia de un reglamento de ejecución en los términos del art. 86, inc. 2º de la Constitución Nacional, ya que la potestad reglamentaria se halla circunscripta a los preceptos que se vinculan con la organización administrativa del Estado y no se extienden a aquellos cuya aplicación compete en forma privativa a los jueces. De lo contrario, como bien lo puntualiza Marienhoff²⁰ el Poder Ejecutivo aparecería arrogándose funciones judiciales cuyo ejercicio veda el art. 95 de la Constitución Nacional.

20. — La actitud oficial resulta por lo demás contradictoria pues por un lado se invoca el art. 86, inc. 2º de la Constitución Nacional en ánimo —al parecer— de justificar la competencia del órgano ejecutivo para dictar el decreto, y por otro lado se requiere al mismo tiempo (mensaje 678 de la misma fecha) su convalidación por vía legislativa, con lo cual el Poder Ejecutivo abre un curioso interrogante acerca de dicha competencia.

21. — Tampoco cabe el encuadramiento del decreto comentado en los denominados de *necesidad y urgencia*. En primer lugar porque el Poder Ejecutivo optó explícitamente, aunque con manifiesto error según se ha visto, por la vía reglamentaria; en segundo lugar porque no se invoca ni describe una situación *actual* de aquella índole sino que simplemente se alude, en tono conjetural o hipotético, a la crisis que podría generarse frente a la eventual imposibilidad de cumplir sentencias de condena adversas al Estado nacional; y en tercer lugar —como lo advierte Cassagne²¹— el acto administrativo de que se trata contiene “un conjunto de normas destinadas a perdurar, cuyos efectos no se agotan

²⁰ *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., 1965, t. I, p. 259; DOCOBO, *El nuevo régimen de ejecución de las sentencias contra la Nación*, “Doctrina Judicial” del 29 de junio de 1988, p. 1.

²¹ *Op. cit.*

instantáneamente sino que regirán el cumplimiento de las sentencias que se dicten contra el Estado en forma permanente y genérica”.

22. — El decreto 679/88 incluye en sus términos no sólo al Estado Nacional, sino también a “sus entidades descentralizadas incluidas en el Presupuesto General de la Nación, y las entidades y organismos y empresas que reciban aportes del Estado nacional”.

A propósito de esta norma es del caso recordar que si bien la jurisprudencia de la Corte, en una primera etapa, excluyó del privilegio instituido por el art. 7º de la ley 3952 a las entidades descentralizadas²², posteriormente las declaró comprendidas en él siempre que “llenen funciones específicamente estatales”²³, y en precedentes más cercanos limitó aun más el concepto requiriendo que la entidad demostrara que el cumplimiento de la sentencia le resulta imposible o puede perturbar su normal desenvolvimiento²⁴.

De acuerdo con los términos en que se halla concebido el art. 1º del decreto 679 el privilegio puede ser invocado no sólo por las entidades que no cumplen específicas funciones estatales sino sólo industriales o comerciales sino también por cualquier ente que reciba aportes del Tesoro por conducto de subsidios, exenciones fiscales o cualquier otro beneficio. En virtud de que tales personas se hallan manifiestamente al margen del art. 7º de la ley 3952, parece claro que semejante extensión del privilegio comporta otro exceso reglamentario.

23. — Más allá de las manifiestas violaciones constitucionales que exhibe el decreto 679/88, y que termino de reseñar brevemente, su eventual aplicación sólo importará el agregado de un factor gravemente perturbador del ya de por sí prolongado y complejo itinerario que es preciso recorrer para lograr la satisfacción de un crédito del Estado por vía judicial.

22 “Fallos”, t. 150, p. 274.

23 “Fallos”, t. 253, p. 312 y otros.

24 “Fallos”, 295, p. 426; t. 304, p. 121.

El acreedor deberá ahora, en efecto, transitar las siguientes etapas ²⁵.

La primera consiste en el agotamiento de la vía administrativa a que se refieren los arts. 30 y 31 de la ley 19.549, con los extensos plazos que la última de las normas citadas concede al Poder Ejecutivo para expedirse.

La segunda —ya en sede judicial— se halla representada por la habilitación de la instancia, trámite que generalmente se prolonga en demasía a raíz de la morosidad en que suele incurrir la Administración en el envío al juzgado de las actuaciones administrativas, lo que asimismo coloca al litigante en la necesidad de reiterar peticiones.

La tercera etapa corresponde a la ulterior sustanciación del juicio, cuya excesiva duración obedece al extenso plazo que se concede al Estado para contestar la demanda (sesenta días), a la prolongación del plazo probatorio frente a los casos en que la Administración deba remitir expedientes, y a la posibilidad de que la sentencia de segunda instancia pueda, en ciertos supuestos, impugnarse a través del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema, remedio que, por lo demás, carece en la actualidad de toda justificación.

Superadas las tres instancias judiciales sobreviene una sexta etapa que con anterioridad a la promulgación del decreto se hallaba, como vimos, sensiblemente simplificada a raíz del criterio morigerador adoptado por la Corte y que ahora se convertirá en un penoso trámite administrativo cuya extrema complejidad conlleva el riesgo de reiterados pedidos de liquidación, numerosos incidentes e incluso de un nuevo pleito con sus tres instancias ordinarias.

Si se computa el hecho de que a partir de la emisión del acto administrativo las cinco primeras etapas insumen, como mínimo, y en la más optimista de las perspectivas, un lapso de cinco años, y que la última, ya el tema en manos de la Secretaría de Hacienda y del Congreso con su ulterior retorno al ámbito judicial, consumirá normalmente no me-

²⁵ Sobre esta cuestión MAIRAL, *La evolución del régimen de sentencias contra la Nación*, "La Ley" (actualidad) del 28 de julio de 1988.

nos de dos, el acreedor del Estado, en el mejor de los casos, deberá aguardar siete años para percibir su acreencia.

Por lo demás, frente al proceso inflacionario que padecemos, es razonable prever que durante el lapso que transcurre entre el envío del proyecto de presupuesto al Congreso y la aprobación de la ley respectiva la deuda se continúe licuando y que resulte necesaria, a la hora del efectivo pago, una nueva liquidación. Cabe preguntar si será necesario que ésta vuelva a incluirse en uno o más proyectos presupuestarios, y así sucesivamente.

Todo ello con el agravante de que si, sea por omisión de la Secretaría de Hacienda o por supresión de la partida correspondiente, el crédito no se incluye en la Ley de Presupuesto, todo ese verdadero calvario puede culminar no sólo en denegación de justicia sino también en una verdadera confiscación que obligará a la promoción de otro pleito.

Si bien, asimismo, el decreto analizado sólo comprende a las sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero, puede ser eventualmente aplicable a pronunciamientos judiciales que condenan a dar, hacer o no hacer, pues frente al incumplimiento de este tipo de prestaciones la obligación se transforma en la de pagar daños e intereses (arts. 889 y concordantes del Código Civil), o sea en una lisa y llana obligación dineraria que, como tal, debe ingresar en el esquema kafkiano que dicho decreto articula.

24. — Entretanto, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, aprobado por la República Argentina mediante ley 23.054, en su art. 25 otorga a toda persona "derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces" a fin de preservar sus derechos fundamentales incluso frente a quienes "actúan en ejercicio de sus funciones oficiales".

Paralelamente el legislador argentino viene centrando su preocupación, durante los últimos veinte años, en la articulación de nuevos tipos de procesos y en la simplificación del proceso ordinario en ánimo precisamente de hacer efectivo el adecuado acceso a la justicia. Y aunque, en la práctica,

ese anhelo se halla muy lejos de concretarse por razones ajenas al tema de esta disertación y que fueron certeramente expuestas por Cueto Rúa en una publicación reciente ²⁶, lo cierto es que las normas procesales vigentes traducen, axiológicamente, un apropiado plan de orden incompatible con el descarnado ritualismo que consagra el decreto 679.

25. — Se abren pues finalmente frente a éste perspectivas ciertamente sombrías —que no desvanecerá su conversión en ley formal— pues erigido el Estado nacional en un “moroso institucionalizado”, se avizoran las siguientes consecuencias:

1º) Las empresas que suelen contratar con el Estado multiplicarán el precio de sus ofertas como un elemental arbitrio, a título de “riesgo empresario”, destinado a protegerse contra los daños que puede irrogarles un eventual litigio judicial con aquél.

2º) Desalentará, inexorablemente, frente a tal peligro, las inversiones de capital que el país requiere y cuya necesidad el oficialismo y sus herederos eventuales no pierden oportunidad de señalar.

3º) Además de alimentar la burocracia, alentará la corrupción administrativa en tanto, frente a la indefensión judicial, los interesados en el cobro de sus créditos recurrirán a “influencias” no ciertamente “gratuitas” a fin de lograr la rápida incorporación de aquéllos al proyecto o proyectos de presupuesto ²⁷.

4º) Generará, al par que un lamentable retroceso jurídico, un lógico escepticismo en cuanto a la observancia de pactos internacionales y al acatamiento a la efectiva vigencia del principio de separación de los poderes.

²⁶ Sobre la administración de los recursos del Poder Judicial en la Argentina, en “La Ley” del 5 de octubre de 1988.

²⁷ TAWIL, *El decreto 679/88 y la ejecución de sentencias condenatorias contra la Nación*, en “La Ley” del 5 de septiembre de 1988.

REFLEXIONES EN TORNO AL SISTEMA
DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos
Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública
del 27 de octubre de 1988*

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

Esta sesión pública de nuestra corporación ha sido convocada para escuchar las reflexiones de nuestro distinguido miembro de número, el Dr. Juan Carlos Cassagne, a propósito del sistema de invalidez de los actos administrativos.

Para quienes no estén informados sobre su consagración al estudio y la enseñanza de la asignatura en que se debate este asunto —si aquí los hubiere—, creo útil señalar su destacada actuación como profesor titular en las universidades de Buenos Aires, Católica Argentina, del Salvador y del Museo Social y añadir que en esta última desempeña el Decanato de su Facultad de Derecho.

Como puede observarse, es hombre joven —sobre todo si se atiende a parámetros comparativos—, pero exhibe ya una importante suma de títulos y recompensas, verbigratia el primer premio en el concurso que lleva el nombre de nuestro digno colega el Dr. Manuel María Díez, instituido por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en 1970; el primer premio regional, asignado por el Ministerio de Cultura y Educación en 1978, y significativas distinciones acordadas en el extranjero. Y en la misma gama de investigaciones y docencia, ha presidido la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y dirigido la carrera de especialización en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires donde fue también profesor en cursos de doctorado.

Conjuez de la Corte Suprema de Justicia y de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo, es conocida su participación en la factura de importantes leyes como la de expropiaciones N° 21.499 de 1976 y otras relativas al régimen jurídico de la función pública y a la promoción de la actividad industrial. A lo que cabría añadir su presencia diligente y útil en la redacción del proyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo y del Código de Fomento Industrial y Minero, amén de otras iniciativas o participaciones en punto al régimen propio de las empresas del Estado.

En la administración nacional, ejerció la Subsecretaría de Industria y Minería y fue también Asesor Jurídico del Ministerio de Defensa y de la Dirección Nacional de Fabricaciones e Investigaciones Aeronáuticas.

De su obra escrita mencionaré tan sólo *El Acto Administrativo, Ejecutoriedad del Acto Administrativo* y su *Derecho Administrativo* (dos volúmenes), a los que se suma un centenar de artículos y numerosas conferencias. En total, una ingente labor que acredita la imagen de una calificada personalidad de jurista y de maestro.

Escuchémosle, pues, con la atención que su personalidad y el tema de su disertación reclaman.

REFLEXIONES EN TORNO AL SISTEMA DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: I. Sentido actual del sistema de invalidez de los actos administrativos. - II. Semejanzas y diferencias fundamentales entre los sistemas español y argentino. - III. Supervivencia de mitos y errores. - IV. Sobre las reglas, principios y categorías que se considera conveniente mantener en el sistema de invalidez. - V. La nulidad manifiesta como categoría de invalidez y el papel que desempeña en el derecho administrativo. - 1. El concepto técnico de nulidad manifiesta y su conexión con el principio de legalidad. - 2. Nulidad manifiesta y presunción de validez. - 3. Nulidad manifiesta y suspensión de los efectos del acto administrativo ante la propia Administración y en sede judicial. - VI. Consecuencias de la nulidad absoluta: a) imprescriptibilidad de la acción; b) declaración "ex officio". - VII. Reflexiones finales sobre el sistema de invalidez de los actos administrativos.

I. *Sentido actual del sistema de invalidez de los actos administrativos*

El transcurso de quince años desde la sanción de nuestra Ley Nacional de Procedimientos Administrativos¹ suscita un sinnúmero de reflexiones acerca de los resultados que ha provocado su aplicación en las distintas instituciones y categorías que integran el derecho administrativo. La experiencia acumulada en ese lapso, que ha ido nutriéndose con los aportes provenientes de sus principales protagonistas (abogados, jueces y funcionarios) junto a la crítica de los juristas especializados en la disciplina, permite comprobar cómo han funcionado, en el orden de la realidad, las nor-

¹ La L.N.P.A. fue publicada en el "Boletín Oficial" del día 27 de abril de 1972, con el N° 19.549, habiéndosele introducido algunas modificaciones en el año 1977 por ley N° 21.686. En lo que concierne a la fuente de las normas que regulan el acto administrativo (Título III, incluidos los preceptos sobre invalidez) los integrantes de la comisión que redactó el proyecto (Dres. Cozzi, Escola y Young) han declarado haber seguido, en lo esencial, las posturas expuestas por el doctor Miguel S. Marienhoff en su conocido *Tratado*.

mas y principios de la L.N.P.A. y, al propio tiempo, juzgar el acierto o no de sus prescripciones².

En ese marco, una de las cuestiones centrales que corresponde reexaminar es la que plantea toda la problemática inserta en torno de la teoría de las nulidades o invalidez del acto administrativo, la cual representa un ejemplo vivo de la tensión existente entre prerrogativa y garantía, cuya funcionalidad práctica constituye un buen termómetro para medir el grado máximo de ilegalidad que se tolera o consiente en una Administración Pública determinada.

Esta funcionalidad práctica, junto al conocimiento de las deformaciones que anidan no tanto en la estructura del sistema como en la conducta de quienes lo alegan o aplican, arroja no poca luz acerca de los caminos que hay que recorrer para hallar soluciones que, aun sin vocación de eternidad, mejoren el actual estado de cosas y, en definitiva, hagan más digna y justa la coexistencia humana y el papel del Estado frente a ella como verdadero garante del bien común.

En este sentido, el mejor sistema que pueda instituirse para sancionar las ilegalidades en que incurre la Administración Pública resulta infructuoso en la medida en que no se haga carne en la conciencia individual y colectiva de las personas que intervienen en el complejo proceso que culmina con el juzgamiento de aquellas conductas.

El análisis de la trama que configura esa realidad exhibe un panorama de constante violación del ordenamiento jurídico por parte de la Administración Pública, síntoma inequívoco de la crisis que afecta a la sociedad, cuyas causas no pueden atribuirse sin más a las fallas del sistema normativo.

De ese modo, sin acudir a los lugares comunes que explican la crisis como proceso sociológico, intentaré discernir cuáles son, auscultando aquella realidad, los principales

² Al tiempo de cumplir los treinta años, algo semejante ocurre con la Ley Española de Procedimiento Administrativo sancionada el 17 de julio de 1958, cuya influencia en nuestro derecho ha sido muy grande, al igual que la doctrina generada alrededor de su interpretación.

motivos que suelen llevar a los órganos de la Administración a realizar hechos y actos violatorios del orden jurídico que, por lo común, lesionan también los derechos básicos de las personas.

Tales motivos principales obedecen a diferentes razones y aunque el derecho las engloba a todas bajo el *nomen juris* de “desviación de poder”, ellas rebasan casi siempre la finalidad encubierta que persiguen y se proyectan hacia los demás elementos del acto administrativo pues, para alcanzar el fin desviado, hay que forzar o quebrar las reglas y principios objetivos que rigen la competencia, objeto y forma del acto administrativo, operándose a veces hasta la desfiguración de la verdadera razón que justifica su dictado.

En ese plano, la llamada desviación de poder obedece a una dicotomía de intereses públicos y privados, fenómeno ya suficientemente estudiado por la doctrina, aunque escasamente recogido por la jurisprudencia, aun en Francia³ donde nació esta teoría como una de las causales de apertura del recurso por exceso de poder.

Desde luego, que se trata de un fenómeno no circunscrito exclusivamente al ámbito de los actos administrativos, habida cuenta de que tanto las leyes como los reglamentos pueden perseguir fines encubiertos y, tras la apariencia de un objetivo de interés general, emitirse en realidad para beneficiar a un partido político, o a un sector, empresa, grupo o individuo determinado.

Pero las técnicas procesales que operan en el juzgamiento de la desviación de poder en el acto administrativo son distintas. También lo son la estructura y el proceso de formación de las normas generales, cuya publicidad hace

³ La jurisprudencia francesa no suele abordar la comprobación de la desviación del fin del acto administrativo (de prueba engorrosa, difícil, cuando no prácticamente imposible) lo que conduce a las partes y al juez a verificar primero la existencia de aquellos vicios que poseen mayor objetividad. Sobre el tema: ANDRE DE LAUBADERE, *Traité de Droit Administratif*, t. I, p. 506, París, 1970; J. M. AUBY, y R. DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, 2ª ed., t. II, ps. 406-407, París, 1975, apuntan que la admisión, en la actualidad, de la desviación de poder es poco frecuente; ver también: GEORGES VEDEL y PIERRE DEVOLVE, *Droit Administratif*, p. 805, 9ª ed., París, 1984; RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, t. I, p. 726, París, 1986.

posible que la opinión pública y los medios de comunicación actúen como controles informales de la legalidad y moralidad del obrar de la Administración Pública.

En cambio, la desviación de poder en el acto administrativo suele quedar la más de las veces impune, ya que, excluyendo la impugnación que deduzca el afectado (quien puede no hacerla por la presión que sobre él ejerza la Administración y hasta por la esperanza de recibir otros favores o el temor de perder ventajas o beneficios que el Estado le venía otorgando) la comunidad no dispone de instrumentos efectivos para corregir y sancionar las conductas desviadas.

En este contexto se ha generalizado una suerte de concierto ilícito entre los intereses encubiertos, abandonándose las formas clásicas que se venían utilizando hasta no hace mucho tiempo para ligarse en operaciones más rebuscadas y sutiles, donde se mezcla promiscuamente lo público con lo privado, sin dejar de advertir tampoco aquellas actuaciones de neto corte ideológico, típicas de un Estado proclive a la práctica del activismo político.

De lo expuesto se desprende que siendo la desviación de poder una deformación generalizada del obrar administrativo de muy difícil comprobación por el juzgador, el verdadero problema que enfrenta todo sistema normativo o jurisprudencial consiste en establecer un conjunto mínimo de técnicas y garantías de juzgamiento eficaces que impidan aquella generalización y permitan detectar su presencia, aun dentro de otros vicios.

El sistema de las nulidades pasa a erigirse entonces, por sobre todo, en una garantía de los intereses públicos involucrados en la actuación estatal que no contradice ni desplaza la eficaz protección de los intereses particulares afectados por los actos administrativos ilegítimos que, si bien cuando operan lo hacen en procura de una sanción persiguiendo un fin privado, actúan también como colaboradores de la legalidad administrativa.

Esa conjunción o amalgama entre el interés público y

el privado, aparece en un ámbito donde se produce el enfrentamiento entre dos principios opuestos como son el de seguridad o conservación de los actos jurídicos y el de protección del ordenamiento, montado este último sobre el respeto a las diferentes especies de justicia. En efecto, mientras la idea de seguridad o conservación conduce a ver en la nulidad sustancialmente una pena o sanción limitada por el principio de textualidad y de restricción⁴, la realización de la justicia juega como una garantía exigida y reclamada, antes que nada, por el interés público dentro del cual la protección de la moralidad de la Administración ocupa un lugar prevaleciente, en virtud de la jerarquía del bien jurídico tutelado.

Este último es, sin duda, el sentido que corresponde asignar a la teoría de las nulidades en el derecho administrativo, que no puede ser otro que la defensa del orden jurídico que el Estado instituye para alcanzar sus fines, donde si bien tiene cabida la seguridad jurídica, ésta no se transforma en el eje de todo el sistema ni desplaza aquellos principios superiores como son la buena fe, verdad material y finalidad pública⁵.

Así se explica porqué la garantía de observancia del ordenamiento jurídico pasa a ser la función primordial del sistema de nulidades del acto administrativo, aun por encima de la seguridad jurídica, relegándose así no sólo la aplicación de los principios de textualidad y de restricción⁶

⁴ Conf. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, p. 52, Madrid, 1972.

⁵ Ver: ELÍAS P. GUASTAVINO, *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, t. I, ps. 28-29, Buenos Aires, 1988; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, op. cit., p. 54, sostiene la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el de justicia apuntando que "este equilibrio hay que entenderlo en un sentido predominantemente dinámico, esto es, como un proceso de correcciones y rectificaciones hacia la justicia o hacia la seguridad según las circunstancias externas a la categoría, o la estructuración legal de la misma experimentasen una inclinación hacia el extremo contrario".

⁶ Ha dicho SANTAMARÍA PASTOR (op. cit., ps. 52-53) que "la pugna de los principios de justicia y seguridad se refleja en la teoría de la ineficacia como enfrentamiento de dos opuestas calificaciones: el predominio del principio de seguridad, de la conservación de los actos jurídicos, del mantenimiento a

sino también el de que nadie puede alegar su propia torpeza, cuya invocación se admite cuando la Administración demanda o excepciona la nulidad, respecto de un acto que contiene vicios que le son imputables, en resguardo de los principios de legalidad y razonabilidad de los actos del Estado.

II. *Semejanzas y diferencias fundamentales entre los sistemas español y argentino*

Si bien no es mi propósito realizar aquí la exégesis de los preceptos básicos que integran el ordenamiento argentino ni tampoco abordar en detalle la totalidad de los principios que lo rigen y el modo en que se opera su recepción jurisprudencial, a partir de la sanción de las respectivas normas en el derecho positivo, paso a destacar las grandes líneas y criterios que lo presiden. En este sentido, resulta útil efectuar un examen comparativo con el sistema español, que constituye una de las pocas regulaciones positivas sobre la invalidez administrativa existentes en el derecho europeo.

En ambos países existe una regulación legal de los tipos de invalidez fundamentalmente sobre la base doctrinaria de las ideas expuestas por un solo autor. Así ocurre, en España, con la nulidad de pleno derecho inspirada en la obra de Garrido Falla⁷ y, en Argentina, con las concep-

ultranza de la estabilidad, de la protección de la apariencia en el mundo comercial inclina a calificar la nulidad como pena, como técnica sancionadora que, por lo mismo, debe ser restringida y limitada al dogma de la libertad. Esta consideración supone dos consecuencias prácticas: primera, que únicamente deben admitirse las ineficacias expresamente declaradas por el ordenamiento jurídico (principio de textualidad), y segunda, que los supuestos de ineficacia expresamente reconocidos deben ser objeto de interpretación restrictiva, quedando proscriptas todas las formas de extensión por vía analógica (principio de restricción)".

⁷ FERNANDO GARRIDO FALLA, en el prólogo al libro de SANTAMARÍA PASTOR (op. cit., p. 19) al referirse a la Ley de Procedimiento Administrativo señala el hecho de que "la enumeración de supuestos de nulidad que se contienen en el art. 47 de esta última ley, sea exactamente, incluso con

ciones de Marienhoff, que han sido seguidas prácticamente en toda la regulación de las nulidades (en sentido amplio) ⁸.

También tanto en España como en la Argentina compete al Poder Judicial el juzgamiento de las acciones en que es parte la Administración Pública.

A diferencia de otros sistemas como el francés, donde las reglas y principios han sido creados y formulados por obra de la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado, el papel de la ley, en esta materia y, en general, en todo el derecho administrativo vernáculo, ha tenido una mayor relevancia en la acción de modelar las principales instituciones que rigen el obrar de nuestra Administración Pública ⁹.

Porque si se trata precisamente de eso, de la necesidad de elaborar fórmulas que procuren ajustar la realidad a un sistema de justicia, no puede desconocerse que nuestros jueces se encuentran más inclinados a juzgar el caso concreto con ajuste estricto a las leyes antes que a establecer principios de aplicación uniforme y constante destinados a regir la conducta del Estado y de los particulares.

A su vez, los sistemas español y argentino recogen dos grandes categorías de invalidez fundadas en la mayor o menor gravedad del vicio, planteándose problemas semejantes en punto a ciertas cuestiones fundamentales como la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta y la extinción de oficio de los actos administrativos, donde se revela, al menos, la falta de una adecuada conexión con pretendidos dogmas del proceso contencioso administrativo, como son la configuración de plazos de caducidad y la teoría del acto firme o consentido.

análogas palabras, la propuesta en 1956 en mi libro *Régimen de impugnación de los actos administrativos*".

⁸ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 455 y ss., Buenos Aires, 1975.

⁹ Lo expuesto no impide reconocer el hecho de que algunas instituciones hayan surgido por obra de la jurisprudencia pretoriana de la Procuración del Tesoro de la Nación, tal como ocurrió con la llamada denuncia de ilegitimidad recogida después por el art. 1º inc. e), ap. 6 de la L.N.P.A. (Conf. JESÚS LUIS ABAD HERNANDO, *La denuncia de ilegitimidad en el derecho administrativo argentino* en "Estudios de Derecho Administrativo", p. 229, Mendoza, 1985).

De otra parte, existen algunas importantes diferencias entre ambos sistemas que se centran, fundamentalmente, en la excesiva amplitud de la regulación de los supuestos que configuran la nulidad absoluta ¹⁰ circunstancia ésta que ha contribuido, en nuestro país, a la consolidación de una jurisprudencia proclive a inclinarse por la estabilidad a rajatabla de los actos administrativos, aplicando estrictamente los plazos de caducidad que rigen su impugnación, aun en aquellos casos de graves infracciones al ordenamiento jurídico. En este sentido, la tipificación de la mayor parte de los vicios de forma como supuestos de nulidad absoluta, revela otra distinción importante ya que, en el ordenamiento positivo argentino, no parece haberse tenido en cuenta la naturaleza instrumental que revisten las formas del acto administrativo.

Por otro lado, la L.N.P.A. se distingue también de la ley española en que el aumento de las causales de nulidad absoluta genera una correlativa disminución de las posibilidades de alegar la anulabilidad, lo que resulta confirmado por el criterio abstracto y residual que consagra el art. 15 de la L.N.P.A., que no parece coincidir con el que rige la clasificación de los actos nulos ¹¹.

III. *Supervivencia de mitos y errores*

La teoría de las nulidades en el derecho administrativo exhibe un conjunto considerable de mitos y errores que le

¹⁰ En el mismo sentido: JUAN RAMÓN ESTRADA, *La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular*, en Rev. "La Ley", t. 1976-D, p. 820, nota 54.

¹¹ En efecto, el artículo 15 de la L.N.P.A. emplea el criterio según el cual resulta anulable un acto administrativo cuando el vicio o defecto no alcanza a impedir la existencia de algún elemento esencial. Sin embargo, la enumeración de los casos de nulidad absoluta contenida en el artículo 14 contiene algunos supuestos en que no se altera la existencia misma del elemento esencial (v.gr. falsa causa o violación de formas esenciales). En el sistema español, según anota GARRIDO FALLA, la regla general es la anulabilidad (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 635, Madrid, 1980). Lo cierto es que el artículo 48 de la L.P.A. de España realiza una ejemplificación más detallada de los casos de nulidad relativa, aun partiendo de un criterio residual.

restan funcionalidad, cuya depuración conlleva la necesidad de que se opere una profunda transformación en los criterios jurisprudenciales. De no ocurrir ello en el futuro, al menos en el derecho argentino, habrá que proceder a la reforma de la ley, ya que la subsistencia de aquellos defectos en la relación Estado-particular deja prácticamente inerte a este último frente a los excesos y abusos de los funcionarios públicos, socavando las propias bases del Estado de Derecho.

En efecto, si uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho es la limitación del poder de la Administración por los principios de legalidad y de razonabilidad (legitimidad en sentido amplio) no puede concebirse que, mediante un mero artilugio ideal y abstracto como es la presunción de legitimidad, subsistan actos administrativos que han infringido el ordenamiento, actos que resultan, a su vez, saneados por el transcurso del tiempo, aun cuando adolezcan de vicios de nulidad absoluta.

De lo contrario se trastrueca la función primordial que cumple el sistema de la invalidez administrativa como garantía de la observancia del ordenamiento jurídico público, asignándole prevalencia a sólo uno de los valores de ese sistema, como es, sin duda, la estabilidad de relaciones jurídicas, creadas, muchas veces, unilateralmente por el Estado, limitándose el alcance del principio de legitimidad, superior en jerarquía, que es la razón de ser de todo el sistema sancionatorio y en el que la seguridad jurídica debe hallar su cauce dentro de un esquema subordinado a los fines de bien común que persigue dicho ordenamiento.

Quien se adentre con objetividad en el estudio de las nulidades del acto administrativo puede advertir una suerte de "mitología jurídica"¹² basada en un conjunto de ideas que solamente se mantienen como creencias estructuradas bajo la forma de dogmas absolutos.

¹² La persistencia de los mitos jurídicos ha sido puesta de relieve por SANTI ROMANO en *Fragmentos de diccionario jurídico*, traducción de la ed. italiana, p. 225 y ss., Buenos Aires, 1964.

Entre esos mitos, aparte de la concepción absoluta sobre la presunción de legitimidad del acto administrativo, se encuentra la teoría del acto firme o consentido según la cual, en el mejor de los casos, se sostiene que un acto repugnante al ordenamiento adquiere firmeza¹³ y que su invalidez no puede ser declarada a instancias del particular una vez transcurridos los plazos de articulación de los recursos administrativos o judiciales, aun cuando se trate de graves transgresiones al ordenamiento¹⁴.

De allí se deriva el error de postular la extinción de la acción de nulidad absoluta por obra del vencimiento de los plazos de caducidad sin otorgar ni siquiera legitimación al particular para que pida la revocación o revisión del acto ante la propia Administración¹⁵ lo que conduce, en los hechos, a desconocer el principio de imprescriptibilidad que es propio de este tipo de invalidez¹⁶.

Otro mito es el carácter restrictivo o excepcional que suele atribuirse a la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta sin admitir su extensión por vía analógica para san-

13 Conf. JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, p. 116, Ed. Civitas, Madrid, 1986, apunta que la firmeza del acto no implica convertirlo en legal "sino simplemente que ya no se admiten pruebas para demostrar la ilegalidad".

14 Según Muñoz al consagrarse el agotamiento de la instancia como un presupuesto de la acción procesal se crea una ineludible articulación entre el proceso contencioso administrativo y los recursos instituidos en la reglamentación de la L.N.P.A. para producir aquel agotamiento, reconociendo, sin embargo, lo disvalioso de esta solución al expresar que "esa articulación produce un efecto tan discutible como pernicioso: el vencimiento de los fugaces plazos para interponer los recursos en sede administrativa trae aparejada la pérdida de los derechos de fondo" (conf. GUILLERMO A. MUÑOZ, *El reclamo administrativo previo*, en Rev. "La Ley", diario del 23/3/88, p. 5).

15 En el derecho español, el interesado puede pedir a la Administración que, en cualquier momento, ésta revise sus actos de nulidad absoluta, de acuerdo con el precepto contenido en el art. 109 de la L.P. En la doctrina argentina se ha sostenido que no existen plazos para solicitar a la Administración la revocación del acto nulo ni plazo para demandar judicialmente su nulidad (conf. TOMÁS HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ps. 381-382, Buenos Aires, 1985).

16 Véase JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, p. 116, Madrid, 1977; JUAN A. SANTAMARÍA PAS-TOR, op. cit., p. 439; TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., t. I, p. 497. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta de un acto administrativo ha sido sostenida por nuestra Corte Suprema en el conocido caso "Los Lagos" ("Fallos" 190:149).

cionar las infracciones al orden público administrativo que no hubieran sido objeto de regulación expresa, de lo cual se ha derivado la idea que postula el carácter tasado o cerrado de las causales de nulidad absoluta o de pleno derecho, como principio general¹⁷.

Con esos dogmas conviven no pocos errores como la confusión entre nulidad e inexistencia y, sobre todo, entre la nulidad manifiesta y la nulidad absoluta o de pleno derecho, que conducen a elaborar concepciones que exhiben grandes fallas lógicas, las cuales terminan proyectándose a los criterios utilizados para diferenciar las infracciones más graves de las más leves, donde los sistemas acusan una gran incongruencia.

IV. *Sobre las reglas, principios y categorías que se considera conveniente mantener en el sistema de invalidez*

Es cierto que el sistema de nulidades requiere la revisión de una serie de postulados dogmáticos con el objeto de asignar prevalencia a los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, particularmente el orden público administrativo, revitalizando las principales técnicas de tipificación y de juzgamiento de los vicios de los actos administrativos.

Pero esa afirmación no implica desconocer la existencia de verdaderas técnicas de avanzada en la línea garantística del ordenamiento que corresponde atribuir a la teoría de la invalidez, lo cual no excluye la más amplia protección hacia los particulares, quienes, fuera de sus fines privados, se desempeñan como colaboradores del interés público, insertados en el ordenamiento jurídico administrativo, que los legitima para que, en definitiva, prevalezcan los principios cardinales del Estado de Derecho.

La categorización en dos clases de nulidades fundada

¹⁷ Véase JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., ps. 318-319. En la Argentina, HUTCHINSON sostiene que, en nuestro derecho, las nulidades no se encuentran tasadas ni enumeradas taxativamente (op. cit., t. I, ps. 296 y 302).

en la mayor o menor gravedad del vicio o si se prefiere—como lo vengo sosteniendo hace tiempo— en la afectación o no del llamado orden público administrativo ¹⁸, con diferentes consecuencias para ambas en punto a prescripción de las acciones y saneamiento o convalidación de los actos viciados, facilita y simplifica la aplicación de las sanciones respectivas por las violaciones al ordenamiento jurídico, amenguando las dudas interpretativas que pudieran configurarse en cada caso.

Frente a ese esquema bipartito, la teoría de la inexistencia viene a incorporar una complicación inútil a la teoría de la invalidez ¹⁹, convirtiéndose, en definitiva, en una tercera categoría que tiende a desplazar a la nulidad absoluta, tal como lo demuestra la experiencia histórica que se desprende de lo acontecido en el proceso de evolución de esa teoría en el derecho francés ²⁰.

Pretender—como sostienen algunos ²¹— que el derecho debe otorgar legitimación para accionar contra actos inexistentes, sobre la base de sostener que cuando el acto carece de algún elemento esencial hay inexistencia pues el acto no ha nacido, implica un contrasentido que reposa en la confusión entre la nulidad de pleno derecho (en sentido estricto) e inexistencia ²².

¹⁸ JUAN CARLOS CASSAGNE, *El acto administrativo*, p. 252, Buenos Aires, 1974.

¹⁹ Ver: ERNESTO E. NIETO BLANC, *Nulidad en los actos jurídicos*, p. 106 y ss., Buenos Aires, 1971, formula una completa y lúcida crítica a la teoría concluyendo en que “la correcta construcción de la invalidez en los actos jurídicos no deja margen posible a la figura de la inexistencia” (p. 125).

²⁰ JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. II, p. 218, 2ª ed., Buenos Aires, 1987; HENRY, LEÓN y JEAN MAZEAUD, op. cit., ps. 524-525; por su parte, GARRIDO FALLA ha dicho que “la hipótesis de la ‘inexistencia’ o está pensando en supuestos en que realmente no hay acto administrativo (en cuyo caso resulta absurdo hablar de acto viciado) o presupone al menos la existencia material de un aparente acto administrativo, en cuyo caso el tratamiento jurídico del mismo no tiene porqué diferenciarse de la nulidad absoluta” (conf. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 413, 19ª ed., Madrid, 1987).

²¹ JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, op. cit., ps. 84; JOSÉ ROBERTO DROMI, *El acto administrativo*, ps. 131-132, Madrid, 1985.

²² No es el caso de abordar aquí la evolución que tuvo la llamada nulidad de pleno derecho en el derecho romano y la aparición de otra especie de nulidad (relativa) dependiente de juzgamiento; véase GEORGES RIPERT y

En realidad, todo se reduce a postular que un acto al cual le falte alguno de sus elementos esenciales no existe jurídicamente pese a lo cual se reconoce que produce efectos jurídicos y que para hacerlos cesar resulta necesaria una declaración judicial o administrativa ²³.

Como se sabe, en la base de esta concepción está hoy día la teoría de la apariencia, aunque su origen obedeció más bien a la necesidad de superar el principio de textualidad recogido por la mayoría de los Códigos Civiles del siglo pasado.

Pero ¿qué sentido tiene acordar legitimación para invalidar algo que no existe? ¿No será que para el derecho la declaración de voluntad y la consecuente producción de efectos jurídicos implican la existencia de un acto, aun cuando le falte algún otro elemento?

En rigor, el defecto fundamental en que se incurre al propiciar la concepción de la inexistencia consiste en marginar la naturaleza esencial e inescindible que en el acto jurídico tiene la declaración de voluntad productora de efectos ²⁴ olvidando que la esencialidad de los restantes requisitos (v.gr. competencia) tiene como sentido lograr que el acto se considere completo al proyectarse aquella voluntad a los demás elementos, sin que sus vicios impidan la producción de consecuencias jurídicas. En este caso, se configuraría siempre un acto inválido, mientras que si falta la declaración de voluntad, de opinión o de juicio, simplemente no hay acto y lo que puede configurarse en todo

JEAN BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Parte General, ps. 451-452, trad. del francés, Buenos Aires, 1963; HENRY, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, t. I, ps. 338-339, trad. del francés, Buenos Aires, 1970. En España, es bastante original la investigación que ha hecho SANTAMARÍA PASTOR sobre el origen romanista de las nulidades (op. cit., p. 72 y ss.).
²³ Véase JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, op. cit., ps. 83-86.

²⁴ Sobre el papel que tiene la voluntad en el acto jurídico BUSTAMANTE ALSINA advierte —siguiendo a BETTI— que la esencia del acto jurídico no se encuentra en la mera voluntad desprovista de toda cualidad “sino en la regulación de intereses dispuesta para el futuro, mientras que la voluntad está sólo en segundo plano, como proyectada a la finalidad práctica de aquélla” (conf. JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Responsabilidad Civil y otros Estudios*, p. 402, Buenos Aires, 1984).

caso es un comportamiento material, cuya ilegalidad se subsume en la categoría llamada de la vía de hecho administrativa.

Por todas esas razones, el mantenimiento del esquema bipartito, nulidad absoluta-nulidad relativa (con otra terminología —en la L.N.P.A.—, acto nulo- acto anulable), resulta a todas luces tan necesario como conveniente para garantizar la realización del ordenamiento público, aun cuando no exista una coincidencia plena con las categorías de invalidez del derecho privado legisladas en nuestro Código Civil.

La realización de los fines que persigue ese ordenamiento constituye un objetivo que se hace patente en el abandono del principio de textualidad, el que resulta sustituido por la admisión de las nulidades implícitas o virtuales²⁵, como también por el reconocimiento de un principio radicalmente opuesto al que rige en el derecho civil, según el cual la Administración puede alegar su propia torpeza²⁶ con fundamento en que, al perseguir intereses públicos y actuar en representación de la comunidad superior perfecta y soberana que es el Estado, ella tiene el deber de extinguir los actos que contengan vicios, aun cuando éstos le fueran imputables a un funcionario público determinado.

En ese marco, es posible advertir, además, algunas reglas y técnicas que coadyuvan a la consecución de los fines públicos y aun a garantizar los derechos de los particulares como son aquéllas que tienden a compensar la exigencia de la legalidad con el principio del “favor acti”, tales como la nulidad parcial, la convertibilidad del acto nulo y la convalidación del acto anulable²⁷.

25 RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. II, ps. 144-145, Buenos Aires, 1964; MANUEL MARÍA DIEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, p. 232, Buenos Aires, 1977; JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 216; AGUSTÍN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, 2ª ed., p. 359, Buenos Aires, 1969.

26 BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 360-361, Buenos Aires, 1968; JOSÉ ROBERTO DROMI, op. cit., p. 141.

27 Conf. TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., t. I, p. 296.

V. *La nulidad manifiesta como categoría de invalidez y el papel que desempeña en el derecho administrativo*

Hasta aquí se han examinado algunas de las técnicas aplicables a la invalidez de los actos administrativos que resulta útil y necesario mantener en vista de los fines que persigue el ordenamiento. Veamos ahora algunos aspectos de la teoría que requieren algún ajuste o reforma para consolidar el funcionamiento eficaz del sistema de las nulidades, donde la doctrina no ha renunciado a las discrepancias tanto lingüísticas como metodológicas.

1. *El concepto técnico de nulidad manifiesta y su conexión con el principio de legalidad*

Cuando el vicio del acto administrativo surge de un modo palmario y notorio y es advertible a simple vista sin necesidad de realizar investigaciones y pruebas complementarias, se está ante lo que técnicamente se denomina una "nulidad manifiesta".

Se trata de una categoría o tipo de invalidez que apunta a comprobar la violación del ordenamiento jurídico por la visibilidad externa del vicio antes que por una falla intrínseca relacionada con la mayor o menor gravedad de la infracción.

La coincidencia que existe, en muchos casos, entre los actos nulos y los de nulidad manifiesta, ha introducido no poca confusión en punto al criterio para deslindar las diferentes especies de invalidez y hasta se han hecho grandes esfuerzos dialécticos tendientes a demostrar que lo manifiesto de un vicio equivale al acto nulo de pleno derecho ²⁸.

²⁸ En este sentido: JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 300 y ss., Madrid, 1964; RAFAEL ENTRENA CUESTA, *El proyecto de ley de revisión de la Ley de Procedimientos Administrativos*, en el N° 68 de la revista "Documentación Administrativa"; TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, ps. 236-237, Madrid, 1970, este último autor apunta sin embargo que la nulidad manifiesta "puede jugar, con las debidas cautelas, un cierto papel

En rigor, son dos cosas distintas y esto se ve más claro en el derecho administrativo, donde la categoría de las nulidades manifiestas cumple la función de preservar el principio de legalidad que debe regir la actuación estatal.

En efecto, si nos atenemos al modo ostensible o manifiesto como se presentan los vicios ante quien aplica el ordenamiento o juzga su violación, bien puede acontecer que un vicio, sea de nulidad absoluta o relativa, surja de una manera manifiesta, sin necesidad de realizar alguna investigación de hecho para comprobarlo.

Desde luego que el derecho de cada país puede prescribir o no esta clase de nulidad, acogida entre nosotros tanto por la doctrina²⁹ como por la jurisprudencia³⁰ y la legislación sobre amparo, que prevé esta acción para proteger los derechos y garantías constitucionales conculcadas cuando el acto de la Administración adolezca de "ilegalidad o arbitrariedad manifiesta"³¹.

Por su conexión con el principio de legalidad el funcionamiento independiente de la nulidad manifiesta, como categoría paralela al esquema bipartito clásico (nulidad absoluta-nulidad relativa), presenta una utilidad innegable en cualquier sistema que procure lealmente la realización plena del citado principio. Su inserción se proyecta principalmente en el funcionamiento de dos de los denominados caracteres que posee el acto administrativo, limitando el

de límite de potestades de utilización excepcional y de correlativa garantía de los sujetos llamados a soportar las consecuencias negativas del ejercicio de aquéllas".

²⁹ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 473 y ss.; JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., t. II, ps. 207-209; TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., t. I, p. 306 y ss. En contra: AGUSTÍN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, p. 349, Buenos Aires, 1969.

³⁰ "Fallos de la Corte Suprema de la Nación" 248:437; 249:26; 250:682 y 772; 253:18. Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha aceptado para el derecho administrativo la clasificación entre nulidad absoluta y relativa como categorías diferentes a la de nulidad manifiesta o no manifiesta (Conf. caso "Miguel A. Litardo c/Provincia de Buenos Aires", Revista "La Ley", Repertorio XXX, año 1970-A-I, p. 56; "Diario de Jurisprudencia", Boletín Judicial de la Provincia de Buenos Aires, 89-5).

³¹ Así lo sostuvimos en nuestro libro *El acto administrativo*, p. 250, Buenos Aires, 1974; este criterio ha sido aceptado por TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., t. I, p. 308.

sentido absoluto de la presunción de legitimidad y colocando en su justo medio a la prerrogativa de la ejecutoriedad, como facultad exorbitante, que le permite a la Administración hacer cumplir el acto por sus propios medios y, excepcionalmente, utilizar la coacción ³².

2. *Nulidad manifiesta y presunción de validez*

Una primera consecuencia que se desprende de la admisión de la nulidad manifiesta tiene que ver con la presunción de validez o legitimidad del acto administrativo, que nuestro ordenamiento consagra en el art. 12 de la L.N.P.A.

En efecto, el modo notorio y advertible a simple vista con que aparezca un vicio en el acto administrativo desplaza aquella presunción y al desplazarla cesa también la obligación del administrado de cumplir lo que el acto dispone, ya que nadie puede hallarse obligado, y menos forzado por la ejecutoriedad que es propia de los actos administrativos, a hacer algo que resulta ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico.

Esto es así por cuanto siendo una presunción que supone la validez provisoria de los actos administrativos, ella no puede ser absoluta tanto por la razonabilidad que cabe atribuir al ordenamiento como por la injusticia que puede ocasionar la interpretación más autoritaria acerca del alcance de la presunción. Es posible que se crea que de esta manera el particular se convierte en el juez de los intereses públicos pero esto constituye, en realidad, una verdadera falacia, ya que, en definitiva, será ese particular quien deberá responder ante la justicia por su conducta frente a la Administración, arriesgando muchas veces su libertad y su patrimonio.

Por todo ello, el reconocimiento de la nulidad manifiesta termina potenciando el papel del juez como órgano im-

³² Sobre la noción de ejecutoriedad nos remitimos a lo expuesto en nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, p. 286 y ss.

parcial e independiente que controla que el ejercicio del poder público (por parte de la Administración) no afecte los derechos de las personas y se ajuste a los límites que le marca el ordenamiento.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en la causa "Arezon" una doctrina que recoge los nuevos principios que deben imperar en materia de nulidad de reglamentos donde según Grecco ³³ el examen de razonabilidad encuentra su culminación al invalidar un reglamento por la inexistencia de criterios racionales en la discriminación efectuada en la norma general. En el caso el actor promovió una acción de amparo tendiente a lograr la nulidad de una Resolución del Ministerio de Educación que le impidió matricularse en un Instituto Superior de Profesorado, por no contar con la estatura mínima exigida por una disposición reglamentaria del citado Ministerio (que era de un metro sesenta centímetros). La Corte declaró admisible el amparo a pesar de tratarse de un supuesto en que se ventilaba un planteo de inconstitucionalidad acerca de una resolución ministerial de alcance general (vedado por el artículo 2º, inc. d), de la ley 16.986) y no solo declaró la nulidad por violación de elementales derechos y garantías constitucionales (entre otros los emergentes de los artículos 14, 16, 19 y 28 de la C. N.) sino que confirmó la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo que había ordenado al Ministerio la matriculación del actor.

En definitiva, en este trascendente fallo, la Corte consideró que la norma contenida en el inc. d) del artículo 2º de la ley de amparo no constituye un obstáculo para declarar la inconstitucionalidad de una norma de alcance general cuando la ilegitimidad o irrazonabilidad de ésta aparece en forma manifiesta, es decir cuando surge del propio acto en forma ostensible, sin necesidad de una investigación de hecho o producción de pruebas para comprobar su incons-

³³ MANUEL CARLOS GRECCO, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, p. 12, Buenos Aires, 1988.

titucionalidad, siendo claro entonces que a tal decisión nunca se hubiera podido llegar de haberse sostenido el alcance absoluto de la presunción de validez de las resoluciones reglamentarias.

3. *Nulidad manifiesta y suspensión de los efectos del acto administrativo ante la propia Administración y en sede judicial*

Al admitirse el carácter relativo y provisorio que posee la presunción de legitimidad³⁴, cuando el vicio se exhibe en forma ostensible en el acto administrativo va de suyo que, por ser aquella presunción el soporte de la ejecutoriedad, el acto que dicte la Administración, que adolezca de nulidad manifiesta, tampoco poseerá ejecutoriedad³⁵.

Sin embargo, bien puede ocurrir que, a pesar de ello, la Administración intente hacerlo cumplir por sus propios medios o ante la justicia, si la naturaleza del acto así lo exigiere (v.gr. ejecución de una multa sobre bienes del particular). En tales supuestos, si el derecho no arbitra algún instrumento técnico para detener esa actividad administrativa manifiestamente ilegítima se opera una verdadera denegación de justicia y un estado de indefensión ante los perjuicios que, en lo inmediato, produce el acto lesivo sobre los derechos del particular.

Crear que tales daños podrán remediarse siempre a través de un proceso ordinario que dura años implica tener un sentido estrictamente formal de la justicia y de la función que ésta cumple como árbitro en las controversias que se suscitan entre los particulares y la Administración Pública.

Por esa causa es que el derecho positivo o pretoriano que rige la actividad administrativa ha creado mecanismos tendientes a obtener la suspensión de los efectos de los actos

³⁴ Conf. ROBERTO JOSÉ DROMI, *El acto administrativo*, p. 78, Madrid, 1985.

³⁵ Conf. JUAN CARLOS CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, p. 286.

administrativos, tanto en la sede administrativa ³⁶ como en la judicial ³⁷.

En general, las causales que en los diferentes ordenamientos permiten obtener la suspensión del acto administrativo reputado ilegítimo no se basan en la invalidez manifiesta sino en la nulidad absoluta o de pleno derecho ³⁸.

Pienso que esto no es correcto ya que, si por contravenir el principio de legitimidad el particular no tiene la carga de soportar los efectos de un acto manifiestamente inválido, la categoría basada en la mayor o menor gravedad del vicio no puede erigirse en el criterio determinante de la suspensión del acto administrativo, máxime cuando, de ordinario, la lesión al patrimonio que provocan tales actos es independiente del grado de infracción al ordenamiento jurídico.

De otra parte, el resultado que se obtiene con el criterio que se objeta implica nada menos que asignarle presunción de legitimidad o ejecutoriedad a actos anulables o de nulidad relativa que violan ostensiblemente el ordenamiento jurídico.

Por lo demás, de admitirse la inserción de la ilegalidad manifiesta como presupuesto para pedir ante la Administración la suspensión de un acto administrativo por razones de legitimidad, la decisión de suspender el acto no puede ser discrecional ³⁹ ya que, si ocurren las ilegalidades palmarias que denuncia el particular, la Administración se encuentra obligada a disponer la respectiva suspensión de los

³⁶ Véase JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, p. 747 y ss.; RODOLFO JULIO COMADIRA, op. cit., t. I, p. 239 y ss.; TOMÁS HUTCHINSON, *La anulación de oficio del acto administrativo*, p. 158 y ss., Buenos Aires, 1987.

³⁷ Ver: JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 303 y ss.

³⁸ Artículo 116 de la L.P.A. de España y artículo 12 de la L.N.P.A. de Argentina, véase también: artículo 55 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de La Pampa Nº 951.

³⁹ Sobre el concepto técnico de discrecionalidad véase: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 267 y ss., Madrid, 1977; FERNANDO SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 347, Madrid, 1976.

efectos del acto ⁴⁰, subordinándose todo ello al control judicial que se promueva en caso de subsistir la controversia. Tal es la solución que preconiza el artículo 69 del Proyecto de Código Procesal en lo Contencioso Administrativo de la Nación de 1981, que elaboramos con los doctores Marienhoff y Linares. La obligatoriedad de la suspensión es, pues, lo que hace realmente efectivo este mecanismo de protección de los derechos del particular.

En cambio, la suspensión de los efectos de los actos administrativos dispuesta por el órgano judicial se encuentra más arraigada en los diferentes ordenamientos, siendo más amplios aquellos criterios de admisión de la pretensión cautelar que exigen "la verosimilitud del derecho" o la concurrencia de alguna de las causales previstas en el artículo 12 de la ley 19.549 ⁴¹.

VI. *Consecuencias de la nulidad absoluta: a) imprescriptibilidad de la acción; b) declaración ex officio*

a) Imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta

La vinculación que existe entre orden público y nulidad absoluta o de pleno derecho justifica que la acción para demandar la nulidad de un acto administrativo sea imprescriptible o que, al menos, se encuentre regulada por un plazo extenso de prescripción, lo cual dependerá del ordenamiento vigente en los respectivos países ⁴².

En efecto, si la razón que fundamenta la existencia de la categoría de la nulidad absoluta es la preservación del orden público que, como tal, es indisponible e irrenuncia-

⁴⁰ Dichas causales suelen configurar conceptos jurídicos indeterminados que sólo admiten una solución justa, véase: EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 270 y ss.; CARLOS M. GRECCO, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, en Rev. "La Ley", t. 1980-D, p. 1306.

⁴¹ En el último sentido: TOMÁS HUTCHINSON, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar*, en Rev. "El Derecho", t. 124, ps. 681-683.

⁴² El ordenamiento se integra no sólo con el derecho positivo sino también con los principios generales del derecho.

ble, si el acto debe considerarse como que nunca se ha realizado y si, además, este acto no puede convalidarse o confirmarse por el particular ni por la Administración⁴³, resulta lógico y justo que la promoción de la acción tendiente a declararla no se encuentre atada a límites temporales y que sea, por lo tanto, imprescriptible⁴⁴.

Claro está que la imprescriptibilidad no constituye un dogma irreductible y de alcance universal y que el ordenamiento puede disponer lo contrario. Sin embargo, aceptada la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta por el derecho civil⁴⁵, carecería de sentido que el derecho administrativo, cuyo orden público tutela con mayor intensidad los intereses superiores de la comunidad, tuviera una regulación menos rigurosa, aparte de la posibilidad que existe siempre de aplicar analógicamente la solución que brinda el derecho civil al derecho administrativo, respetando las peculiaridades de este último⁴⁶.

⁴³ La imposibilidad de sancionar el acto de nulidad absoluta surge expresamente del art. 14 de la L.N.P.A.; ver también: artículo 79 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de La Pampa Nº 951; en España, artículo 53 de L.P.A., véase: JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 352 y ss.

⁴⁴ Conf. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 316, ver también HÉCTOR A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, p. 392, quien cita un fallo de la C.N. Cont. Adm. Fed. Sala I, donde se reconoció el carácter imprescriptible de una acción derivada de un acto afectado de nulidad absoluta, en contra RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC, *Los plazos de impugnación de los actos administrativos nacionales*, en Rev. "El Derecho", t. 51, p. 957, quien se pronuncia por la aplicación de los plazos de caducidad también a los actos nulos o de nulidad absoluta. Desde hace tiempo tengo posición tomada a favor de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, ver al respecto *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional*, en Rev. "El Derecho", t. 45, p. 829. Cabe apuntar también que, con respecto a la acción de nulidad contra reglamentos, GRECCO se inclina por la imprescriptibilidad o aun por la prescripción ordinaria para los casos de nulidad absoluta, compartiendo el criterio de GARCÍA DE ENTERRÍA en el sentido de que "la recta composición del ordenamiento jurídico... no puede quedar librada al presunto conocimiento del interesado pues ello equivaldría a introducir una nueva causa de derogación de las leyes" (Conf. CARLOS MANUEL GRECCO, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, p. 88, Buenos Aires, 1988).

⁴⁵ Conf. JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, p. 576, Buenos Aires, 1973; GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, p. 414, Buenos Aires, 1975; ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Derecho Privado. Primer Curso*, p. 383, Buenos Aires, 1977.

⁴⁶ Conf. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, p. 115.

En derecho administrativo la consecuencia fundamental que se desprende de la imprescriptibilidad de acto de nulidad absoluta es la aptitud que se reconoce para atacarlo o impugnarlo judicialmente, aun vencidos los plazos de caducidad que el ordenamiento instituye para la deducción de la acción contencioso-administrativa ⁴⁷.

Otro aspecto trascendente es la posibilidad de articular la defensa o excepción de ilegitimidad tanto por el particular como por la Administración, aun después del vencimiento de los plazos de caducidad, es decir, no obstante que el acto administrativo hubiera adquirido firmeza. Sobre este punto cabe recordar que ya Bielsa había sostenido que el transcurso del tiempo no puede convalidar aquello que es ilegal ⁴⁸.

Las razones que se dan generalmente para rechazar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta parten de la idea de que la configuración del plazo de caducidad para impugnar un acto administrativo genera un acto firme y consentido ⁴⁹ como si la firmeza de los actos administra-

⁴⁷ Conf. HÉCTOR A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, p. 392, Buenos Aires, 1984; considera, en concordancia con lo que vengo sosteniendo hace tiempo, que los plazos de caducidad no se compadecen con la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta. Véase: JUAN CARLOS CASSAGNE, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para mandar al Estado Nacional*, en Rev. "El Derecho", t. 45, p. 829; y en posición similar: AGUSTÍN A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4.1., p. VII-24, Buenos Aires 1980, en la misma posición. Tal es, por otra parte, la solución respecto a la acción de daños fundada en una nulidad absoluta que se adopta en el Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo para la Nación de 1981.

⁴⁸ Conf. RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. V, p. 654, Buenos Aires, 1964; HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., t. I, p. 398, con limitaciones; recientemente TOMÁS HUTCHINSON, *La nulidad del acto administrativo como defensa*, en "Régimen de la Administración Pública", en prensa, si bien admite la solución preconizada en el texto, como principio general considera que la defensa o excepción de ilegitimidad no puede oponerse por el particular cuando el acto posee ejecutoriedad y éste no lo impugnó dentro del término legal. En contra: RAFAEL M. GONZÁLEZ ARZAC, *Los plazos de impugnación de los actos administrativos*, en Rev. "El Derecho", t. 51, p. 959, nota 67.

⁴⁹ JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, op. cit., p. 128 y ss., especialmente nota 34; JULIO RODOLFO COMADIRA, op. cit., p. 154, nota 323. Véase también: RAFAEL MARIO GONZÁLEZ ARZAC, *Los plazos de impugnación judicial*, en Rev. "El Derecho", t. 51, p. 959. Aparte del argumento relativo a la seguridad jurídica, del que me ocupo en el texto, suele sostenerse para justificar la firmeza del acto y la consecuente prescriptibilidad del acto nulo, de

tivos una vez transcurridos éstos sin promover la acción judicial incidiera sobre la cuestión de fondo y fuera otro dogma inexorable, superior incluso al orden público administrativo, dándose así prevalencia absoluta al valor seguridad al colocarlo sobre el principio de legitimidad y la garantía de la defensa.

De esa manera se traspasa a la relación jurídica sustantiva el principio de la preclusión que es propio del proceso judicial, lo cual —como apuntan García de Enterría y Fernández “carece de serias justificaciones materiales y técnicas. Carece de justificación material, porque, en efecto, no es justo que se puedan perder derechos sustantivos de los particulares por el transcurso de unos pocos días. El interés público no lo exige así, por muy rigurosamente que se interprete dicho interés. Carece de justificación técnica, porque en la base de este planteamiento hay una confusión inadmisiblemente entre las cuestiones de procedimiento y las cuestiones de fondo”⁵⁰.

b) Declaración “*ex officio*” de la nulidad absoluta

En nuestro país, si bien el juez civil posee la facultad de declarar de oficio una nulidad absoluta (cuando ella aparece manifiesta en el acto) tanto la doctrina⁵¹ con escasas

nulidad absoluta, que al particular le queda abierta siempre la acción de daños (MARCELO PEARSON, *Impugnación judicial*, en Rev. “La Ley”, t. 154, p. 1029). Sin embargo, si el fundamento de la acción es el acto ilegítimo de la Administración no resulta lógico que el juez no pueda declarar también la nulidad de un acto que necesariamente se somete a su juzgamiento. De lo contrario, la acción de daños habría que fundarla en la responsabilidad por la actividad legítima del Estado, lo que es una cuestión distinta, sometida a reglas diferentes en punto a la extensión del resarcimiento.

⁵⁰ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 419. En el mismo sentido: JOSÉ ROBERTO DROMI, *El procedimiento administrativo*, p. 202, Madrid, 1986.

⁵¹ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. II, p. 479 y ss., Buenos Aires, 1981; AGUSTÍN A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, ps. XI-23, Buenos Aires, 1979; y JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., t. II, p. 205.

excepciones ⁵² como la jurisprudencia de la Corte Suprema ⁵³, vedan tal posibilidad cuando en la relación es parte la Administración Pública, en virtud de la aplicación del principio constitucional de separación de poderes. Este criterio traduce una diferencia significativa con el vigente en el derecho español ⁵⁴.

Pero de un modo semejante a la revisión de oficio de los actos nulos del derecho español (art. 109 L.P.A.) —y salvo las distinciones específicas de las respectivas leyes de procedimiento administrativo— la L.N.P.A. regula la potestad de la Administración para decretar la nulidad absoluta de los actos administrativos, consagrando, además, el deber de proceder a su extinción en sede administrativa cuando del acto no hubieran nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17 L.N.P.A.), pretensión ésta que puede exigirse a la Administración en cualquier tiempo ⁵⁵ y que, al igual que el artículo 109 de la L.P.A. de España, no constituye una solicitud graciable sino que configura, como lo reconoce un sector de la doctrina ibérica, una verdadera acción de nulidad ⁵⁶.

Con ello se compensa, aunque sea parcialmente, la aplicación rigurosa de los plazos de caducidad que, como principio cuasi mítico, ha venido postulando la jurisprudencia de nuestros tribunales y, en definitiva, se revitaliza la fun-

⁵² TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., p. 304 y ss.

⁵³ "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" 190:155, donde el Alto Tribunal señaló: "Que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de 'poder' la que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legislativos o los decretos de la Administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional".

⁵⁴ En el sistema español se admite, cuando los actos sean anulables, que la Administración pueda disponer su extinción cuando la ilegalidad sea manifiesta, en caso contrario ella tiene que formular la declaración de lesividad y acudir luego a la vía contenciosa. Véase: RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 521, Madrid, 1970.

⁵⁵ Conf. TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., t. I, p. 499.

⁵⁶ Conf. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 285.

ción del juez como verdadero y último custodio de la legalidad administrativa.

VII. *Reflexiones finales sobre el sistema de invalidez de los actos administrativos*

En un tema tan transitado como el de las nulidades del acto administrativo, se torna difícil no caer en reiteraciones. Por ese motivo, aun las posturas expuestas con cierta originalidad no son más que el despliegue de otras pues es un dato real el hecho de que las ideas jurídicas se van modelando a través de una cadena de razonamientos, donde es muy peligroso cortar los eslabones y asumir posiciones revolucionarias que, por tener el atractivo de la novedad, suelen provocar adhesiones tan momentáneas como irreflexivas.

Ha costado muchos siglos construir un sistema de invalidez que garantice a los hombres libres una convivencia civilizada. Su extensión al derecho administrativo, con las salvedades de rigor, es un logro indiscutido. Pero es indudable que el mayor desafío que se afronta, hoy día, consiste en que el sistema instituido pueda brindar una protección efectiva a los derechos de las personas, garantizando, al propio tiempo, la intangibilidad de los fines que persigue el ordenamiento público, todo lo cual se opera a través del llamado régimen jurídico exorbitante⁵⁷.

Por eso, las soluciones que deben instrumentarse en esta materia precisan ajustarse a una óptica surgida de la experiencia sobre la aplicación de la ley, procurando realizar el equilibrio entre prerrogativa y garantía, verdaderamente imprescindible para realizar la justicia en el derecho público.

En ese sentido, cabe formular algunas reflexiones finales sobre el sistema que nos rige:

- 1) La superioridad técnica del esquema bipartito sobre la invalidez de los actos administrativos, median-

⁵⁷ Sobre el contenido del régimen exorbitante ver: RODOLFO CARLOS BARRA, *Principios de Derecho Administrativo*, ps. 152-166, Buenos Aires, 1980.

te la regulación de supuestos legales determinados que tienen por fundamento la mayor o menor gravedad del vicio, en relación con la directa lesión o no del orden público, es, por demás, evidente, en tanto no se convierta en una categoría abstracta, que pretenda sustituir la naturaleza tópica del fenómeno jurídico⁵⁸ e impida la inserción en el sistema de los principios generales del derecho⁵⁹ dejando sin sanción sus transgresiones por parte de la Administración y los particulares. Esa superioridad, abonada por el tiempo histórico que lleva de vigencia en el mundo del derecho, no implica, desde luego, ignorar los obstáculos que encierra su aplicación, que van desde la utilización de un concepto jurídico indeterminado, difícil a veces de captar, como es el orden público, hasta el juego de la imprescriptibilidad de la acción frente a unos plazos de caducidad que el propio ordenamiento prescribe para afirmar la estabilidad de las relaciones que emergen de las distintas situaciones jurídicas que crea el obrar de la Administración.

2) El esquema bipartito nulidad-anulabilidad no admite sincronismo con la categoría del acto inexistente. Esta última categoría viene a complicar la clasificación tradicional en un doble sentido: de una parte, porque postula una noción muy estricta sobre el concepto de acto administrativo, sin reparar en que la aparición de vicios groseros no siempre implica la ausencia de algún elemento esencial ni que su falta aislada provoca siempre la imposibilidad de que se produzca una declaración de voluntad administrativa productora de efectos jurídicos; de otro lado, la categoría del acto inexistente, en todos los ejemplos que se dan, se superpone a la nulidad absoluta y, en definitiva, termina por

⁵⁸ Véase THEODOR VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 25 y ss., trad. del alemán, Ed. Taurus, Madrid, 1964.

⁵⁹ JUAN CARLOS CASSAGNE, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, ps. 94-96, Buenos Aires, 1988.

asimilarla, quedando entonces desprovista de sentido. Hay que advertir que si, en sus orígenes, la teoría del acto inexistente nació para impedir los efectos de un acto jurídico cuyo vicio no se encontraba expresamente previsto ni sancionado por la ley, actualmente ella no resulta necesaria pues, gracias al abandono generalizado del principio de textualidad, se acepta, pacíficamente, la configuración de las denominadas nulidades virtuales o implícitas.

3) La subsistencia del esquema bipartito clásico, inclusive de sus consecuencias jurídicas en punto al saneamiento del acto y prescripción de la acción de nulidad, no obsta a la introducción de aquellas adaptaciones que tienden a la utilidad efectiva del sistema de invalidez, aprovechando la experiencia que brinda el derecho comparado. En efecto, si se analiza la regulación de los supuestos de nulidad absoluta enunciados en los artículos 47 de la L.P.A. y 14 de la L.N.P.A. se advierte que mientras en la ley española no se han contemplado verdaderas transgresiones al orden público (vgr. grave desviación de poder, falta de causa, etc.), en el derecho argentino resulta necesario que se opere, por vía legislativa o jurisprudencial, la reducción de los casos de nulidad absoluta, excluyendo, en principio, a los vicios de forma, en virtud de su naturaleza instrumental. Al propio tiempo, junto al abandono del principio de restricción, que impedía extender analógicamente los supuestos de nulidad, se impone reforzar la protección de los terceros de buena fe que han adquirido derechos sobre el acto administrativo que resulta invalidado por los jueces o extinguido por la propia Administración, con efecto retroactivo, siendo también necesario que la ley precise en forma clara los supuestos en que la invalidación opera con retroactividad ⁶⁰.

⁶⁰ JUAN CARLOS CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, ps. 212 y ss.

4) A su vez, en el tema de las consecuencias de la invalidez de los reglamentos existe un vacío que resulta necesario cubrir con una regulación positiva o bien, con la interpretación jurisprudencial, estableciendo que la sentencia que declare la nulidad de un reglamento tendrá efectos *erga omnes*, solución ésta que Bosch ha juzgado compatible con la C.N.⁶¹, en concordancia con la solución que existe en el derecho español, donde, al igual que en el nuestro, el sistema de control de los actos administrativos pertenece al tipo judicialista.

5) Empero, hay que advertir que el verdadero problema radica en la efectividad del sistema para cumplir sus fines, habida cuenta de que las posibilidades que tiene el particular para resistir la ejecución de actos afectados de nulidad absoluta se encuentran actualmente limitadas en el derecho público, por el principio de ejecutoriedad y el dogma del acto firme y consentido, a los que se les ha atribuido una extensión indebida y un carácter absoluto, privando al administrado de una defensa efectiva. En este sentido, el instrumento de la suspensión de los efectos del acto administrativo de nulidad absoluta puede desempeñar la función de equilibrar la prerrogativa con la garantía, pero para ello resulta imprescindible que se prescriba imperativamente como un auténtico medio de protección procesal a favor del administrado, es decir que, en presencia de un defecto de esa naturaleza, la Administración tuviera la obligación de suspender el acto administrativo, suspensión que debiera ser inmediata, cuando el vicio apareciera en forma manifiesta o notoria, sin necesidad de realizar una investigación de hecho para comprobarlo. Y, en forma complementaria, en el

⁶¹ JORGE TRISTAN BOSCH, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Nº 44 y ss., Buenos Aires, 1951, ver además: CARLOS M. GRECCO, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, p. 109 y ss.; JUAN CARLOS CASSAGNE, en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, ps. 245-246, Buenos Aires, 1986.

proceso contencioso administrativo, habría que instituir una medida cautelar autónoma y especial, de trámite sumarísimo, para obtener la suspensión de los actos de nulidad absoluta y manifiesta sin necesidad de agotar las instancias administrativas, acordando legitimación tanto al titular de derechos subjetivos como al portador de intereses legítimos.

6) De otra parte, se torna necesario modificar las prescripciones de la L.N.P.A. e introducir nuevas normas que prescriban que la existencia de plazos de caducidad dentro de los cuales el particular puede acceder a la justicia para impugnar el acto administrativo no opera como obstáculo al ejercicio de la acción de nulidad, cuando ésta es absoluta. O mediante el previo replanteo de la cuestión en sede administrativa, cuando no se ha producido la prescripción de la acción y se trata de un acto de nulidad relativa.

Sobre todo ello hay que reflexionar y seguir bregando en la esperanza de que se pueda mejorar el sistema que nos rige teniendo en cuenta que el mundo jurídico nunca es algo definitivamente hecho o terminado y que si es mucho lo que resta por hacer, el derecho administrativo es un ejemplo, quizás el más vivo y tenso de todos, que demuestra cómo el derecho, aun para proteger en definitiva siempre al hombre, y fiel a su esencia perenne, va adaptando sus fórmulas para alcanzar aquel fin y realizar la virtud de la justicia.

LA CASACIÓN NACIONAL.
ESTADO DE LA CUESTIÓN

(La creación de un Tribunal Intermedio)

*Disertación pronunciada por el académico,
Dr. Augusto Mario Morello,
en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
de Buenos Aires, en la sesión pública del
24 de noviembre de 1988*

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

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales realiza este acto público para escuchar lo que será sin duda una prolija exposición de su distinguido miembro de número, el Dr. Augusto Mario Morello, a propósito de un tema de cautivante interés: "La Casación Nacional. Estado de la cuestión".

No es mi propósito ni corresponde a la naturaleza del acto y al medio en que se lo realiza abundar en palabras referentes a la personalidad del orador, por demás notoria, o a la sustancia del tema escogido, respecto del cual es conocida la inquietud del destacado civilista y procesalista que llevará la palabra en la reunión que nos congrega.

Personalmente tuve ocasión de apreciar, hace ya algunos años, su medulosa intervención en el análisis de este asunto al debatírsele en el Xº Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Salta en 1979. Allí pude juzgar la lucidez con que la cuestión era abordada por quien es hoy nuestro erudito colega.

Permítaseme añadir —desde luego que tan sólo para quienes en el público presente sean ajenos a nuestra corporación y, si cabe, a la formación e información jurídica de sus integrantes— que el Dr. Morello acumula en su denso curriculum la condición de profesor de Derecho Civil y Procesal Civil y Director del Instituto de esta última materia en la Universidad de La Plata; ex Juez de Primera Instan-

cia y luego integrante de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires; Conjuez de la Corte Suprema de la Nación y, en otro orden de destinos públicos, Subsecretario del Interior y de Asuntos Institucionales en el Gobierno de la República, honrado con múltiples distinciones en el desempeño de altos cometidos. Sus obras jurídicas, individuales o en colaboración, son muy numerosas y de alto mérito, y ha dirigido y dirige aún difundidas publicaciones y obtenido recompensas de alta significación cuyo detalle, por razones obvias, omito.

Me es muy grato, pues, abrir este acto público y cederle al Dr. Morello la tribuna, poniendo fin a lo que sólo pretende ser el ceñido elogio de una personalidad destacada, de un eminente jurista, de un ciudadano probo, de un estimado amigo, con cuya inteligencia y laboriosidad se enriquece esta corporación.

Doctor Morello: Lo escuchamos.

LA CASACIÓN NACIONAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN

(La creación de un Tribunal Intermedio)

I. — EL PORQUÉ DE ESTA ELECCIÓN

Nos ha parecido de interés y de máxima actualidad, exponer de una manera general y en tiempo prudente, sobre una cuestión recurrentemente abordada. Nos referimos a la necesidad, conveniencia y, en su caso, modo de ser implementada entre nosotros la *Corte o Tribunal Nacional de Casación*.

El tema, desde luego, ha sido motivo de sesudos ensayos y arduos debates en congresos nacionales de abogados (y en ellos despachos de Comisiones divididos) e incorporado en un tratamiento particularizado en la Reforma Constitucional de 1949¹.

Corre además apareado a la metamorfosis *interior* que

¹ Véase FERNANDO DE LA RÚA, *El recurso de Casación en el derecho positivo argentino*, Zavallía, 1968, p. 64 y ss.; JUAN CARLOS HITTERS, *La casación nacional. Su estado actual*, "Jurisprudencia Argentina", 1979, v. II, p. 806; ídem, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la Casación*, Librería Editora Platense, 1984, p. 369 y ss.; AUGUSTO MARIO MORELLO, *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*, Hammurabi, 1981, v. II, ps. 545, 569 y ss., con la bibliografía allí citada; CLEMENTE A. DÍAZ, *Instituciones de Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, 1968, v. I, p. 110, n^o 7, nota 56. Es clásica en el tema la obra de CARLOS J. COLOMBO, *La Corte Nacional de Casación*, 1943, Ed. Abeledo.

está experimentando *nuestra Casación*, arraigada en el modelo español —distinto al francés— y que se halla en una franca reformulación luego de un balance de más de cien años. El tópico de las cuestiones de hecho y de derecho, la notable reducción del reenvío en miras a que sea el propio Tribunal casatorio el órgano que, luego de descalificar la doctrina en el Tribunal recurrido, llene la sentencia final con la doctrina legal que él mismo suministra al caso concreto, son entre otros, aspectos en franca revisión ².

También se verifican replanteos que van poniendo distancia sobre el perfil clásico, que históricamente recortó a este recurso como una apelación muy reducida para las *cuestiones de derecho*, pero que sin embargo ha debido capitular para, acatando las exigencias de la realidad, adentrarse muchas veces en los errores de la motivación fáctica.

Tal como elocuentemente lo corrobora el anchuroso flanco pretendidamente excepcional, pero que no es tal, que afronta, asume y define la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el movido territorio que regentea la doctrina de la sentencia arbitraria y aledaños (efectiva privación de justicia, exceso ritual manifiesto, gravedad institucional).

Esta última evolución o readaptación que sale del esquema originario, no reviste el rol de un factor secundario o de fácil respuesta ni, desde luego, de juego accesorio.

Por el contrario, lo que queremos subrayar en el torso nuclear de estos pensamientos, es que la notoria actualización con que ha vuelto a emerger el reconocimiento institucional de una Corte de Casación *para la Nación*, no está dada tanto, en mi opinión, por las razones con que siempre se la ha defendido y que se explicitan en las Exposiciones de Motivos que sustentan la conveniencia de plasmarla, sino inequívocamente también en otras nuevas, diferentes de aquéllas.

² Más detenidamente en la obra en común *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Editora Platense Abeledo-Perrot, 1988, t. III, p. 463, n° 467 en adelante, con la bibliografía allí mencionada.

De sobra es sabido cuáles han sido —y son— los fines históricamente preferenciales que corresponden a la Casación: asegurar la correcta aplicación del Derecho y una deseada *uniformidad* en la interpretación y su actuación concreta, que obste a que un mismo tema, dentro de las fronteras de un único país, reciba soluciones distintas.

Es indiscutible que todo ello constituye una de las bases de sustentación del instituto casatorio, pero no es menos cierto que han aflorado otras necesidades que lejos están de no ser computables o de pesar en grado inferior.

Como en tantas oportunidades lo hemos razonado³, por el vuelo de las cifras incontrovertibles que muestran las estadísticas, embudo que hace cuello de botella en el ritmo y las posibilidades humanas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de lo que también se trata es de aligerar al cimero órgano de la justicia argentina del aluvión de fallos finales definitivos o a ellos equiparables, impugnados desde todos los horizontes de nuestra patria (federales, nacionales y provinciales), por motivos que no hacen específicamente a la cuestión federal y al control de constitucionalidad, según el rigor conceptual con que están dibujados en los tres incisos del art. 14 de la ley 48.

La realidad nos muestra que las cosas no son así y las estadísticas evidencian, contra cualquier elucubración teórica que pretenda refugiarse en la ortodoxia de un sistema desbordado, que *la Corte Suprema de la Nación, acuerdo tras acuerdo, mes a mes, año a año, lleva a cabo típicas funciones de Tribunal de Casación.*

Una y otra vez se ve convocada por temas de derecho común, de hecho, prueba, procesales, los cuales —también es verdad— ofenden o lesionan la garantía del acceso a la Jurisdicción o la defensa en juicio (art. 18), erosionan el derecho de propiedad (art. 17) o bien resquebrajan el de

³ Ver AUGUSTO M. MORELLO, *Crisis de los Tribunales supremos*, "J.A.", 1984-IV, ps. 817 y 831; 1985-I, p. 733.

la seguridad jurídica equiparable en su tutela específica al anterior (el de la propiedad) ⁴.

Acontece que, en la apariencia de esa cobertura —la existencia de una “cuestión federal”—, dado el agotamiento de los recursos ordinarios o extraordinarios operantes en la jurisdicción provincial y la puntual y circunstanciada introducción del caso constitucional (no bien sobrevenga en cualquiera de las instancias la falla agravante en el decisorio), la Corte entra a conocer de ellos, *como* si fuera órgano de casación (y no sólo y únicamente tribunal de garantías constitucionales).

Analiza y descalifica tantísimos pronunciamientos *mal motivados* con gruesos errores en las áreas referidas, sobremanera en lo que concierne a una absurda valoración de la prueba, incompatible con lo que vive y muestra el expediente en sí y reñida con su lógica interior, las directivas que rigen la sana crítica y las reglas de experiencia no respetadas siquiera en mínima parte. O en los que se deforma el sentido de los hechos, los alcances de un negocio jurídico, o la plataforma sobre la cual, *luego*, el derecho le suministra su encaje jurídico.

Nos referimos, en este último caso, a cuando las disposiciones legales, los principios generales del derecho o la precedente doctrina legal, han sido actuados sin razón suficiente. En todos ellos el Alto Tribunal cae en la cuenta de que esos fallos son un producto inepto porque, para decirlo con sus palabras estereotipadas, “no son derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”.

He aquí, en nuestro parecer, el porqué de no demostrar la toma de posición definitiva al respecto: lograr consenso acerca de que es imprescindible arribar a una cobertura en el derecho positivo en torno de la Corte de Casación *o de otras alternativas eficaces*; y al modo de implementar-

⁴ CS, “Fallos”: 242: 501, entre otros.

las sin afrontar un costo institucional, social y económico que por inaccesible en las actuales circunstancias críticas de nuestro país, las hagan alejar, otra vez, de los sueños de su próxima materialización.

II. — VISIÓN GENERAL DE LAS ÚLTIMAS INICIATIVAS

Veamos entonces, sucintamente, el estado de la cuestión, sobre uno de los termógrafos (el eje Corte de Casación-Tribunal Intermedio-Corte Suprema de Justicia de la Nación, trasvasamiento de funciones y posible puesta en un deseado equilibrio funcional recíproco) más sensibles y de multiplicada incidencia⁵ en el cuadro global del *aggiornamento* del Servicio de la Justicia que va hermanado, asimismo, como es sabido, al del Poder Judicial en sí⁶.

A) Durante los años 1985 a 1987 cobraron cuerpo dos propuestas (independientes una de la otra), destinadas a dar solución factible al grave problema de la sobrecarga y la descompresión por vía del traspaso del complicado contenido de las sentencias arbitrarias, a dos posibles órganos, distintos al de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Uno de esos proyectos es de la autoría del Ministro de la Corte Federal, Dr. Augusto César Belluscio; y el otro, del Diputado Nacional Dr. Jorge R. Vanossi, Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales, especialista como profesor de la materia, y concierne a la creación de la Corte Nacional de Casación.

⁵ Utilizamos en lo que sigue lo que es considerado en el capítulo XVIII de *La Corte Suprema en acción*, Editora Platense Abeledo-Perrot, en prensa.

⁶ *Poder Judicial y función de juzgar*, "La Ley", 1987-E, p. 830, con sus citas.

B) *Proyecto de ley mediante el cual se propicia el Tribunal Nacional de Casación.*

La idea del Dr. Belluscio consiste en el establecimiento de un "órgano que tendría jerarquía *intermedia* entre la Corte Suprema de Justicia y las Cámaras Nacionales de Apelación" con la finalidad, según se lee en sus fundamentos, de solucionar tres problemas: 1) el largo y pesado mecanismo que representa el actual recurso de inaplicabilidad de ley legislado en el código procesal, que demanda para su resolución la reunión de un número muy elevado de jueces, que en algunos casos llegan hasta 21 ó 24; 2) la insuficiencia de dicho recurso (el de inaplicabilidad de ley legislado en los arts. 288 a 303, cód. procesal), en tanto no brinda solución para las sentencias que hacen equivocada aplicación del derecho, sin que existan otras anteriores que las contradigan o cuando éstas sean de antigua data, ni, tampoco, para las contradicciones de decisiones de diversas cámaras de apelaciones; 3) el abarrotamiento de causas que sufre la Corte Suprema, la mayor parte de las cuales no justifica su intervención, *confiriendo al Tribunal que se propone crear la jurisdicción para entender en los supuestos que han conducido a la creación de la doctrina de la arbitrariedad.*

Para dar solución a esos tres problemas, la iniciativa propone que la sentencia definitiva de las Cámaras Nacionales de Apelación, es decir de todas las Cámaras Federales del país y de las que funcionan en la Capital Federal, sea susceptible del *recurso de casación*, así como también del *recurso extraordinario de nulidad*. Respecto del primero se proyecta sobre la base del código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires (arts. 278 a 295, del cód. procesal; 149, inc. 4º, Constitución local). Respecto del segundo, también se lo ha ideado con respaldo en los antecedentes de dicho código y de la ley 1406 de la provincia de Neuquén. Esta última trata de agrupar los casos en que las sentencias tienen graves fallas formales o sustancia-

les que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación han originado la creación pretoriana de la doctrina de la arbitrariedad.

El tribunal así imaginado estaría compuesto de quince miembros, dividido en tres salas de cinco jueces cada una. Se estima que su jerarquía —casi a la par de la Corte Suprema—, requiere que las decisiones se adopten por el voto coincidente de al menos tres jueces, considerando que la intervención de cinco representa una mayor garantía de acierto en decisiones que deben ser irrecurribles. En cuanto a la decisión por materia, se organiza en sala en lo civil y comercial, sala en lo contencioso administrativo y del trabajo y sala en lo criminal y correccional, actuando ante cada una de ellas un procurador fiscal; consecuentemente con la creación del nuevo tribunal y de los recursos mencionados se propicia, asimismo, la competencia en el recurso de queja por denegación de justicia, así como la supresión de la facultad conferida a la Corte Suprema de Justicia de dividirse en salas, que no ha sido puesta en práctica y que es de dudosa constitucionalidad.

Para dar cabida a esta nueva reglamentación, se sustituyen, modifican y agregan diversos preceptos al decreto ley 1285/58 y a las secciones pertinentes del código procesal, sección octava, *Recurso de casación* (arts. 288 a 300), sección novena, *Recurso de nulidad extraordinario* (arts. 301 a 303). Por último, el artículo 9º modifica los artículos 550, 551, 553 del código penal (*recurso de revisión* contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada).

Lo que nos interesa puntualizar es que, adscripto al modelo de la casación bonaerense, que a su vez responde como ya hemos insistido en subrayar, al perfil casatorio hispánico, cuyo nuevo rostro menos formalista se implanta en la Novela 34 de 1984, ese Tribunal intermedio debería hacerse cargo con exclusividad de la problemática de la sentencia arbitraria operando como el más significativo engranaje de aligeración de la actual competencia apelada de la Corte Federal.

En nuestra opinión, la alternativa que sugiere con bases orgánicas y concretas el doctor Belluscio es de por sí trascendente y objeto de atenta consideración.

Responde a *una* de las líneas de política jurídica recomendables en las referencias comparatistas, que se recortan mediante los siguientes registros:

“a) *la creación de una Corte Nacional de Apelación de carácter intermedio para revisar las decisiones de las cortes estatales en cuestiones constitucionales o federales; b) alternativamente, la creación de dos cortes intermedias de apelación, una para causas criminales y otra para causas civiles, entre otras*”.

La idea es en sí computable al igual que en punto a la factibilidad de la Corte Nacional de Casación, aunque hemos insistido en que es tiempo de que sobre ellas medie, sin más, la *voluntad política* de materializar una u otra. Que merecen ser estudiadas desde esa perspectiva, tal como en forma similar ocurre, en un contexto distinto, en los EE.UU. de América, que no conoce el sistema de la Casación.

Observamos, no obstante, las imposibilidades casi absolutas —en estas horas— de contar financieramente con los fondos imprescindibles para instalar cualquiera de ambos proyectos, por su envergadura.

Cabe acotar, acerca de esta formulación, que el presidente del Alto Tribunal, doctor José S. Caballero, adhirió asimismo a la conveniencia compatible de la creación de un Tribunal de Casación intermedio entre la Corte Suprema y los tribunales federales que se haga cargo de los supuestos que han sido considerados como causa de anulación de las sentencias por la Corte Suprema en el marco de la arbitrariedad. No dejó, sin embargo, de puntualizar estas reservas: “Las decisiones anulatorias por arbitrariedad del Tribunal de Casación Nacional, tanto en materia federal como común, no excluirían al actual recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48, en los supuestos en que tal tribunal hubiera excedido el ámbito de la norma inter-

pretada, admitiendo un motivo no consagrado en ella o que no sea inferible de su texto erigiéndose en creador de derecho y atribuyéndose funciones de legislador o apartándose de los límites del proceso. En estos casos, la Corte Suprema intervendría por recurso extraordinario a pedido de parte para hacer respetar la exigencia normativa prevista por la Constitución Nacional, resguardando la vigencia del régimen republicano (art. 1º)".

C) *Casación Nacional* (esquema esencial).

1. Unificación de la jurisprudencia (interpretación e inteligencia de los Códigos y legislación nacional no federal) (art. 67, inc. 11).

2. Concreción constitucional (1949), art. 95, párr. 2º.

3. Política legislativa. Estrategia

a) Sin reforma de la Constitución (acuerdos interprovinciales).

b) Con reforma de la Constitución.

c) Cámara (o Tribunal) Federal de Jurisprudencia y Competencia.

d) Corte Nacional de Casación: Tribunal inferior a la Corte Suprema y distinto de ésta, dejando sin modificar la competencia de esta última, que la tendría (excepcionalmente) aun contra las decisiones del Tribunal de Casación.

e) Integración: 15 o más jueces divididos en Salas.

f) Competencia: *Interpretación* de la legislación de fondo dejando su *aplicación* a los tribunales provinciales por el sistema de reenvío.

g) Cuando se haya aceptado una interpretación jurídica distinta de la sentada en otro fallo emanado del tribunal de última o única instancia, nacional o provincial, en materias regidas por los códigos civil, de comercio, penal, de minería, del trabajo y seguridad social y aeronáutico. O cuando se hubiere admitido una interpretación jurídica distinta de la

sentada por la Corte Suprema en materias comprendidas en el párrafo anterior.

h) Para unificar la jurisprudencia de las Salas o evitar sentencias contradictorias y para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso, el Tribunal de Casación, a iniciativa exclusiva de cualquiera de las Salas, actuará en Tribunal pleno. En este caso la interpretación de la ley será de aplicación obligatoria para todas las Salas y para todos los órganos respecto de los cuales el Tribunal conoce en grado de apelación.

D) *Observaciones a su recepción* (razones sustentadas por el doctor Fernando de la Rúa).

a) No reviste urgencia el establecimiento de una Corte Nacional de Casación única.

b) No hay motivos para forzar el texto constitucional que tiende a asegurar un federalismo efectivo.

c) En la experiencia concreta, no se ha quebrantado la unidad del derecho argentino. Las divergencias interpretativas no son tan graves ni tan profundas para suponerlo. Funcionan en la mayoría de las provincias los recursos de casación local.

d) La unidad de interpretación existe en el país, pero federativamente. Es uno de los pocos aspectos en que la autonomía provincial se realiza vitalmente.

e) Además, mediante el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema realiza una tarea de unificación en aquellos casos cuya gravedad hace que repercutan sobre la efectiva vigencia de las instituciones.

f) La consigna debe ser en este momento la descentralización, sin seguirse experiencias elaboradas en otros países con regímenes unitarios.

g) La solución política legislativa es plantearse las relaciones de la casación local con el recurso extraordinario, procurando una regulación clara y segura del recurso por arbitrariedad cuya evolución es progresista pero imprecisa.

E) *Proyecto del doctor Jorge Reinaldo Vanossi.*

Conforme a esta iniciativa, el Tribunal Nacional de Casación —y ésta es la novedad peculiar— estará integrado por un Juez por cada Provincia y uno por la Capital Federal (art. 2º) siendo rotativa la Presidencia, comenzando por el miembro de mayor edad (art. 4º).

Tocante a su competencia, se desdobra en:

Derecho común: “De las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Nacionales o provinciales de única o ulterior instancia cuando: a) se haya discutido la interpretación de derecho común por entenderse que se ha violado (en el derecho español, *infracción*) la ley o doctrina legal, con motivo de su aplicación; b) se haya adoptado una interpretación jurídica distinta de la sentada por otro fallo emanado de tribunal único o de última instancia, nacional o provincial, en causas regidas por el derecho común; c) o se haya admitido una interpretación jurídica distinta de la sustentada por el Tribunal Nacional de Casación, con motivo de recursos interpuestos en los casos previstos en los incisos anteriores”.

Sentencias arbitrarias: “También podrá recurrirse ante el Tribunal Nacional de Casación por sentencias definitivas dictadas por tribunales nacionales o provinciales, de única o última instancia, en los que se haya incurrido en arbitrariedad manifiesta, por no haberse decidido cuestiones esenciales que habían sido planteadas por las partes, o por haber prescindido de prueba decisiva; o invocado prueba inexistente; o porque sus fundamentos se encuentren contradichos por otras constancias de los autos” (arts. 5º y 6º respectivamente).

Sólo queremos consignar aquí el objeto e importancia de la iniciativa. Seguramente deberá ser meritada en profundidad. Entendemos, por ejemplo, que no deben enunciarse algunas de las causales de arbitrariedad contenidas en el artículo 6º, que no las abarca a todas y que por constituir

un *concepto jurídico indeterminado*, corresponde dejar abierto a la labor creativa del propio Tribunal de Casación, tal cual lo hiciera con lúcidos hallazgos la hermenéutica de la Corte Federal⁷.

F) No estará demás, asimismo, considerar la conveniencia de incorporar un artículo final que, en la línea del artículo 18 de la sabia ley 48, autorice al Tribunal a dictar un “reglamento o reglas procesales” complementario y también a posibilitar que, aun en el marco de su competencia extraordinaria, actúe de modo enérgico, a su sana discreción, los eventuales poderes instructores y, en rol activo, convoque a las partes a audiencias de conciliación o a considerar fórmulas de composición directa, explicaciones o informaciones que puedan requerirse a aquéllas, escuche alegatos orales y posibilite manifestaciones de la denominada Justicia de acompañamiento o protección. Que hagan ciertos, en la operancia concreta, los principios de economía, concentración y acceso real a la verdad material, sin ahogos formales.

G) Será conveniente, por otra parte, coordinar el tema —centralizándolo— con el de la casación *penal y laboral*, que forman parte de la casación general y *única* del derecho común.

III. — NUESTRA PROPUESTA

Luego de la indagación en torno de la situación que ha quedado compendiosamente reflejada, creemos que, sin mella de la bondad de cada uno de esos emprendimientos, es posible, con aportes que emanan de los mismos, idear una fórmula original que acaso merezca el análisis para su eventual factibilidad.

Ésta consiste en la creación, por ley del H. Congreso, de

⁷ Reenviamos a lo que hemos expuesto en *El activismo de la Corte Suprema de la Nación*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “Anales”, 1988, nº 25, p. 63.

un *Tribunal Nacional Intermedio* (inferior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación) independiente y distinto, a su vez, de la Corte Nacional de Casación que, con relación al ámbito geográfico de todo el país, atienda lo que ahora se ubica en la esfera de la denominada *sentencia arbitraria*.

Veamos por qué:

a) Ya había señalado Fassi en su proyecto de 1964, como lo recuerda Vanossi en su estudiada y muy prolija Exposición de Motivos, cuáles eran en aquel entonces las leyes con distintas interpretaciones que a su juicio requerían la existencia de un Tribunal Nacional de Casación (lo concerniente a la familia natural, a la indemnización por despido, a la sociedad conyugal —aunque sobre ésta última la Corte Federal ha fijado la doctrina pertinente— y a la acción reivindicatoria, agregando de su lado Vanossi los atinentes al tribunal competente en el caso de cheque rechazado por cuenta cerrada, o el del carácter doloso o culposo de un delito cometido en estado de ebriedad).

Como se advierte, no son muchas, y no han alterado la paz jurídica de la República.

Más importante ha sido la necesaria intervención de la Corte, que siempre ha encontrado motivos y técnicas para su consideración, cuando se trató de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, convirtiendo el nominalismo en un valorismo judicial o, en la actual integración, acerca del divorcio vincular.

b) La implantación de la Casación nacional entraría en colisión con los propios y modernos recursos de casación existentes en el orden provincial, ceñidos a la verificación de la correcta aplicabilidad o no de la ley, *latu sensu*.

De establecerse la Corte Nacional de Casación, se operaría una corrida o replanteo global en los regímenes procesales constitucionales locales vigentes:

- 1) En el recurso de nulidad extraordinario;
- 2) En la inaplicabilidad de leyes provinciales;
- 3) En la inconstitucionalidad de normas generales.

Y dejarían de resolver en lo que es más importante: lo que se refiere al control, determinación y alcance de los códigos de la Nación, según el art. 67, inc. 11 de la C. N.

En el cambio sólo entreveríamos como posible ventaja el que ello podría repercutir beneficiosamente en una mayor especialización de las Cortes provinciales (circumscrip-ta su competencia y ganado el espacio por el retiro de la Casación general), y en una mayor dedicación al proceso contencioso administrativo.

Aquí cobra reverberación luminosa la tesis de de la Rúa en cuanto a la vigencia de un federalismo jurídico de reserva y decisivo, que se nutre de *la interpretación o aplicación de los Códigos de la Nación y de los Códigos procesales locales*.

Es obvio que la Casación Nacional penetraría como una cuña en las esferas actuales de las Cámaras de Apelación y de las Cortes provinciales.

No es imaginable ni obviamente útil una casación de casación (la Suprema Corte de Buenos Aires en rol casatorio de las Cámaras de Mercedes, Dolores o Bahía Blanca; luego, su sentencia susceptible de un nuevo recurso de casación ante la Corte Nacional de ese carácter; y, todavía, pero no sería improbable, el recurso extraordinario por alguna causal de arbitrariedad y al fin un lejano pero no descartable control último de la Corte Interamericana de Justicia del Pacto de San José de Costa Rica. Sería lo de nunca acabar).

Me pregunto: ¿cómo desjerarquizar a la Suprema Corte de Buenos Aires, entrañable pionera en el rol histórico de vivenciar la casación general de modelo hispano?

Con sólo releer los densos debates de 1873 en la Constitución de ese Estado y lo que jalona su centenaria tarea de ajuste y evolución del derecho común, nos parece casi impensable empujarla a refugiarse en un coto mucho más cerrado, estrecho y lánguido.

c) Pero hay un argumento que nos enamora por encima de todos los otros. Es el de la *refundación de un federalismo cooperativo dinámico y empujador. La diversidad en la uni-*

dad, que enriquecerá nuevamente a la Argentina. La llamativa anticipadora postura de Cortes actuales, como las de Mendoza o Neuquén, son las que mueven al acomodamiento y modernización en la interpretación de los complejos y versátiles temas jurídicos de este incitante momento.

¿Por qué encerralas a todas ellas, aprisionándolas en el corset de *una sola* casación nacional?

Los temas rebeldes ni son tantos ni comprometen en verdad la unidad jurídica de la República ¿para qué entonces insistir en ahogar una de las pocas manifestaciones federalistas de base que alientan el principio de lealtad federal? ⁸.

No cabe olvidar que, como acontece en los EE. UU., muchas veces son las Supremas Cortes estatales las que operan como punta de lanza y avance creativo ensanchando el catálogo de derechos fundamentales, imaginando técnicas de protección más acordes con la aceleración histórica y las urgencias del requerimiento, sin que quede reservado a la Corte Federal el activismo que actualmente la caracteriza. Queremos decir que no siempre y para todo es imperioso que sea únicamente el máximo Tribunal de la Nación el que debe abrir el camino.

Por último, dentro de esta línea argumental, puntualizado que no son tantas ni fundamentales las diferencias o quiebra de uniformidad interpretativa que ha mostrado en todos los tiempos el panorama jurisprudencial, no habrá que descontar que ha sido la propia Corte Federal (como ha acontecido con el divorcio vincular) la que al atrapar con flexibilidad una cuestión federal involucrada como eje de la controversia, aun en la aplicación de los derechos comunes, menoscabante de las garantías constitucionales, la que ensancha, de continuo, su margen de maniobra.

d) Aquí es necesario reparar, de modo determinante, en que el propósito directo que ha actualizado esta proble-

⁸ AUGUSTO M. MORELLO, ANTONIO A. TROCCOLI, *Argentina, ahora y después*, Editoria Platense, 1967; AUGUSTO M. MORELLO, ANTONIO A. TROCCOLI, FÉLIX LOÑ, *Meditación sobre la Democracia argentina*, Editora Platense, 1972, p. 153 y ss.; MORELLO, *Los impuestos provinciales y el comercio interprovincial*, "J.A.", 1984-III, p. 160.

mática es el de *ayudar* a la función rectora de la Corte Federal. Si le sacamos lo que ha deformado la doctrina de la sentencia arbitraria, estaremos haciendo algo —mucho— en pos de ese propósito.

Al mismo tiempo, si preservamos la pujanza de un federalismo reverdecido, no abrimos innecesarias brechas de fricción. Un órgano con miembros representativos de todas las provincias y dividido en Salas, como los imaginados (pero a los fines circunscriptos que hemos señalado) por los proyectos de los Dres. Vanossi y Belluscio, nos parece que insertado como *Tribunal nacional intermedio* recoge las bondades de ambos y supera las críticas que afrontan los empeños de implantar la Casación nacional. *No se marginaría el control de arbitrariedad de las sentencias definitivas provenientes de los órganos provinciales.*

De allí que nos hemos inquirido insistentemente, como Burger en los EE. UU., si no es mejor como solución tal Tribunal intermedio al del Tribunal de Casación, obrando como Casación Constitucional *sui generis* por sentencia arbitraria, sin asumir la competencia de casación general.

Algo así como el espejo de lo que ocurre en España, donde, según el modelo recogido por la Constitución de 1978 (bien que en un país unitario con estructura centralizada), el Supremo opera como única Corte Nacional de Casación (y actuando como tercera instancia aun extraordinaria de los Juzgados de primera instancia y los pronunciamientos de las audiencias territoriales), pero sus decisiones finales son todavía pasibles de empalme, según se contempla en el art. 123, mediante el *amparo constitucional* (art. 52 y 53) de una cuarta instancia ante el Tribunal Constitucional de España.

Sin que ello descarte, todavía, la cada vez más multiplicada vía del control último transnacional, sea ante el Tribunal de la Comunidad Económica Europea del Ducado de Luxemburgo, bien, en su caso, ante el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, Francia.

e) Tampoco debe dejarse de puntualizar que los cada vez más frecuentes y jerarquizados Congresos nacionales en

las singulares materias de fondo —y en una inteligente labor interdisciplinaria con referencias constantes al derecho comparado—, la calidad de la producción bibliográfica, y la influencia de los principios comunitarios que van elaborando raudamente las Comisiones y Cortes Interamericanas y de la Comunidad Europea, *contribuyen decididamente no sólo al progreso y evolución del Derecho sino, principalmente, a la homogeneidad o uniformidad de las respuestas jurídicas.*

Con lo que están haciendo, unos y otros, función formadora, sustitutiva o equivalente a la de la Casación.

f) Rescato, igualmente, un argumento de peso propio. Me refiero a la notoria tendencia de la Corte Federal y de buena parte de la doctrina más actualizada, que tiende a reforzar, cualitativamente, el federalismo jurídico, lo que se lleva a cabo mediante una verdadera “invasión” a las jurisdicciones provinciales, a fin de que todos los tribunales locales —con mayor énfasis los superiores tribunales de la causa— asuman en plenitud la cuestión federal.

Porfían así por una descentralización cabal del Servicio de la Justicia (art. 5º de la C. N.) en la sensible y auténtica interpretación histórica del Preámbulo, lo que parecería entrar en conflicto, de empeñarnos en una centralización unitaria, con la más afinada manifestación jurisdiccional reservada a las provincias: la casación (arg. arts. 18, 33, 67, inc. 11, 100, 101, 104, 105 y 107 de la C. N.).

Esa tendencia se subraya en la intensificación y desenvolvimiento de los principios consagrados en “Strada”, “Spada”, “Cima” y otros.

Trabajo de envergadura en una época de tremenda movilidad del Derecho, que permitirá la construcción de un torso doctrinal realmente moderno, adecuando las soluciones generales propias de las leyes y *los matices y factores socioeconómicos de cada región*, lo que hace una más eficaz y vigorosa correspondencia del mandato legal con el medio en el cual ella ha de operar.

Así se da vida al federalismo de cooperación dinámica y acaso la clásica admonición de Ortega y Gasset, en cuanto a

que la revitalización de España provendría de las provincias, sobre definitiva y necesaria vigencia igualmente entre nosotros.

g) Finalmente, para los casos residuales, incluyendo la existencia de violación al principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la C. N.) como consecuencia de fallos contradictorios del Tribunal Intermedio a crearse quedaría la imprescindible intervención de la Corte Suprema de la Nación.

La cual si bien destaca que por vía de principio tales contradicciones no implican quebrantamiento de la aludida garantía ni cuestión federal habilitante de su competencia apelada, por considerar que las consecuencias que derivan de la interpretación dispar de la ley surgen del inevitable ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde a los distintos tribunales del país al aplicarla conforme a su propio criterio ("Fallos": 250: 860, entre muchos otros), hallaría en la apertura posible de ese control la enmienda *in extremis*.

h) Esta idea no importaría una erogación superior a la que representaría la concreción de cualquiera de las otras dos alternativas (la Corte Nacional de Casación que propone el Dr. Vanossi, o el Tribunal Intermedio con funciones casatorias que auspicia el Dr. Belluscio).

No tendría objeto aquí desplegar el análisis de su articulación global, pues sólo queremos sentar el inicio de un posible debate útil para la definitiva formación del criterio más aconsejable.

En síntesis: aprovechando la infraestructura y experiencia de la Corte Federal en torno de la sentencia arbitraria —la inadecuada motivación de los fallos judiciales en grado de inconstitucionalidad— nos servimos de los precedentes iniciativos de los doctores Vanossi y Belluscio en la parte pertinente a ese rol impugnatorio, excluyendo los de la casación general que subsistirían según los modelos provinciales (y eventualmente el que se implantaría para el fuero criminal

de sancionarse el Proyecto de Código Procesal Penal del P. E.) vigentes.

Así se daría solución al impostergable problema *real actual* de la sobrecarga del Alto Tribunal, manteniéndose la tradicional línea histórica —federalista— (categóricamente reafirmada en “Strada”) para la Casación en sí, con las ventajas que hemos destacado más arriba.

El costo sería de tal suerte mucho más atenuado, sin generar nuevos debates debilitadores, cobrando, al mismo tiempo, plena lozanía (dentro del perfil que técnicamente le corresponde) el clásico y fértil recurso extraordinario del art. 14, ley 48.

IV. — CONCLUSIONES

La preocupación a que ha respondido esta exposición es la de satisfacer varias requisitorias, cada vez más urgentes y que se disparan, ansiosas de hallar solución o una salida decorosa por parte del estudioso del Derecho, el político y el legislador en general.

Al mismo tiempo que se buscan engranajes complementarios y alternativos a la Justicia del Estado y se procura encarar la modernización global de este servicio, son múltiples los registros y flancos que requieren una profunda meditación para, a partir de la solución de los mismos, ir armando, con vistas al mediano y largo plazo, la posible y razonable readaptación funcional de *todo* el arsenal técnico; y de la infraestructura en que él se asienta y sobre la cual funciona el proceso judicial.

Convengamos, al cabo, en que:

1) La sobrecarga de la Corte Suprema es intolerable y se encuentra en una situación límite; no es ella por cierto una verdad oculta.

2) La expansión de su competencia apelada ha ennegrecido los contornos y el rostro originario imaginado al

filo de la primera centuria anterior y diagramado con inigualable sapiencia por las leyes 27 y 48, aposentándose en el clásico recurso extraordinario y en el famoso y tan servicial —por útil— marco de su artículo 14.

En alas del manejo de una Corte *activa* preocupada por satisfacer la puesta al día del servicio y acompañar los procesos cada vez más complejos, frente a los conflictos que sitian a la comunidad de masas, en el rumbo de la sociedad de bienestar que parece en retroceso pero que no lo es tanto, en la ola de una inflación legislativa y cruzado de cambios ininterrumpidos, se moviliza en la evolución del Derecho. Jaqueada por eso mismo por el fenómeno disvalioso de la sobrecarga.

3) La puerta que primeramente se franqueara casi con sigilo y temor, para albergar (lo que preveía iba a constituir un episodio de tarde en tarde) a su creación pretoriana, *la doctrina de la sentencia arbitraria*, está desde hace años abierta de par en par. Por ello, en una casi tercera instancia similar a la de las Cortes de Casación, ingresa un caudal enorme de procesos provenientes de los órganos federales, nacionales y provinciales, que funcionan en la totalidad del territorio argentino.

Hemos sumado estadísticas que muestran, en el contraste de *diez años*, un volumen de causas que se arrastra entre las seis y siete mil anuales, y cómo la Corte, haciéndose cargo residual de tales pronunciamientos, los descalifica en un índice que oscila entre el 20 y 60, también mensuales.

4) En tales condiciones, el retroceso deseado para la reconducción a madre, a la añorada, lejana y romántica identidad de un Tribunal *sólo* de garantías constitucionales, dispuesto a atender los *grandes casos*, aquellos que comprometen el tejido de la sociedad argentina, ha terminado por constituirse, pese a ser ello significativo y determinante, nada más que en uno de sus cometidos. Seguramente no es el que le demanda el trabajo de cenicienta, pues desde otros flancos los expedientes abarrotan los despachos de los relatores,

secretarios y ministros del Alto Tribunal (la sentencia arbitraria).

La descompresión aguardada afanosamente en la esperanza de lo que ocurriría con la doctrina de "Strada", sin embargo, no puede ser por sí sola ni en medida suficiente, el mecanismo que importe la *devaluación* del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, ni erigirse en una trinchera infranqueable a los recursos extraordinarios (o a los de queja por su denegatoria).

No obstante que las Cortes provinciales, cada vez con mayor intensidad y especialización, accederán a la cuestión *federal* (y primero por ser paralela y montarse en similar quicio a la *cuestión constitucional provincial* que consideran y reglamentan numerosas de las constituciones y leyes procesales de los estados locales) no parece que sea ella la válvula de descarga idónea.

5) Las alternativas que se van imaginando, al igual que en los EE. UU. de América y en otros países (Brasil), están ahora sometidas al análisis profundo y a la formación de un estado de opinión que las sienta como propias y beneficiosas.

Alternativas *factibles en su instrumentación* y respecto de las cuales las resistencias de la inercia o de distintos sectores que se fortifican en el mantenimiento de una situación a todas luces insoportable, vayan retrocediendo.

Los proyectos que hemos destacado en sus líneas maestras deben converger en una iniciativa global.

Si es el de la Casación Nacional, el proyecto del Dr. Vannossi permite casi superar con inteligencia un largo e infértil debate que se arrastra enredado a si es imprescindible que la respuesta provenga de la reforma constitucional.

El ensamble de la concurrencia de las potestades nacionales y provinciales, al converger sobre ese mismo objeto—un órgano nacional para todo el país, de estructura, funcionalidad y competencia distintas a las que son propias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, no muestra hoy vallas, frenos o incompatibilidades que *resulten insalvables*.

Por el contrario, una *ley de cooperación* debe signar en estas horas el principio de lealtad federal sin que sea menester apelar a un tratado interprovincial.

Norma que se nos ocurre ensordinada y a la que una mutativa proyección hacia el futuro brindará frutos óptimos —se entiende que nos referimos al art. 107 de la C. N. vigente—. Porque con una ley del tipo que propone el Dr. Vanossi se potenciaría en concreto, desde el Congreso, la solución institucional equivalente a la de un tratado global para los fines de Administración de Justicia.

6) En el andarivel de otra alternativa, volcada en las previsiones del proyecto Belluscio, esa *Corte intermedia* tendría un ámbito más específico y reducido (todo lo federal y nacional, dejando afuera el importante caudal de asuntos litigiosos que se resuelven por los órganos provinciales).

Constituiría una solución parcial pues, por una parte, la uniformación casatoria quedaría circunscripta a la doctrina de los fallos emanados de esos órganos (federales y nacionales), con lo que los fines más ambiciosos que justifican la creación de una corte de Casación *Nacional* se verían sustancialmente recortados.

De otro lado, al mismo tiempo, el propósito de que el control de arbitrariedad descansa en este Tribunal quedaría de igual modo trunco, pues la sentencia de los superiores tribunales de Provincia continuarían siendo impugnables, en su caso, para ante la Corte Federal por el difícil trampolín del inciso 4º innominado del famoso art. 14 de la ley 48. Malograrse así uno de los objetivos políticos funcionales (el de descarga) que es el que se busca prioritariamente resolver en estas horas.

7) Las razones de estrechez presupuestaria, armonizadas en un registro de orden escalonado de factores que inciden en ese cuadrante, nos parece que, sin enfrentar la difícil empresa de la reforma constitucional, acerca de cuya oportunidad y conveniencia se ha expresado la Academia en sentido negativo, tienen que ser objeto de impostergable toma de posición por el abogado argentino.

8) Nuestra propuesta se afilia a las dos anteriores, pero creemos que se sustenta en fundamentos propios que la diferencian de aquellas, de las cuales se abastece en variados aspectos. Preserva valores superiores (como el de un federalismo de base), y —descontamos— facilitaría un notable descongestionamiento en el trabajo actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin resquebrajar la estructura y funcionalidad de las Cámaras de Apelación y Supremas Cortes provinciales, en todo cuanto histórica y funcionalmente les cabe y llevan a cabo satisfactoriamente.

Ante esos planteos, debemos ser optimistas. El desafío es, por lo menos, prometedor y sugerente. Aceptémoslo.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

LOS CONVENIOS SOBRE REPRESIÓN DEL TERRORISMO INTERNACIONAL

*Comunicación de los académicos Dres. José Domingo Ray *,
Federico Videla Escalada y Enrique Ramos Mejía a la Aca-
demia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos
Aires, en la sesión privada del 14 de julio de 1988*

* La comunicación del académico Dr. José Domingo Ray versó sobre el tema tratado en su conferencia en la sesión pública del día 15 de setiembre, que se reproduce en este número.

UN NUEVO DOCUMENTO INTERNACIONAL DESTINADO A DEFENDER A LA AVIACIÓN CIVIL DE LOS ATAQUES DEL TERRORISMO: EL PROTOCOLO DE MONTREAL DE 1988

Por el académico Dr. Federico Videla Escalada

En el mes de febrero último se reunió en Montreal la Asamblea de la OACI y aprobó un Protocolo complementario del Convenio suscripto en la misma ciudad el 23 de septiembre de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, ratificado por nuestro país por ley 20.411.

Con este nuevo texto, que se agregaría al Convenio de 1971, se procura ampliar el ámbito en que deben funcionar los instrumentos jurídicos internacionales integrados en un sistema orgánico para enfrentar los ataques del terrorismo.

En otra ocasión, desarrollé una breve comunicación sobre el tema del terrorismo y el Derecho Aeronáutico internacional, en la cual puse de relieve la importancia del Derecho como medio apto para enfrentar los atentados irracionales de aquél, frente a los cuales la aviación civil, por las características específicas de las aeronaves, resulta particularmente vulnerable.

Ese sistema defensivo de orden jurídico está integrado por un conjunto de normas administrativas de tipo preventivo, destinado a evitar la concreción de ataques, y por varios convenios internacionales.

Estos últimos son los de Tokio de 1963, La Haya de 1970 y Montreal de 1971, al cual se proyecta agregarle al-

gunas disposiciones complementarias incluidas en el Protocolo recientemente aprobado.

El ataque terrorista comenzó en 1960 y prontamente, en 1963, había sido suscripto el Convenio de Tokio.

Las primeras manifestaciones terroristas consistieron en apoderamientos ilícitos de aeronaves, hechos que se multiplicaron a un ritmo verdaderamente alarmante.

De ahí la rapidez de la reacción internacional y la aprobación del citado texto de 1963. En verdad, éste era apenas un primer esbozo de defensa jurídica, ya que su finalidad substancial consistía en lograr que los comandantes, legítimas autoridades a bordo de las aeronaves en vuelo, recuperaran el control y el gobierno de las máquinas para poder llevar a buen destino la operación aérea que realizaban.

Ni siquiera se definió en qué consistía el delito en sí ni, lógicamente, se previeron penas para sus autores, aunque no cabe silenciar el mérito de sus redactores de haber dedicado varios artículos a fortalecer y regular las facultades de los comandantes.

No es por ello de extrañar que, tanto la OACI como las reuniones de estudiosos del Derecho Aeronáutico —entre ellas nuestras Jornadas Nacionales—, recomendaran a los Estados la ratificación del Convenio.

Pero, como era lógico, los trabajos para lograr la sanción de un texto más perfecto continuaron y así se llegó en 1970 a suscribir el Convenio de La Haya, que define al delito de apoderamiento ilícito sin darle esta denominación y utiliza como instrumentos substanciales para combatirlo a la ampliación de la jurisdicción de los Estados y al deber de conceder la extradición de los autores del hecho o juzgarlo por sus propios Tribunales y sancionarlo con penas severas.

La solución no es perfecta, pero representa un notable avance y, al fracasar un intento realizado en una Conferencia reunida en Roma, que procuró lograr que se aplicaran sanciones a los Estados que no dieran cumplimiento a lo acordado en los Convenios, significó la concreción final de

las medidas destinadas a proteger a la aviación civil contra los apoderamientos ilícitos, sin duda los más espectaculares, aunque no siempre los más graves atentados terroristas efectuados contra la aviación civil.

Precisamente, por la existencia de otros tipos de hechos de esta índole, mientras se elaboraba y sancionaba el Convenio de La Haya, la OACI trabajaba intensamente en la preparación de otro texto que defendiera a la aeronavegación frente a esos ataques.

El trabajo se concretó en la aprobación del Convenio de Montreal en 1971, al cual se proyecta ahora mejorarlo mediante el agregado de lo establecido en el Protocolo de este año.

La circunstancia de estar previsto ese agregado aconseja recordar algunos aspectos básicos del Convenio de Montreal de 1971.

Se denominó Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil y, en buena medida, sigue las bases del Convenio de La Haya y utiliza a la ampliación de la jurisdicción y la extradición como instrumentos fundamentales para lograr sus finalidades.

En el artículo I se dice que comete un delito —tampoco se lo denomina específicamente— “toda persona que ilícita e intencionadamente: a) Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave; b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; c) Coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; d) Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las

aeronaves en vuelo; e) Comuniquen a sabiendas informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo”.

El artículo se completa con una referencia a la tentativa y a la complicidad relacionadas con los delitos antes enunciados.

Dada la posibilidad de realización de atentados terroristas mientras se prepara a una aeronave para un vuelo o se le efectúan trabajos de mantenimiento con miras a esa actividad, el Convenio introduce la noción de aeronave en servicio, además de mantener la de aeronave en vuelo, incluida en el Convenio de La Haya.

Aun cuando la nomenclatura del artículo I pareció suficientemente amplia, pronto comenzaron a manifestarse algunas lagunas al producirse hechos terroristas de gran repercusión y que causaron importante cantidad de víctimas.

Entre ellos, ocupan lugar preponderante los atentados practicados en aeropuertos que sirven a la aviación civil internacional.

No es del caso recordar ejemplos, pero vale la pena señalar el llevado a cabo contra empleados y pasajeros que se encontraban en el sector correspondiente al despacho de la compañía israelí El Al en el aeropuerto Leonardo da Vinci de la ciudad de Roma.

En las estadísticas que se incluyeron en el documento de trabajo presentado a la Asamblea de la OACI en 1986, aparecían ocho hechos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil ocurridos entre el 1 de enero de 1984 y el mes de mayo de 1986 y que cabían en la nomenclatura del artículo I del Convenio de Montreal.

Esa Asamblea se dedicó muy especialmente a considerar el tema del terrorismo y la aviación civil y adoptó algunas resoluciones demostrativas de la importancia que le asignó.

Entre ellas, cabe destacar la decisión comunicada al Consejo para que indicara al Comité Jurídico que debía dejar todo asunto que estuviera en su agenda —fundamentalmen-

te el del proyecto de Convenio referido a la responsabilidad de los organismos de tránsito aéreo— para preparar un documento que incluyera en el Convenio de 1971 algunos elementos complementarios.

Y también reiteró a los Estados la necesidad de ratificar los Convenios de Tokio, La Haya y Montreal —ratificaciones que en el caso de los dos últimos habían llegado a ser ciento veintinueve—.

A ello debe agregarse que recomendó a los Estados que introduzcan en los acuerdos bilaterales de transporte aéreo que hayan firmado o suscriban en el futuro una cláusula de seguridad e, inclusive, les aconsejó que utilizaran un texto modelo aprobado por la OACI.

La cláusula modelo tiende a que las líneas aéreas y, en general, los explotadores de aeronaves se ajusten a las normas sobre seguridad aprobadas por el Organismo y prevé la aplicación por los Estados de los medios útiles para prevenir atentados, inclusive mediante inspecciones durante el embarque de los pasajeros y la estiba de mercancías y equipajes.

También dispone que las partes se obligan a asistirse mutuamente cuando se produzcan incidentes o amenazas de apoderamientos ilícitos de aeronaves u otros actos ilícitos contra la seguridad de los aviones, sus pasajeros y tripulación o contra aeropuertos e instalaciones destinados al servicio de la aviación civil.

Esta última mención conduce a analizar directamente el Protocolo aprobado recientemente en Montreal y el proceso de su elaboración.

Este siguió un trámite particularmente intenso.

Como dije, la Asamblea de 1986 urgió la redacción de un proyecto, el Consejo recibió la comunicación pertinente y encomendó la preparación al Comité Jurídico, el cual, a su vez, designó al Dr. Van Dam para que tuviera a su cargo la tarea central.

En el transcurso de pocos meses, el relator informó al Comité y en el primer semestre de 1987 el texto fue aprobado

y enviado al Consejo y en febrero de este año fue suscripto por los Estados.

Es interesante recordar el primer Considerando, ya que expone muy claramente la finalidad del Protocolo.

“Considerando que los actos ilícitos de violencia que ponen o pueden poner en peligro la seguridad de las personas en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional o que comprometen el funcionamiento mismo de dichos aeropuertos, socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de los aeropuertos en cuestión y perturban el funcionamiento seguro y ordenado de la aviación civil en todos los Estados.”

El texto en sí mismo comienza por establecer que el Protocolo complementa el Convenio para la represión de los hechos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil y, de inmediato, se encuentra el precepto medular.

Se trata del artículo II, que dispone que se agregue al artículo I del Convenio un párrafo que llevará el número I bis y dice: “Comete un delito toda persona que ilícita e intencionadamente, utilizando cualquier artefacto, sustancia o arma: a) ejecute un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte; o b) destruya o cause graves daños en la instalaciones de un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio y esté situada en el aeropuerto, o perturbe los servicios del aeropuerto, si ese acto pone en peligro o puede poner en peligro la seguridad del aeropuerto”.

Es evidente que se ha procurado elaborar una redacción muy comprensiva, en la cual, además de la protección de las personas, se incluye la de las aeronaves y el aeropuerto, es decir, los elementos centrales empleados por la aviación civil, cuya utilización permite hacer realidad la vigencia del derecho del hombre a trasladarse libremente en el planeta y tomar contacto con sus prójimos.

Por otra parte, el Protocolo prevé añadir al artículo 5

del Convenio de 1971 un párrafo, 2 bis, cuyo texto es el que sigue: "Asimismo cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 bis del artículo I, así como en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dicho párrafo 1 bis, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo VIII, al Estado mencionado en el párrafo 1 a) del presente artículo."

Cabe precisar que estas últimas expresiones se refieren al Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito.

No he de extenderme más, ya que el Convenio de Montreal de 1971 fue comentado por mí mismo en otra comunicación y sólo deseo señalar que, ante la gravedad del ataque terrorista contra la aviación civil, continúa la creación de instrumentos jurídicos tendientes a proteger a esta actividad, sin duda beneficiosa para la vida del hombre en nuestro tiempo.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

EL CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía

Después de las exposiciones de los doctores Videla Escalada y Ray en la última sesión privada quedó pendiente, por falta de tiempo, la exposición a mi cargo desde el punto de vista penal del "Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima" hecho en Roma el 10 de marzo del corriente año y que contó con la firma del delegado argentino. Si bien su contenido substancial es la tipificación penal de los respectivos actos ilícitos, también se refiere el Convenio necesariamente a otras cuestiones complementarias de real interés.

No obstante que desde antiguo ha preocupado dar protección a la navegación marítima mediante sanciones penales, ello se hacía a través de la legislación de cada país, y fue curiosamente la seguridad de la navegación aérea la que tomó la delantera en el ámbito del derecho internacional.

Antiguamente, sin embargo, además de proteger la navegación marítima también se protegió a personas y cargas transportadas. La navegación se protegía mediante la pena fijada para el delito llamado "falso faro", incluido en los códigos penales de aquel tiempo entre los delitos contra la tranquilidad pública, respecto del cual dice Carrara que "la palabra faro proviene del nombre de la isla de Pharos, que se encuentra en el mar interior de Egipto, sobre la cual

existía una torre de mármol blanco de trescientos codos de alto en cuyo vértice se encendían de noche espléndidos fuegos para guiar a los navegantes”, y agrega que entre los métodos para provocar naufragios existía “el de incendiar fuegos sobre los escollos u otros lugares peligrosos para arrastrar a los navegantes al engaño y a la ruina” “por el ansia de hacer botín con los despojos de los náufragos”, finalidad a su vez que justificaba la represión del delito de piratería, incluido entre los delitos contra la propiedad con la designación de “hurto violento”, a cuyo respecto dice el mismo autor: “lo que los bandidos son en la tierra, los piratas son en el mar”, y agrega que su accionar consistía en “agredir en el mar a un buque para saquearlo... con finalidad de lucro”, protegiéndose así con ese delito a las personas y cargas transportadas.

El delito de “falso faro” ha desaparecido hace tiempo de los códigos penales, pero subsiste el de piratería, aunque no como delito contra la propiedad, sino como en nuestro código y en la mayoría de los códigos penales, como especie de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte, en nuestro ordenamiento represivo en los artículos 190, 194 y 198. Este último en realidad es el único que contempla el delito de piratería, y lo hace designándolo así, siendo oportuno destacar que sólo su inciso 3º incluye un elemento subjetivo cuando quien usurpa la autoridad de un buque lo lleva a cabo “con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva”. El artículo 199, a los efectos de agravar la pena, hacía referencia a la circunstancia de haberse realizado el delito de piratería “con fines subversivos”, pero esta causal de agravación fue suprimida en 1984 por la ley 23.077 de defensa de la democracia, supresión por cierto injustificada y que contrasta con la preocupación fundamental tenida en cuenta en considerandos del Convenio que nos ocupa, como es “la escalada mundial de los actos de terrorismo”, a la cual se refiere la Resolución 40/61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1985, citada en otro considerando,

que, entre otras cosas, insta a los Estados “a que contribuyan a la eliminación gradual de las causas subyacentes del terrorismo internacional”.

Dijimos que este Convenio, además de tipificar determinados hechos susceptibles de afectar la navegación marítima, lo que hace en el punto 1 del artículo 3, se refiere a otras cuestiones, como son la tentativa y la participación en el punto 2 del mismo artículo, la obligación establecida en el artículo 5 de cada Estado Parte de prever las penas que considere adecuadas según la gravedad de cada delito, con lo cual agota lo relativo estrictamente a la materia penal, y además de ello regula su ámbito de aplicación en los artículos 1, 2, 4 y 6, lo que llama investigación preliminar y el procedimiento penal propiamente dicho en los artículos 7, 8 y 10, el procedimiento de extradición en el artículo 11, el auxilio que deben prestarse y la información que deben brindarse entre sí los Estados Parte y la que deben ellos suministrar al Secretario General de la Organización Marítima Internacional en los artículos 12, 14 y 15, las medidas de prevención en el artículo 13 y desde el artículo 16 al 22, que es el último, diversos aspectos formales: controversias entre los Estados Parte, adhesión al Convenio, su entrada en vigor, su denuncia, su depósito y su redacción en seis idiomas: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

No hay duda de que la disposición principal del Convenio es la que enuncia los delitos en el punto 1 del artículo 3, que comienza diciendo: “Comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente” y que seguidamente describe, o tipifica según la expresión técnica, los respectivos hechos.

Es ineludible a consecuencia del principio de legalidad consagrado entre nosotros en el artículo 18 de la Constitución, el conocido “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, formular expresamente en la ley penal los tipos o modelos de conducta que se someten a una pena, pero es superfluo aludir, como se hace en el encabezamiento de ese artículo 3, a las restantes características del hecho típico para convertirse en un hecho punible, pues son elementos propios del

delito su ilicitud, que solamente deja de darse por virtud de alguna de las causales expresas de justificación, y su intención o dolo como forma de la culpabilidad del autor.

Se prevén en dicho artículo 3 siete hechos, dos de resultado material y cinco de peligro. Son de resultado material el primero y el último. Según el primero, comete delito quien "se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violación o cualquiera otra forma de intimidación", y según el último quien "lesione o mate a cualquier persona en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a f)". Y son de peligro los restantes, según los cuales es autor quien "realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura del buque", quien "destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque", quien "coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir el buque o cause daños al buque o a su carga que pongan o puedan poner en peligro la navegación segura del buque", quien "destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento si cualquiera de tales actos pueden poner en peligro la navegación segura del buque" y quien "difunda información a sabiendas de que es falsa poniendo así en peligro la navegación segura de un buque".

Los de resultado material son tipos cerrados, pues describen todos los elementos típicos, mientras que los de peligro son tipos abiertos, pues su tipicidad, aunque probado materialmente el acto, depende de la efectiva puesta en peligro de la navegación segura del buque de que se trate como bien jurídicamente protegido, y no hay duda de que esa efectiva puesta en peligro queda sometida a la apreciación subjetiva del juzgador. Por ejemplo, ¿qué entidad deben tener los daños causados a la carga para decidir que pueden poner

en peligro la navegación segura del buque y dar así por consumado el delito? Claro que tales daños si no se aprecian como susceptibles de poner en peligro la navegación segura del buque pueden resultar punibles por la ley penal del país cuya bandera enarbola el buque.

Complemento de dicha enunciación, que prevé hechos consumados cometidos por una sola persona, es cuanto se dispone en el punto 2 del mismo artículo 3 respecto de la tentativa y de la participación. En cuanto atañe a la tentativa cabe observar que los términos "intente cometer" son muy amplios, pues pueden abarcar la mera preparación, generalmente impune; más correcta y más uniforme en la legislación comparada en lugar de "intente" es la expresión "comience a ejecutar", pues con ella se hace referencia expresa al comienzo de ejecución de la acción típica, primera etapa del "iter criminis" que pone realmente en peligro al bien jurídicamente protegido. La misma observación cabe respecto de la participación, pues hubiera sido mejor en lugar de aludir genéricamente al "cómplice de la persona que comete el delito" precisar en particular los modos de ser cómplice: prestar al autor un auxilio sin el cual el delito no se hubiera podido cometer, cooperar de cualquier otro modo, prestar una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores, pue menciona a título de ejemplo por ser los empleados en nuestro Código Penal, pero sin pretender que sean los modos más acertados de legislar sobre la participación.

Este punto 2, sin embargo, además de referirse a la tentativa y a la participación, también enuncia, sin rigor metodológico, un nuevo delito de peligro que debió ser incluido en último término en el punto 1. Con él se castiga a quien "amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados b), c) y e) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate". Este texto revela que la amenaza y

la intención de su autor tienen evidentes finalidades terroristas, pues si bien la amenaza por sí sola puede poner en peligro la seguridad de la navegación marítima, la intención del autor a la que se alude como elemento típico trasciende la mera acción de amenazar y aspira a conseguir que una persona física o jurídica —¿el gobierno de un Estado en algún caso?— ejecute un acto —¿tal vez la libertad de un terrorista?— o se abstenga de ejecutarlo.

Como ya lo señalé, el artículo 5 obliga a cada Estado Parte a establecer por ley las penas que considere adecuadas según la respectiva gravedad de los delitos enunciados en el artículo 3, pero no hay duda de que al tratarse de una ley a dictar por cada país habrá que atender, no sólo a esa adecuación, sino al correspondiente sistema penal, debiendo tener en cuenta al respecto el gobierno argentino que actualmente nuestro Código Penal no admite la pena de muerte.

Si bien hasta aquí he puesto el acento en las disposiciones del Convenio de carácter penal y voy a dejar de lado aspectos ajenos a ellas, como los casos en que no se aplica el Convenio, los casos en que cada Estado Parte tiene jurisdicción para juzgar los delitos que se prevén, lo relativo a la extradición y otras disposiciones propias de todo tratado internacional, creo que hay dos cuestiones que no se pueden pasar por alto porque algo tienen que ver con las disposiciones estrictamente penales, una relativa a las medidas de prevención consideradas en el artículo 13 y otra atinente a la investigación preliminar y al procedimiento penal propiamente dicho a que se refieren los artículos 7, 8 y 10.

El artículo 13 trata las medidas de prevención en dos incisos, lo que pudo llevarse a cabo en sólo uno, pues nada justifica prever unas para el caso de que se prepare la comisión de algún delito y otras para impedir la consumación de algún delito, pues cualesquiera sean las medidas propuestas ellas resultan aplicables tanto en caso de tentativa, porque se ha comenzado a ejecutar el delito, como en caso de consumación. En el primer inciso se establece, sin señalar-

las en particular, que los Estados Parte adoptarán “todas las medidas factibles”, mientras que en el segundo se dispone que los Estados Parte deberán intercambiar información —que no reviste en verdad el carácter de una medida concreta de prevención— y coordinar “medidas administrativas o de otra índole”.

Creo que sólo teniendo en cuenta el modo de ejecución de hechos ya ocurridos podrá considerarse cuáles son las mejores medidas de prevención para dar seguridad a la navegación marítima, tanto durante la carga del buque, durante el embarque del pasaje y durante la navegación. Pero, ¿serán siempre eficaces?, cualesquiera sean ellas, “factibles”, “administrativas” o “de otra índole”, ¿podrán contribuir a la eliminación gradual de las causas subyacentes del terrorismo internacional como aspiró a conseguirlo la recordada resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas?

En un libro publicado en versión española en 1985 tratan varios catedráticos en Universidades de los Estados Unidos y de Gran Bretaña especialistas en el tema distintos aspectos vinculados con el terrorismo, y uno de los ensayos, debido a la pluma de George Quester, lleva por título *La eliminación de la oportunidad terrorista*, y en él dice su autor con un marcado tono pesimista que cualesquiera sean las medidas de prevención ellas sólo podrán limitar las consecuencias del accionar terrorista pero nunca reducirlas a cero, y por ello expresa que “el terrorismo es por tanto una gran molestia” con la cual la sociedad debe convivir como convive con el gran número de accidentes de la circulación, aunque los conductores no quieren provocar accidentes mientras que “nuestros adversarios terroristas sí tienen verdaderamente la intención de hacernos daño”.

Tanto la investigación preliminar como el juzgamiento propiamente dicho ocupan por su parte tres artículos, números 7, 8 y 10, de minuciosa redacción, pero sólo cabe hacerse cargo de las disposiciones aplicables por el capitán del buque a bordo del cual se cometió el presunto delito, por el Estado Parte que deba intervenir en un primer momento

porque el presunto delincuente se halla en su territorio y por el Estado Parte que resulte en definitiva con jurisdicción para juzgar el delito de que se trate.

En caso de que el hecho ocurra durante la navegación, es decir, lejos posiblemente de la presencia del funcionario judicial del Estado Parte con jurisdicción para juzgar el hecho, el punto 1 del artículo 8 autoriza al capitán del buque a entregar al Estado Parte que en principio tenga jurisdicción a cualquier persona respecto de la cual tenga razones fundadas para creer que ha cometido alguno de los delitos enunciados en el artículo 3, y el punto 4 del mismo artículo obliga en tal caso a suministrar al Estado receptor las pruebas relacionadas con el hecho, con lo cual el Convenio lo obliga implícitamente al capitán a actuar como funcionario preventivo con facultades para llevar a cabo algún tipo de investigación.

El punto 2 del artículo 7 llama "investigación preliminar" a la que debe llevar a cabo el Estado Parte en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente "de conformidad con su legislación", pero sólo "a fin de permitir la tramitación de un procedimiento penal o uno de extradición", etapa procesal en la cual la persona sometida a esa investigación "tendrá derecho a ponerse sin demora en comunicación con el representante competente más próximo del Estado del que sea nacional o al que competa por otras razones establecer dicha comunicación o, si se trata de una persona apátrida, del Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual", y también tendrá derecho a "ser visitada por un representante de dicho Estado", derechos que "se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado en cuyo territorio se halle el delincuente o presunto delincuente". Si este Estado Parte investigador carece de jurisdicción para juzgar el hecho corresponde la extradición del investigado y su entrega al Estado Parte que tenga dicha jurisdicción.

Ese Estado Parte, según el artículo 10 "someterá sin dilación el caso a sus autoridades competentes a efectos de

enjuiciamiento mediante el procedimiento judicial acorde con la legislación de dicho Estado”, y la persona encausada “recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento, incluido el disfrute de todos los derechos y garantías estipulados para dicho procedimiento en la legislación del Estado del territorio en que se halla”.

¿Tienen derechos los terroristas? es el título de otra colaboración incluida en el libro citado, y en ella su autor, Robert S. Gerstein, sienta el siguiente principio general: “existen algunos derechos tan esenciales para la persona que no se pueden perder por muy mal que se haya obrado. Estos son los derechos que protegen nuestra capacidad de ser personas individuales y mantener nuestra individualidad; la capacidad de establecer nuestros propios valores y mantenerlos como tales”. Agrega que si hay alguien que puede perder algún derecho este es el terrorista, y en su opinión existen buenos argumentos a favor de tal pérdida, pero concluye afirmando que “ni aun el terrorista pierde todos sus derechos”, ya que “debe tener la oportunidad de ser moralmente autónomo, esto es, de tomar decisiones basándose en valores que son en verdad propiamente suyos, escogidos por él mismo y no impuestos por coerción”, es decir, podemos agregar, tiene el derecho de ser terrorista, y por consiguiente sostiene este autor que los terroristas “siguen reteniendo aquellos derechos que son inseparables del ser humano, aunque los hayan violado”, que es la correspondiente postura del Convenio en consideración. Finalmente, Gerstein se refiere, para reprobarlas, a cuatro prácticas a que suelen recurrir ciertos gobiernos, aun democráticos según él, cuando se enfrentan con el terrorismo, las que nos limitamos a citar: el lavado de cerebro para modificar las ideas favorables al terrorismo, la tortura para obtener información, la detención fuera de juicio y las violaciones al debido proceso.

Y hasta aquí lo que a mi juicio toca informar sobre el tema a mi cargo.

III

**VII REUNIÓN CONJUNTA DE LAS
ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA
Y BUENOS AIRES**

*Palabras pronunciadas por el académico Presidente
Dr. Marco Aurelio Risolía*

Gracias, muchas gracias señor Presidente y estimado amigo, Dr. Pedro J. Frías, por sus palabras de recepción y de apertura.

En alguna medida lo afectan en el caso las generales de la ley, pues cabe recordar que, sin perjuicio de la representación que inviste aquí y ahora, es también miembro correspondiente de la corporación que presido y que hoy viene a esta ilustre ciudad mediterránea para deliberar en común sobre un enjundioso asunto: "Economía y Derecho".

Es esta la séptima reunión conjunta de nuestras entidades, destinada —como todas— a discurrir sobre cuestiones de rica sustancia y capital interés, evidente en este caso por la trascendencia actual y nacional del tema escogido.

Permítaseme ahora precisar lo notorio: yo no soy un economista. Soy, sí, un graduado en derecho que adquirió en sus estudios regulares, hace ya muchos años, nociones sumarias de Economía Política y de Política Económica, y que hoy está convencido de que algún importante significado tiene la inversión ostensible de los términos que acaba de pronunciar.

Manejo como todos en mi país y en los días que corren las palabras "inflación", "congelamiento", "desarrollo", etc., y hago uso del sentido común para interpretar lo que sucede y genera mi angustia y la de mis conciudadanos.

La observación prolija y la razón alertada me permiten afirmar proposiciones muy simples, vgr., que la inflación genera la recesión y la estabilidad estimula el desarrollo. Y en este mismo orden de ideas, echando mano de una lógica primaria, se suma prestamente a mis especulaciones la sospecha de que mucho tiene que ver con lo que nos pasa hoy a los argentinos el manejo de una invención que otras veces he calificado de divina y diabólica —la moneda—, patrón que mide el valor económico, pero que se encoge y se dilata a voluntad, según impulsos de contención o de dispendio.

Como jurista, no puedo ignorar la gravitación que estas circunstancias tienen en el viejo capítulo de las obligaciones de dar y de hacer. Como hombre del común que compra, vende, consume, presta servicios, vigila el activo y el pasivo de su patrimonio y atiende a los reclamos de una digna subsistencia, experimento —al igual que todos los integrantes de la comunidad— la satisfacción o la angustia que brota de la saciedad o de la privación forzada. Y hete aquí que hace más de dos decenios han cobrado presencia habitual en mis meditaciones, sin excluir la angustia y el agobio, pesquisas preocupantes a propósito del déficit fiscal, de la emisión sin respaldo, de la producción menguada, de las exportaciones encogidas, de la burocracia ineficaz y creciente, de la cotización de divisas extranjeras, de las tasas de interés, del envilecimiento de precios y salarios, del crecimiento de la deuda externa, convencido al cabo de que una suma y una resta final grita el resultado desconsolador del esfuerzo digno y útil y echa las bases previsibles de un futuro calamitoso. Convencido de que las meditaciones del jurista no pueden tapar con un harnero las derivaciones naturales de un feliz o inadmisibles presupuesto económico.

A ojo de buen cubero, parece claro que las dificultades que nos afligen tienen mucho que ver con la desproporción que se registra entre entradas y salidas, entre los recursos de que se dispone y los gastos en que se incurre. Que la solución de este estado de cosas se busca sin reducir —como

parece obviamente aconsejable— la intervención del Estado en el ámbito propio de la actividad privada para promover la generación de recursos suficientes y no acentuar una presión tributaria que exceda los márgenes de la capacidad contributiva de la población. Que todo esto se traduce en una producción escasa, aumento de los precios, envilecimiento de la moneda, fuga de capitales, mengua de las exportaciones, reducción de las inversiones, agobio en suma del proceso económico e inflación incoercible; en fin, desajuste que genera el reclamo airado, pone a prueba el orden jurídico y atribula sobre todo al hombre de derecho, llamado a meditar en punto a la efectividad de los principios y las garantías de un régimen político, económico, jurídico al que está confiado el mantenimiento de la paz y la realización de la justicia.

El proceso que nos conturba destruye, pues, la economía y compromete el orden jurídico en términos categóricos. La inter-relación, la incidencia del desajuste económico en el ámbito del derecho y en la realización de la justicia se torna evidente. La inflación proclama a gritos su gravitación en las obligaciones de dar sumas de dinero, en el contrato reajutable, en el patrimonio agredido, en la propiedad desmedrada, en la exigencia resistida, en el reclamo gremial, en el quebranto irremediable.

Esa angustiosa realidad justifica la temática de este encuentro. En él está presente una situación que nos angustia. En él está presente la preocupación por el destino de derechos y garantías capitales, sometidos a prueba por una realidad que sobrecoge.

Parece innecesario subrayar que el derecho necesita siempre ser esclarecido por el análisis de la naturaleza profunda de las cosas y muy en particular tratándose de situaciones y procesos abarcados por la economía e investigados según principios y métodos propios de esa rama del saber.

Por tanto, es obviamente necesaria una honesta aproximación de ambas disciplinas para que obren oportunamente de consuno, a fin de conciliar el trabajo científico y técnico que demanda en nuestro país la difícil realidad del

presente. Su concurrencia es indispensable para lograr soluciones satisfactorias, sin ficciones ni compromisos divorciados de la apremiante realidad.

Sin duda es menester que los juristas pongan en claro y tengan presentes los principios de la ciencia económica al avanzar en sus regulaciones y que los economistas no abjuren del derecho al echar mano de las soluciones sugeridas por una realidad acuciosa o agobiante.

La persecución de la verdad es una empresa común que involucra y aproxima todas las ramas del saber. Ningún orgullo de sector o de partido puede justificar posturas excluyentes cuando está de por medio el esclarecimiento premioso de la verdad y consecuentemente el avance de la ciencia y conciencia del hombre, cualquiera sea la rama del saber que avale su cometido.

La verdad es una y es necesario perseguirla desde todos los ángulos. Como jurista, no predico un derecho inamovible, estratificado, sin evolución oportuna y razonable. No predico, tampoco, una economía divorciada de las leyes naturales o positivas. Algo tienen que ver el derecho civil, el derecho comercial, el derecho del trabajo, el fiscal, el administrativo y hasta el penal con la economía, y también mucho tiene que ver la economía con el régimen común —civil y comercial— de las obligaciones y contratos.

Se comprende, pues, que en la temática de este encuentro esté presente la incidencia del desajuste económico en el régimen de los derechos y garantías constitucionales, amenazados por una pregonada reforma de la Ley Suprema. Implicados, también, por una eventual reforma de los códigos capitales.

Doctor Frías:

Siempre he creído que el derecho es ciencia y es arte. Y que como ciencia exige un método y como arte el dominio de una técnica.

Yo también —como usted lo ha expresado elocuentemente— aspiro a que estos días de reflexión nos ayuden a

descubrir los caminos transitables de una cultura en libertad y para la libertad, que discrimine el ámbito propio de lo privado y de lo público y que permita asumir con absoluta convicción el esfuerzo necesario y repartirlo con la equidad que la emergencia impone.

Quiera Dios premiar el esfuerzo de quienes están aquí para examinar con prudencia el asunto que nos convoca y contribuir con denuedo a preservar las bases de una sana economía y asegurar la vigencia de un firme, orgánico e irrenunciable orden jurídico.

Muchas gracias, otra vez muchas gracias por sus palabras de bienvenida a este privilegiado lugar de la República. Y sean nuestras deliberaciones para bien de todos y con la sana intención de contribuir sin desmayos a la recuperación de la Patria y su grandeza.

EL SISTEMA ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN

Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988

La Constitución Nacional no define dogmáticamente el sistema que debe regir la economía del país. No obstante, en su capítulo "Declaraciones, Derechos y Garantías", reconoce con disposiciones categóricas derechos económicos que integran los derechos civiles que garantiza a todos los habitantes. Tal reconocimiento presupone la vigencia de un sistema económico determinado, que es necesario desentrañar de la letra y del espíritu que surge del texto íntegro de la Constitución, para poder, sobre la base de él, fijar con precisión la significación y el alcance de cada uno de esos derechos o libertades económicas reconocidos, y exigir la efectivización de la garantía constitucional.

El tema económico es siempre una resultante de los presupuestos filosóficos y políticos que conforman un sistema de gobierno determinado y ello, por cuanto la política económica no constituye un objetivo sino un medio al servicio de una finalidad superior: la realización del bienestar general en un contexto de libertad y de justicia. Por eso, si no hay disposiciones constitucionales expresas que se remitan a un sistema económico determinado, éste surge por deducción del sistema político-jurídico de la Constitución.

Si en una sociedad jurídicamente organizada bajo un régimen constitucional, el sistema político y el económico no pueden andar por carriles opuestos o contradictorios, por la razón expresada en el párrafo anterior, determinemos entonces la naturaleza del sistema político y por implicancia, o por vía deductiva, resultará cuál es el sistema económico.

Nuestra Constitución ha instituido como forma de gobierno el sistema republicano representativo, que está enun-

ciado en apretada síntesis en el Preámbulo y se explicita en la parte dogmática en la que la Constitución reconoce principios y derechos que garantiza a todos los habitantes, pues son anteriores a la Constitución misma, y al reconocerlos admite así su origen de derechos naturales del hombre, que pasa a ser el fin supremo del Estado en su organización jurídico-política y del gobierno que haya de conducirlo. Este sistema político es el liberal, que se caracteriza por la clara distinción entre la libertad de los antiguos o libertad política, que se circunscribe a la posibilidad de participar en la actividad gubernamental, y la libertad civil que se manifiesta en el goce efectivo de los derechos individuales.

Para Benjamín Constant, a quien Rodríguez Varela llama la gran luminaria de la etapa del pensamiento liberal, se entiende por libertad el triunfo de la individualidad, tanto sobre la autoridad que quisiese gobernar mediante el despotismo, como sobre las mayorías que reclamasen el derecho de sojuzgar a la minoría.

Nuestra Constitución institucionaliza el concepto de libertad al reafirmar en su Preámbulo el objetivo de “asegurar los beneficios de la libertad”, como finalidad del estado constitucional, y organizar jurídicamente una sociedad de naturaleza pluralista, en contraste con un Estado monolítico y totalitario, donde el gobierno y el Estado lo son todo y el individuo nada.

Hace a la esencia del régimen republicano el llamado gobierno limitado o de *poderes limitados* que inspira nuestra Constitución por su esencia liberal y que responde a la idea de Constant —que cita Rodríguez Varela— cuando dice: “Ninguna autoridad sobre la tierra es ilimitada, ni la del pueblo ni la de los hombres que se dicen sus representantes, ni la de los reyes a cualquier título que reinen, ni la de la ley que no siendo sino la voluntad del pueblo o del príncipe, según sea la forma de gobierno, debe estar circunscrita dentro de los mismos límites que la autoridad de la cual emana”.

Chateaubriand reconoce al liberalismo un origen tras-

cedente cuando dice que: "La libertad no proviene del pueblo ni del rey, ni sale del derecho político sino del derecho natural, o antes bien del derecho divino; emana de Dios que deja al hombre a su libre arbitrio, de Dios que no puso condiciones a la palabra cuando otorgó la palabra al hombre". En nuestra Constitución la limitación de los poderes se concreta en normas positivas que reflejan el principio de las limitaciones en tres órdenes de relaciones: a) en cuanto al Estado respecto de los individuos, al reconocer a éstos los derechos y garantías que hacen a su libertad política y civil, autolimitándose no sólo implícitamente, por vía de ese reconocimiento, sino explícitamente cuando enuncia en el artículo 28 que las declaraciones, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio; b) en cuanto a los individuos frente al Estado, a la comunidad y a los demás individuos, al admitir que no hay derechos absolutos, pues ellos están supeditados a las leyes que reglamentan su ejercicio, según lo dispone el art. 14, y c) en cuanto al pueblo soberano, al establecer en su art. 22 que él no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes.

El liberalismo es así un concepto integral que sustenta una doctrina política asentada en la limitación del poder, para que en su virtud el Estado y los ciudadanos, en razón de esas limitaciones, permitan a cada individuo el libre goce y ejercicio de sus derechos. Se proyecta a lo económico para lograr a través de la libre decisión de los individuos, en tanto consumidores, la mejor distribución de la riqueza, la igualdad en el acceso a las oportunidades, el pleno derecho al gozo del producto del esfuerzo, la inviolabilidad de la propiedad. Se extiende a lo social, sobre la base de ese ordenamiento político y con esas premisas económicas se asegura la paz y la convivencia pacífica entre los individuos y, por ende, en la sociedad que integran. Se proyecta al orden internacional, porque la soberanía como concepto superior en las relaciones externas de cada país, encuentra sus aplicaciones en los principios de no intervención y en el respeto

de las decisiones de cada nación, como simple repercusión de las limitaciones del poder en el orden interno que no pueden admitir su desplazamiento hacia el orden externo. Este es el liberalismo integral que abarca lo político, lo económico, lo social, lo religioso, lo cultural y lo internacional, integridad que como tal no admite divisiones.

Dentro de las libertades civiles, del supuesto que caracteriza el sistema político liberal, podemos distinguir, en relación de género a especie, las llamadas libertades económicas. Surgen de los artículos 14, 14 bis, 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional. El derecho de todos los habitantes —nacionales o extranjeros— de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de gozar de condiciones dignas y equitativas de labor, de jornada limitada, de descanso y vacaciones pagas, de retribución justa, de salario mínimo vital y móvil e igual remuneración por igual tarea, de participación en las ganancias de las empresas con control en la producción y colaboración en la dirección; de protección contra el despido arbitrario, de la estabilidad del empleado público; de la organización sindical libre y democrática reconocida por simple inscripción en un registro especial; de los gremios a concertar convenios colectivos de trabajo; de recurrir a la conciliación y arbitraje y del ejercicio del derecho de huelga; del otorgamiento por el Estado de los beneficios de seguridad social; del seguro social obligatorio a cargo de entidades estatales, las jubilaciones y pensiones móviles; de la protección integral de la familia, la defensa del bien familiar, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna; de ser considerados iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad; de la inviolabilidad de su propiedad, la que sólo puede ser expropiada por causas de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada; de la propiedad exclusiva al autor o inventor de su obra, invento o descubrimiento; de la abolición de la confiscación de bienes en el orden penal.

En materia fiscal, luego de establecer el principio fundamental de la legalidad como base de toda contribución, determina la Constitución en los artículos 4, 9, 10, 11, 12, 25 y 67, incisos 1º y 2º, los llamados principios constitucionales de la imposición o garantías del contribuyente frente al poder fiscal, que son: la equidad, proporcionalidad, igualdad y uniformidad, agregándose como garantías implícitas —admisibles conforme al art. 33 de la Constitución— la no confiscatoriedad por aplicación del art. 17, en cuanto ella significa una violación de la propiedad, y la de la razonabilidad de la ley en su aplicación concreta.

Si bien se acepta pacíficamente la filiación liberal de la Constitución en el orden político, porque muy pocos se atreven a negar la libertad como fundamento del estado de derecho constitucional, muchos en cambio niegan el carácter liberal de la Constitución y sus postulaciones económicas pretendiendo dividir al liberalismo en dos facetas inescindibles: libertad en lo político y dirigismo en lo económico.

Hemos dicho en otra oportunidad que las libertades económicas, así enunciadas y garantizadas por la Constitución Nacional para todos los individuos, no son el resultado de una ejemplificación al azar tendiente a reconocer derechos que hacen a la esencia de la vida del hombre en comunidad, sino la expresión de un sistema que surge, en primer lugar, del sistema político de la Constitución, el republicano representativo liberal, pues no pudieron los constituyentes haber insertado una cuña en la Constitución introduciendo un sistema económico antagónico, ni siquiera susceptible de entrar en colisión con el sistema político liberal instituido. En segundo lugar, porque esas libertades económicas no son sino la expresión de un sistema implícito en la Constitución, que surge de la doctrina o escuela económica que inspiró a los constituyentes y que, sin dogmatismos, se expresa en normas precisas que, aunque no existieran, no podrían negarse ni desconocerse porque importan, como hemos dicho, derechos anteriores al Estado que éste en su Constitución reconoce y garantiza.

Para deducir el sistema económico de la Constitución del sistema político elegido por ella, reforzamos nuestra opinión de que la libertad es una e indivisible. Como lo hemos dicho en muchas oportunidades, no puede haber libertad política sin libertad económica en una sociedad de naturaleza pluralista, pues es imposible conciliar un individuo sometido económicamente al Estado, desposeído de la propiedad de todos o parte de los medios de producción, sometido a autorizaciones, limitaciones y controles en el quehacer propio de su subsistencia, con el individuo libre y soberano para expresar sus ideas políticas y ejercer los derechos políticos y civiles que le garantiza la Constitución Nacional.

La gente suele pensar que el liberalismo se distingue de otras tendencias políticas en que procura beneficiar a una determinada clase —la constituida por los poseedores, los capitalistas y los grandes empresarios— en perjuicio del resto de la población. El supuesto es erróneo. El liberalismo ha pugnado siempre por el bien de todos. Tal es el objetivo que los utilitaristas ingleses pretendían describir con su frase de “la máxima felicidad para el mayor número posible”. Desde un punto de vista histórico, el liberalismo fue el primer movimiento político que quiso promover, no el bienestar de específicos grupos sino el general. Difiere el liberalismo del socialismo —que igualmente proclama su deseo de beneficiar a todos— no en el objetivo perseguido, sino en los medios empleados.

Los fundamentos de la política liberal radican en el respeto inalterable de la propiedad privada, de su empleo y de sus frutos; de las libertades individuales, tanto civiles como políticas y, particularmente, una especie dentro de aquéllas, las económicas; la paz como ideal de la sociedad interna y de la comunidad de las naciones; la igualdad de los habitantes ante la ley aunque admitiendo la natural desigualdad de las rentas y de los patrimonios; el rol del Estado ajustado a las funciones esenciales de su organización, a la protección y defensa de los derechos individuales

y a crear el marco adecuado para que estos últimos puedan desenvolverse.

Los antiliberales suelen denominar “economicistas” a los liberales, lo que no es exacto. El liberalismo no da prioridad a la economía por sobre el derecho y la moral, sino que se ubica en el terreno económico por ser éste el elegido por Marx y sus imitadores para destruir de allí el derecho, la moral y la convivencia civilizada.

No es economicista una teoría que se funda esencialmente en la prevalencia de los derechos naturales del individuo, sean relativos a su persona o a sus bienes. Si se ubica en una posición económica, es fundamentalmente para defender la teoría del mercado, porque la economía de mercado es un sistema social de división del trabajo basado en la propiedad privada de los medios de producción. Como dice von Mises, el mercado no es un lugar, ni una cosa, ni una asociación; es un proceso puesto en marcha por las actuaciones diversas de los individuos que cooperan bajo un régimen de división del trabajo y nada hay en el mercado que no sea de índole humana y por ello la economía de mercado no es más que la resultante específica de actuaciones humanas.

Sostenemos el sistema de economía de mercado no por ser economicistas sino porque ese sistema constituye el único que sirve de garantía del orden jurídico, contrario a la arbitrariedad que la gente de bien no desea. Así se llega al orden jurídico económico y social de la libertad, que constituye la esencia de la democracia liberal, implícita en todo sistema republicano de gobierno.

El pensamiento económico de Alberdi

La hermenéutica jurídica nos ha enseñado que la interpretación auténtica de las normas jurídicas es aquélla que proviene de quienes las han dictado, entendido como cuerpo legislador o algunos de sus integrantes que han participado

en la proyección, discusión o sanción de la norma o la de aquéllos que como colegisladores la han proyectado o propiciado y aun también la de otros que sin asumir ese rol son los autores indirectos de la norma porque a ellos pertenece su inspiración.

En materia de interpretación de la Constitución Argentina no hay una interpretación más auténtica, compatible con la de los constituyentes de 1853, que la de Juan Bautista Alberdi, por dos razones: una, porque a través de sus *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina* proyectó a la Constitución de 1853, porque ésta reconoce en esa obra su real anteproyecto y, otra, porque fue su primer intérprete cuando en 1854 escribió su libro *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*.

La orientación económica de nuestra Constitución ha sido recogida de las *Bases* de Alberdi donde está expuesta con menos doctrinarismo, pero en forma terminante, aunque el desarrollo del sistema económico constitucional surge con amplitud, claridad y practicidad de conceptos en la interpretación de la Constitución de 1853 que hace en su obra *Sistema Económico y Rentístico*.

Con definiciones contundentes, propias de los hombres de ideas claras, Alberdi empieza por ubicar el pensamiento económico de la Constitución Argentina enrolándolo en determinadas escuelas económicas, lo que consideramos como toda una definición incuestionable. Así dice en su *Sistema* . . . que:

“Como la economía política es un caos, un litigio interminable y complicado donde no hay dos escuelas que se entiendan . . . es muy fácil que el legislador y el publicista, según la escuela en que reciban su instrucción, se desvíen de la Constitución y alteren sus principios y miras económicas, sin pensarlo ni desearlo, con sólo adoptar principios opuestos en las leyes y reglamentos orgánicos que se dieran para poner la Constitución en ejercicio. Para evitar ese peligro conviene

tener presente a cuál de las escuelas en que se halla dividida la ciencia económica pertenece la doctrina de la Constitución Argentina."

Luego de referirse a la escuela mercantil o dirigista y a la que él llama "economía socialista de nuestros días", dice:

"Estas dos escuelas son opuestas a la doctrina económica en que descansa la Constitución Argentina. Enfrente de estas dos escuelas y al lado de la libertad, se halla la escuela fisiocrática refrendada por Quesnay y la grande escuela industrial de Adam Smith... A esta escuela de libertad pertenece la doctrina económica de la Constitución Argentina y fuera de ella no se deben buscar comentarios ni medios auxiliares para la sanción del derecho orgánico de esa Constitución".

Más adelante, el padre de la Constitución se pregunta:

"¿Quién hace la riqueza? ¿Es la riqueza obra del gobierno? ¿Se decreta la riqueza? El gobierno tiene el poder de estorbar o ayudar a su producción, pero no es obra suya la creación de la riqueza. La riqueza es obra del hombre impuesta por el instinto de conservación y mejora y obtenida por las facultades de que se halla dotado para llenar el destino en el mundo. En ese sentido, ¿qué exige la riqueza de parte de la ley para producirse y crearse? Lo que Diógenes exigía de Alejandro: que no le haga sombra. Asegurar una entera libertad al uso de las libertades privativas del hombre; no excluir de esa libertad a ninguno, lo que constituye la igualdad civil de los habitantes; proteger y asegurar a cada uno de los resultados y frutos de su riqueza: he ahí toda la obra de la ley en la creación de la riqueza. Toda la gloria de Adam Smith, el Homero de la economía, descansa en haber demostrado lo que otros habían sentido: que el trabajo libre es el principio vital de todas sus riquezas. La libertad de trabajo,

en ese sentido, envuelve la de su medio de acción, la tierra y el capital y todo el círculo de su triple empleo—la agricultura, el comercio y la manufactura— no son más que variedades de su trabajo”.

En las *Bases*, señalando la función del Estado en la economía, agrega Alberdi que:

“Gobernar poco, intervenir lo menos, dejar hacer lo más, no hacer sentir la autoridad es el mejor medio de hacerla estimable. . . La prosperidad ha de ser obra espontánea de las cosas, más bien que una presión oficial. Las naciones por lo general, no son obras de los gobiernos y lo mejor que en su obsequio puedan hacer en materia de administración, es dejar que sus facultades se desenvuelvan por su propia vitalidad. No estorbar, dejar de hacer, es la mejor regla cuando no hay certeza de obrar con acierto. . .”.

Sobre la significación y alcance de la libertad económica, Alberdi nos dice:

“Ejercer la libertad económica es trabajar, adquirir, enajenar bienes privados; luego todo el mundo es apto para ella, sea cual fuere el sistema de gobierno. . . Es preciso que se cumpla la ley natural que hace de cada productor dueño de la utilidad o provecho correspondiente al servicio de su trabajo, de su capital o de su tierra, en la producción de la riqueza común y partible. ¿Qué auxilio exige de la ley el productor en la distribución de los provechos? El mismo que la producción: la más completa libertad del hombre, la abstención de la ley en regular el provecho que obedece en su distribución a la justicia acordada libremente por la voluntad de cada uno. . . La ley nada tiene que hacer en los consumos privados. . .”.

Hemos dicho en otra oportunidad que “El liberalismo económico propio del sistema de la Constitución de 1853-

1860, se mantiene vigente en la verdadera y auténtica interpretación que de ella se haga, sin que variables históricas de orden político, económico o social justifiquen su apartamiento. Sólo basta para entender que el liberalismo moderno no es distinto del liberalismo de los constituyentes, advertir que avizorando el futuro de las necesidades del país al que debía aplicarse, ensancharon los límites de los moldes clásicos para recogerlos en su esencia y sin desnaturalizarlos los adaptaron a una realidad histórica distinta de la de un siglo atrás. Se adelantaron al concepto de Julián Marías de que el liberalismo es la organización social de la libertad”.

Las ideas económicas de Alberdi están muy lejos de consagrar la teoría de un antiestatismo vernáculo o de negar toda intervención al Estado en la organización y custodia del proceso económico. Así, mientras por un lado dice:

“La idea de una industria pública es absurda y falsa en su base económica. La industria en sus tres grandes modos de producción es la agricultura, la fabricación o el comercio; pública o privada, no tiene otras funciones. En cualquiera de ellas que se lance el Estado, tenemos el gobierno de labrador, de fabricante o de mercader; es decir, fuera de su rol esencialmente público y privado, que es de legislar, juzgar y administrar. El gobierno no ha sido creado para hacer ganancias, sino para hacer justicia; no ha sido creado para hacerse rico, sino para ser el guardián y centinela de los derechos del hombre, el primero de los cuales es el derecho al trabajo, o bien sea la libertad de industria”.

Agrega que:

“Bajo cualquiera de estas formas o transformaciones en que se considere a los capitales en la Confederación Argentina, ellos constituyen la vida, el progreso y la civilización material de ese país. Bancos, casas de seguro, ferrocarriles, líneas de navegación a vapor, ca-

nales, muelles, puentes, empresas y fabricaciones de todo género. toda cuanta operación entra en el dominio de la industria, debe estar al alcance de los capitales particulares, dispuestos a emplearse en la explotación de sus trabajos y empresas verdaderamente industriales, si las libertades concedidas por los artículos 14 y 20 de la Constitución, como base del derecho industrial han de ser una verdadera práctica y no una ostentación de mentido liberalismo. La industria, es decir, la fuerza que produce las riquezas forma inicialmente un derecho privado... El gobierno que se hace banquero, martillero, asegurador, empresario de industria en vías de comunicación y en construcciones de otro género, sale de su rol constitucional; y si excluye de esos ramos a los particulares, entonces se alza con el derecho privado y con la Constitución, echando a la vez al país en la pobreza y en la arbitrariedad. Si esas industrias fuesen atribuciones suyas y no de particulares, por utilidad del Estado convendría desprenderse de ellas y diferirlas a los particulares; no hay peor agricultor, peor comerciante, peor fabricante que el gobierno, porque siendo esas cosas ajenas a la materia gubernamental, ni las atiende el gobierno, ni tiene tiempo, ni capitales, ni está organizado para atenderlas por la Constitución, que no ha organizado sus facultades y deberes como para casa de comercio sino para gobierno del Estado...".

Sin embargo, Alberdi es el autor de la famosa *cláusula del progreso* que fue redactada en su anteproyecto con el que termina su libro *Bases* y correspondía al art. 67, inc. 3º del mismo y que en idéntica redacción ha pasado al texto actual del art. 67, inc. 16, de la Carta Magna que dice y es bueno recordarlo:

"Corresponde al Congreso... 16. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilus-

tración, dictando planes de instrucción general y universitaria y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

El liberalismo y su aspecto económico

La expresión clásica del liberalismo del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, reflejada en el conocido concepto del *laissez faire, laissez passer*, ha quedado superada y resulta inaplicable en nuestros días frente a la complejidad del Estado moderno y la evolución de los distintos sectores que integran el conglomerado social. El liberalismo moderno en sus distintas acepciones de neoliberalismo, humanismo y otras equivalentes, no pretende resumir o limitar al Estado a sus funciones de guardián o vigilante. Nada menos que Erhard decía en su libro *Bienestar para todos*: “Un Estado moderno y responsable no puede permitirse sencillamente que se lo relegue otra vez al papel de vigilante nocturno. Esa mal entendida libertad es, precisamente, lo que ha enterrado a la libertad antigua y el orden liberal bienhechor”.

Dos ideas básicas hay que esclarecer para aceptar el liberalismo social y entender su adaptabilidad a la organización política, económica y social de nuestro tiempo: el liberalismo social no pretende un antiestatismo a ultranza y está más lejos aun de predicar las libertades absolutas que conducen al libertinaje suicida y anarquista. Sobre este particular dice Guy Sorman que “Los liberales no son antiestatistas; el desorden actual del Estado no se debe a nosotros, sino a la confusión de las leyes. El Estado desaparece allí donde es indispensable orden, seguridad, solidaridad y es

omnipresente allí donde no lo necesitamos. El estado de derecho fundamento de la reflexión liberal, exige el establecimiento de una frontera nítida y si es posible de orden constitucional entre lo que pertenece a los poderes públicos y lo que concierne a la sociedad civil”.

El liberalismo no niega los derechos sociales sino que los sostiene como fin último de toda política y lo confirma la experiencia de que en los países más liberales los trabajadores han avanzado a niveles de vida comprobadamente superiores a los que ofrecen en las naciones socialistas. El liberalismo moderno no es antiobrerista ni antipopular porque entendido esto último como aquello que va contra los intereses del pueblo, sería la negación de cualquier política cuyo fin último es el bienestar de los habitantes de la Nación.

El liberalismo económico se asienta fundamentalmente en la economía de mercado que se ve reflejada en la estructura de los precios, esto es, en el conjunto de los tipos de cambio que genera la mutua actuación de todos aquellos que desean comprar o vender. Los precios del mercado informan a los productores acerca de qué, cómo y cuánto debe ser producido. El mercado es el punto donde convergen las actuaciones de los hombres y, al mismo tiempo, el centro donde se originan.

La economía de mercado no es, como dicen los marxistas, la anarquía de la producción capitalista, sino, por el contrario, la acción cooperativa social en que cada uno, al satisfacer sus propias necesidades, satisface y coopera en las de los demás. La economía de mercado funciona sin necesidad de compulsión ni coerción. La competencia es su base, el motor que acciona la oferta y la demanda determinantes en el mecanismo de los precios y, por ende, del nivel de la producción. La escasez hace a la existencia de la ciencia económica y es precisamente a atender el problema de escasez que tiende la competencia social —como la llama von Mises— en la que al luchar cada uno por satisfacer sus necesidades coopera en la satisfacción de las de los

demás y, por ende, de la comunidad que en conjunto integran. No es posible imaginar tipo alguno de organización social dentro de la cual no haya competencia.

El acceso a cualquier rama de la actividad productiva es libre, pero esa libertad no supone privilegio ni derecho alguno concedido por norma positiva; sólo se accede a ella si los consumidores desean que sea ampliada la producción de que se trate o si esos nuevos productores van a sustituir a los anteriores con mayor eficacia en cantidad, tecnología y precios, satisfaciendo así los deseos de los consumidores.

En las economías socialistas o centralmente planificadas no es un hecho de la realidad la igualdad de las oportunidades, pues en reemplazo del consumidor decide el Estado o el jerarca de turno sobre la base del privilegio, el favor, cuando no el cohecho para conseguir el permiso, la cuota, la licencia u otra de las tantas formas de presión de las autorizaciones para hacer algo que a otros no se les permite o para hacerlo con determinados precios máximos o mínimos, según el caso, con abstracción total del interés o conveniencia de los consumidores y de la colectividad entera.

La función del Estado en la economía

Debemos distinguir la intervención del Estado en la economía, pero dentro de ciertos límites que fijaremos en la forma más precisa que nos sea posible, y que es admitida por el sistema económico de la Constitución, de la intervención del Estado en la economía como política de objetivo esencial, que es para nosotros lo que realmente se debería llamar intervencionismo. Distinguimos que una cosa es la intervención del Estado en la economía con ciertas limitaciones y otra el intervencionismo como política, con el objetivo de sustituir al consumidor por el Estado.

Así llamaremos a este último el intervencionismo amplio, que se diferencia del socialismo soviético en que aquél admite la propiedad privada de los medios de producción,

mientras éste la niega. Las autoridades interfieren y perturban la operación del mercado, pero no desean abolirlo por entero; quisieran, como dice von Mises, que tanto la producción como el consumo se apartaran de los cauces que libremente adoptarían y pretenden plasmar sus deseos mediante órdenes, mandatos y previsiones que respalda el coercitivo y compulsivo aparato oficial, pero tales medidas constituyen, según ese autor, sólo intervenciones aisladas. Este intervencionismo amplio, también llamado dirigismo económico, pese a sus medidas perturbadoras de la vida económica, no pretende borrar la dualidad que existe bajo el régimen capitalista entre la actividad estatal de un lado y el mercado libre del otro. Este intervencionismo amplio consiste siempre en una orden directa emanada de quien detenta el poder público, la que obliga a los empresarios y capitalistas a explotar determinados factores de producción de manera distinta de como lo harían en un mercado competitivo.

La subcategoría de intervencionismo, a la que cabe aplicar como hemos dicho la palabra dirigismo como política, aspira a que sea siempre el gobierno quien, en todos los casos, decida si corresponde dejar evolucionar a las cosas conforme a las directivas del Estado o si, por el contrario, conviene más aplicar la intervención.

La otra subcategoría, la del intervencionismo subsidiario o supletorio es la que admite y garantiza la existencia del mercado, pero acepta la intervención del Estado no como un objetivo o una política que haría de esa intervención la regla y del juego del mercado la excepción, que entonces sí daría lugar a verdadero intervencionismo, sino como una necesidad para suplir la ausencia de la actividad privada en el mercado en ciertas situaciones o bien para coadyuvar a superar los obstáculos que impidan el libre acceso de las reglas de la competencia.

Venimos repitiendo en nuestros trabajos desde que fijáramos las ideas en uno primero efectuado en 1959, que el Estado en el proceso económico tiene una función primordial,

cual es la de cumplir adecuada y eficientemente con las funciones y servicios que le son propios, sin los cuales ese proceso económico carece de la infraestructura necesaria para concretarse. Tres ideas básicas hay que esclarecer para aceptar el liberalismo en su acepción moderna y entender su adaptabilidad a la organización política, económica y social de nuestro tiempo: el liberalismo moderno no pregona un antiestatismo a ultranza. Está más lejos aun de predicar libertades absolutas que conducen al libertinaje o anarquismo. No niega los derechos sociales, sino que los sostiene como base de toda la política. En su adaptación a la realidad moderna el liberalismo admite la intervención del Estado, pero no para sustituir al individuo ni para trabar la competencia o crear monopolios de hecho o de derecho, sino para instituir o hacer respetar la existencia de un marco adecuado para que la actividad económica pueda desenvolverse libremente, facilitando la iniciativa individual y la libre competencia mediante la regulación de aquellos aspectos del mercado que no están en condiciones propicias para ello, actuando a través de las políticas monetaria, arancelaria y fiscal y siempre subsidiaria y supletoriamente para lograr los objetivos de la comunidad, esto es, el bien común, en los casos en que por la naturaleza de las actividades, la magnitud de las inversiones, la seguridad nacional bien entendida y otras razones igualmente valederas, la actividad privada no tome a su cargo esas actividades o no lo haga en la escala y eficiencia necesarias.

Agreguemos que su intervención supletoria requiere que se dé un recaudo indispensable, la mayor parte de las veces olvidado: que ella sea necesaria; esto es, que no basta que se trate de una actividad no tomada a su cargo por el sector privado, sino que además sea necesaria y en estos momentos imprescindible.

No está de más insistir en la necesidad de restringir a un campo estricto, limitado, transitorio y de excepción, un requisito que sirve de justificativo para la imprecisa y a veces no bien aplicada actividad supletoria del Estado: el de

las razones de seguridad nacional o de estrategia que justifican la intervención en competencia con los individuos. Y un último requisito: que la intervención del Estado, por la naturaleza de los recaudos empleados, no justifique una irrazonable asignación de los escasos recursos de la economía porque ello atenta contra la productividad.

Pensamos que estos conceptos fijan con relativa precisión el alcance y la oportunidad de la intervención subsidiaria y supletoria del Estado en la economía. Agregamos que esta forma de intervención es la que admite la Constitución Nacional.

Para terminar, recordemos lo que decía Friedrich von Hayek en su *Camino de servidumbre*:

“El uso eficaz de la competencia como principio de organización social excluye ciertos tipos de interferencia coercitiva en la vida económica, pero admite otros que a veces pueden ayudar muy considerablemente en su operación e incluso requiere formas de intervención oficial. . . No son incompatibles el mantenimiento de la competencia y un extenso sistema de servicios sociales, en tanto que la organización de estos servicios no se dirija a hacer inefectiva, en campos extensos, la competencia. . . El hecho de tener que recurrir a la regulación directa por la autoridad cuando no puedan crearse las condiciones para la operación adecuada de la competencia, no prueba que deba suprimirse la competencia allí donde puede funcionar. Crear las condiciones en que la competencia durará con toda la eficacia posible, complementarla donde no pueda ser eficaz, suministrar los servicios que puedan ser ventajosos, son tareas que ofrecen un amplio e indiscutible ámbito para la actividad del Estado. En ningún sistema que pueda ser defendido racionalmente el Estado carecerá de todo el quehacer. Un eficaz sistema de competencia necesita tanto como cualquier otro, una estructura legal inteligentemente trazada y ajustada continuamente”.

Con lo que antecede creemos haber demostrado no sólo que el sistema económico de la Constitución Argentina es liberal, acorde con su régimen político, sino que también el liberalismo moderno en sus más puras expresiones no es un enemigo del Estado ni un explotador de los desposeídos ni un traficante del lucro desmedido.



EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos
Cassagne en la VII Reunión Conjunta de las Academias
Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y
Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12
de noviembre de 1988*

SUMARIO: 1. Un aspecto preliminar: la teoría del contrato administrativo y sus relaciones con el derecho civil. - 2. La compensación de los desequilibrios en el contrato administrativo. - 3. Continuación. El mantenimiento de la ecuación económico financiera del Contrato Administrativo: su fundamento común. - 4. Aplicación de las reglas propias de la justicia conmutativa. - 5. Peculiaridades de las principales técnicas que garantizan el equilibrio financiero del contrato: a) La compensación por el ejercicio de la *potestas variandi*; b) El hecho del príncipe (*factum principis*); c) La teoría de la imprevisión; d) La revisión de precios *ex lege*. - 6. Algunas reflexiones finales.

1. *Un aspecto preliminar: la teoría del contrato administrativo y sus relaciones con el derecho civil*

La progresiva construcción de los principios y reglas aplicables al contrato administrativo demuestra cómo esta institución, que comenzó modelándose dentro de un esquema de casi absoluta dependencia del derecho privado, fue modificando la aplicación de las soluciones privatistas hasta alcanzar una cierta autonomía científica que le permite abastecerse con los fundamentos y técnicas que le provee el derecho público, principalmente el derecho administrativo.

Fue un proceso lógico y hasta si se quiere previsible en virtud de la posición privilegiada que el Estado asume en el contrato administrativo donde la jerarquía de los fines que persigue, en relación a los intereses particulares de quienes se vinculan contractualmente con la Administración, justifica la distinta situación jurídica en que ésta se encuentra

colocada en la relación contractual con el particular o administrado.

El arribo a la actual inserción de la figura del contrato administrativo en el derecho público no se hizo sin esfuerzos y sin trasponer estadios intermedios. Entre éstos, cuadra apuntar que el primitivo montaje de los principios se efectuó en forma paralela al derecho civil, del cual tomó gran parte de sus contenidos adaptándolos a las peculiaridades propias de su naturaleza, lo que tenía la ventaja de que, agotadas las soluciones publicistas, quedaba un ancho margen de derecho común aplicable al Estado ¹.

En este siglo, sin embargo, el crecimiento del Derecho Administrativo dio lugar a la concepción de éste como derecho común de la Administración Pública ², sin excluir la aplicación del derecho privado para cierto tipo de relaciones, cuando las entidades administrativas realizan meras actividades industriales y comerciales y no persiguen un fin público inmediato ³.

En este proceso evolutivo cuadra señalar que otras concepciones propugnaron una completa autonomía para el derecho administrativo bajo el lema de la "huida del Derecho privado" ⁴ lo que hubiera tenido como consecuencia forzosa la aplicación en bloque del Derecho Administrativo a todas las relaciones en que fuese parte la Administración Pública, incluso aquellas inherentes al tráfico mercantil (vgr. actividad bancaria estatal) ⁵.

Pero esta tendencia extrema ha chocado abiertamente con la realidad que exhiben la legislación ⁶ y la juris-

¹ Véase: MARTÍN BULLINGER, *Derecho Público y Derecho Privado*, p. 91 y ss., trad. del alemán, Madrid, 1976.

² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 29, Madrid, 1977.

³ JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, ps. 386-388, Buenos Aires, 1983.

⁴ Conf. FLEINER, *Institutionem*, p. 326; LEISNER, *Grundrechte un Privatrech*, Munchen, 1960, p. 200, citados ambos por BULLINGER (op. cit., p. 101, nota 239).

⁵ MARTÍN BULLINGER, op. cit., ps. 98-99.

⁶ BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 51, Buenos Aires, 1976, admite que los entes estatales actúen en la órbita del derecho

prudencia de los tribunales habida cuenta de que la unidad final que posee el derecho es algo que difícilmente pueda desvirtuarse con concepciones puramente idealistas desvinculadas de aquella realidad.

Desde luego, no se puede desconocer que existe una sustancial distinción en punto a los principios que inspiran al derecho privado y al derecho público respecto a su naturaleza, fines y posición de las partes en la relación jurídica. Pero de allí a sustentar la tesis de la aplicación exclusiva del Derecho Administrativo a todas las relaciones que vinculan a las personas con el Estado (en forma directa o a través de sus entidades) media una distancia muy grande que, al acortarse, genera el peligro de que la situación desemboque en un estado de inseguridad jurídica y de injusticia frente a la natural incompatibilidad de ciertas normas públicas para regir las situaciones que plantea el accionar estatal a través de formas jurídicas privadas o cuando la actividad fuera, por ejemplo, de naturaleza típicamente comercial.

En este contexto, la teoría del contrato administrativo, como la categoría más trascendente entre los acuerdos que suele celebrar la Administración⁷ ha tenido un desarrollo considerable, abasteciéndose, en principio, de sus propias formulaciones, lo cual no impide la aplicación analógica de las reglas y principios del derecho civil o comercial, aplicación que se lleva a cabo —como ha dicho la Corte Suprema— “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia...” del derecho administrativo⁸.

privado, pero a condición de que exista una norma estatal imperativa que les imponga ese tipo de actuación.

⁷ En general, se ha propiciado que el contrato administrativo constituye una de las especies de los contratos de la Administración (además de los interadministrativos y de objeto privado), sin perjuicio de la posibilidad reconocida por la doctrina y la jurisprudencia de extender las reglas de la contratación pública a los convenios que celebran, entre otras entidades, las sociedades comerciales que posee el Estado, véase: JUAN CARLOS CASSAGNE, *Naturaleza administrativa de ciertos contratos celebrados por empresas estatales*, Revista “El Derecho”, t. 110, p. 610 y ss.

⁸ En el conocido caso “Los Lagos” registrado en el t. 190, p. 151 de

Ahora bien, la necesidad de compensar los desequilibrios que se producen en el ámbito de la contratación pública ha dado lugar a una serie de técnicas aplicables a las diferentes situaciones que se presentan, algunas de las cuales pertenecen al derecho administrativo y otras, como la teoría de la imprevisión, son de origen privado aunque su resurgimiento en este siglo tuvo primero lugar en el campo del derecho público a raíz de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia.

Sin embargo, no se puede negar el fondo común que, desde la óptica realista, traduce la tesis de que el contrato constituye, al cabo, en su esencia, un intercambio voluntario de prestaciones que viene a realizar, en su ámbito, el equilibrio o igualdad que procura la justicia.

2. *La compensación de los desequilibrios en el contrato administrativo*

Tanto en el contrato administrativo como en el regido por el derecho civil o comercial celebrado entre dos particulares, pueden producirse desequilibrios que afecten las bases de lo acordado o la llamada ecuación económico-financiera del contrato por lo que, a primera vista, no parecería necesario establecer soluciones diferentes para el restablecimiento del equilibrio contractual.

Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia advirtieron que esa alteración del equilibrio de las prestaciones podía provenir de actos del propio Estado cuando modificaba unilateralmente el contrato en ejercicio de la "potestas variandi", y que esta circunstancia tenía que incidir en la extensión y alcance de la compensación, la que no debía limitarse a una ayuda o subsidio para morigerar las pérdidas del contratista (como acontecía al aplicar la teoría de la

"Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", cuya jurisprudencia ha permanecido invariable en este punto.

imprevisión) sino en una reparación integral de la ecuación ya que no es justo que se obligue al contratista a extender y ampliar las prestaciones acordadas, sin mantener la remuneración pactada.

De otra parte, para lograr la mayor transparencia posible en las cotizaciones que formulan los contratistas y disminuir así el peligro de que trasladen los riesgos contractuales a las propuestas⁹, se perfilaron sistemas de revisión de precios "ex lege" que compensan no sólo el riesgo imprevisible sino hasta los mayores costos previsibles por las partes al momento de celebrar el contrato administrativo, tal como acontece entre nosotros con el régimen instituido por la ley 12.910¹⁰.

3. *Continuación. El mantenimiento de la ecuación económico financiera del Contrato Administrativo: su fundamento común*

La noción de equilibrio financiero del contrato administrativo como una condición implícita en la concesión de servicio público, en la que se encuentra comprendida la denominada equivalencia honesta de las prestaciones, es decir, entre las ventajas que se le otorgan al contratista y lo que se le exige, fue establecida por primera vez en Francia, en un caso promovido por el Ministro de Obras Públicas contra la Compañía Francesa de Tranvías, resuelto en el año 1910.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado, recogiendo la conclusión de León Blum, expuso el principio en términos que son todavía citados y seguidos por la doctrina moderna¹¹, al sentar la tesis de que "corresponde a la esen-

⁹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 522, respecto de la revisión de precios.

¹⁰ Ver: ALBERTO G. SPOTA, *Contratos*, t. III, p. 583, Buenos Aires, 1980.

¹¹ ANDRÉ LAUBADERE, FRANCK MODERNE y PIERRE DEVOLVE, *Traité des Contrats Administratifs*, t. I, ps. 716-717, París, 1983.

cia de todo contrato de concesión de servicio público encontrar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas. . .” las que “deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállese también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. . .”¹²

En la misma época, casi paralelamente a dicha formulación, nacida para corregir el desequilibrio provocado por el ejercicio de la *potestas variandi* —que habilita a la Administración para modificar unilateralmente el contrato— el Consejo de Estado, frente al cambio de las circunstancias originalmente pactadas, aplicó la cláusula “*rebus sic stantibus*” o teoría de la imprevisión y con la idea de morigerar las pérdidas que ese cambio provocaba, reconoció una ayuda a favor del contratista sin compensar, empero, la totalidad de su déficit financiero.

La extensión de esta teoría al campo de la contratación administrativa, si bien al principio fue resistida, provocando —como recuerda Hauriou— casi un escándalo¹³, terminó por ser reconocida ampliamente más que para propugnar la resolución contractual, como ocurrió en las aplicaciones que de ella se hizo en el derecho privado, para revisar el contrato, con el objetivo básico de no alterar la continuidad de la obra o servicio público (en sentido amplio)¹⁴.

Es evidente que en el derecho público todas las teorías correctoras de los desequilibrios tienen un fondo común que está dado básicamente por una circunstancia de hecho

¹² ANDRÉ LAUBADERE, FRANCK MODERNE y PIERRE DELVOLVE, op. cit., t. I, p. 717, nota 2.

¹³ MAURICE HAURIOU, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, t. III, p. 675, París, 1929.

¹⁴ El reconocimiento de la posibilidad de revisar el contrato por el derecho administrativo, en virtud del cambio imprevisible de las circunstancias originarias del contrato, se adelantó en muchos años a la evolución de esta idea en el derecho civil moderno; véase: GASPAR ARINO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, p. 285, nota 31, Madrid, 1968.

como es la modificación de las condiciones contractuales originarias que altera el equilibrio financiero entre las obligaciones y los derechos, las cargas y los beneficios, junto a un principio jurídico general que conduce al restablecimiento en forma total o parcial, de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, lo cual no es óbice para la coexistencia de diferentes técnicas de garantías adaptadas a cada situación, como se verá en el punto siguiente.

Esto es así por cuanto existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de nociones, propias del derecho público, que carecen de sentido en el ámbito de las relaciones privadas. Este fundamento encuentra su directa apoyatura en principios generales del derecho administrativo, algunos de los cuales tienen, entre nosotros, recepción positiva en la Constitución Nacional (v.gr. art. 16 de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe la igualdad ante las cargas públicas).

Este último principio, conectado con la necesidad de mantener la continuidad de los servicios públicos y la realización de la obra pública configura, en rigor, el principal fundamento en que se apoyan las distintas técnicas (hecho del príncipe, revisión de precios, imprevisión, etc.), para mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo¹⁵.

En efecto, si sobre el contratista pesa la carga de tener que ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la Administración, o bien, de cumplir el contrato pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea a raíz del álea administrativa provocada por hechos del propio Estado (*factum principis*) o proveniente de un álea que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta justo otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas del Estado sufrirían una car-

¹⁵ GASPAR ARINO, op. cit., p. 321.

ga pública de un modo desigual pues la situación de sacrificio especial en que se encuentran no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos “una carga que no pesa sobre las demás personas”¹⁶.

A su vez, como todo menoscabo patrimonial impuesto en beneficio público debe ser indemnizado, por aplicación del principio de inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17 de la Constitución Nacional), cuando tal situación acontece en el contrato administrativo, se impone el restablecimiento de la ecuación económico-financiera, por aplicación de aquel principio constitucional¹⁷.

A lo expuesto cabe añadir que la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador¹⁸ de la actividad concreta que cumple la Administración, cuya finalidad superior hace al bien común y se encuentra por sobre las previsiones contractuales¹⁹.

4. *Aplicación de las reglas propias de la justicia conmutativa*

Se ha sostenido, por parte de la doctrina, que la justificación del principio del equilibrio financiero del contrato reposa en razones inherentes a la justicia distributiva vinculadas a la igualdad, proporcionalmente comparativa, que se

¹⁶ Conf. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, ps. 482-483 y ss., Buenos Aires, 1983, respecto del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión; MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, p. 460, Buenos Aires, 1980.

¹⁷ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. III-A, p. 483 y ss., fundamento que considera aplicable aun para la teoría de la imprevisión (p. 507 y ss.).

¹⁸ FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, ps. 79-80, Madrid, 1987.

¹⁹ Conf. JUAN CARLOS CASSAGNE, “En torno de la figura del contrato administrativo” en el libro *Cuestiones de Derecho Administrativo*, ps. 83-84, Buenos Aires, 1987, donde señalamos la incidencia de este principio en punto a la modificación de los pliegos de la licitación a posteriori del perfeccionamiento del contrato.

da entre las propuestas de los diferentes oferentes que concurren al procedimiento de selección contractual ²⁰.

Pero aparte de que dicha tesis no alcanza a explicar plenamente el motivo por el que igualmente se corrigen los desequilibrios a través del procedimiento de revisión de precios o mayores costos instituido por la ley 12.910 y complementarias en casos donde no ha existido concurrencia (vgr. contrataciones directas) lo cierto es que no constituye una derivación fiel de la teoría clásica de la justicia ²¹ y contrasta con lo que acontece en el plano de la realidad.

Ello por cuanto la remuneración pertenece, en todo contrato, a la justicia conmutativa, al punto de que el precio contractual constituye el equivalente de las prestaciones que se llevan a cabo en función de la obra, cosa o servicio contratado sin atender, en principio, a la condición personal, salvo que esta condición influya decisivamente sobre la calidad o especialidad de la respectiva obra, cosa o servicio.

Hay, pues, una igualdad de objeto a objeto que difiere de la igualdad proporcional que es propia de la justicia distributiva.

En cambio, como lo hemos sostenido anteriormente ²², cuando el Estado distribuye bienes comunes sobre la base del principio de igualdad proporcional, que toma en cuenta la situación de cada persona en la sociedad, el gobernante ejerce la virtud de la justicia distributiva, la cual, si bien no deja de ser justicia individual o particular (lo debido por la comunidad a sus miembros como partes del todo de esa comunidad), reposa en una igualdad proporcional entre la

²⁰ RODOLFO CARLOS BARRA, *Contratos de Obras Públicas*, t. 3, p. 1146, Buenos Aires, 1988, al tratar la intangibilidad de la remuneración del contratista en el contrato de obra pública.

²¹ En el *Tratado de la Justicia*, al referirse a la división de la justicia, SANTO TOMÁS se expresa en términos que no admiten duda alguna acerca de lo que sustentamos, pues dice: "...si se da a un *servidor de la comunidad* un pago por un servicio prestado, *no sería esto justicia distributiva*, sino conmutativa. Y es que en la justicia distributiva no se toma como norma la igualdad objetiva entre lo que se da a uno y los servicios que ha prestado; sino más bien a lo que cada uno recibe según la dignidad de la persona" (*Suma Teológica* II.II.q.61 a. 4).

²² JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit. en *Cuestiones...*, p. 113.

cosa y la persona, entre la prestación debida y la situación personal de esa persona en la sociedad.

La materia de la justicia contractual se resuelve casi siempre por aplicación de principios propios de la justicia conmutativa. Así lo ha resuelto nuestro más alto tribunal al apuntar que "en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa... ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común, permite conmesurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas, situación equitativa que resulta alterada cuando... por culpa del deudor moroso la prestación nominal a su cargo ha disminuído notablemente su valor real"²³.

Por lo demás, en el plano de la realidad, los criterios legales y jurisprudenciales que se han dado para mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo descansan sobre el aumento o disminución que sufren las cosas o servicios contratados a raíz de acontecimientos económicos no imputables al contratista, sin establecerse igualdad proporcional alguna respecto de las personas que contratan a los efectos de fijar los valores que se compensan o indemnizan.

5. *Peculiaridades de las principales técnicas que garantizan el equilibrio financiero del contrato*

En lo que sigue vamos a analizar algunas de las peculiaridades de las principales técnicas de garantía del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo como son: a) la compensación por el ejercicio de la *potestas variandi*; b) el hecho del príncipe; c) la

²³ En el caso "Vieytes de Fernández, Juana, Suc. c/Provincia de Buenos Aires", publicado en Revista "El Derecho", t. 69, p. 86.

teoría de la imprevisión; y d) la revisión de precios "ex lege".

a) *La compensación por el ejercicio de la potestas variandi*

Las modificaciones que directamente, en forma unilateral²⁴, puede introducir la Administración en el objeto del contrato generan el consecuente derecho del contratista a ser compensado de todas las consecuencias económicas que provocan tales modificaciones.

Es sabido que el poder modificatorio de la Administración constituye una potestad que, como tal, es irrenunciable²⁵ y que tiene sus límites jurídicos racionales —uno de los cuales es, precisamente, el que veda afectar la sustancia o esencia del contrato²⁶— existiendo también límites legales, respecto de los contratos de obra pública y de suministro, donde la legislación ha tasado el máximo dentro del cual puede ejercerse la mencionada potestad²⁷. De excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a rescindir el contrato.

En caso de que se produzca, en forma ilegítima, la modificación unilateral del contrato administrativo, el contratista posee un verdadero derecho subjetivo a la intangibilidad de su remuneración²⁸ a fin de que se mantenga integralmente indemne la ecuación económico-financiera originaria.

²⁴ Según GARRIDO FALLA la potestad de modificar los contratos administrativos aparece en la misma génesis de la concepción sobre el contrato administrativo "como una de las notas que viene a caracterizarlo decisivamente desde un punto de vista sustancial" (op. cit., t. II, p. 82).

²⁵ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. III-A, p. 399.

²⁶ ANDRÉ LAUBADERE, FRANK MODERNE y PIERRE DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, t. II, p. 407, París, 1984.

²⁷ Ley 13.064, artículos 30 y 53, inc. a); Reglamento de las contrataciones del Estado, inc. 84, de la reglamentación al art. 61 de la Ley de Contabilidad.

²⁸ Conf. RODOLFO CARLOS BARRA, *El caso Pizarro Aráoz y la modificación del sistema de variación de costos pactado en los contratos de obra del sector público*, Revista "El Derecho", t. 95, p. 736, con respecto a la variación de costos en los contratos de obra pública o locaciones de obra en sector público.

b) *El hecho del príncipe* (factum principis)

La teoría del hecho del príncipe, que ha sido calificada como una de las más confusas del derecho administrativo²⁹, nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho de acuerdo con las cuales el contratista ejecuta su contrato.

A diferencia de la alteración del equilibrio financiero que se opera por el ejercicio de la potestad de modificación unilateral del contrato, el hecho del príncipe concierne a medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual³⁰.

Por ese motivo se ha sostenido que debe tratarse de medidas de carácter general³¹ que adopte el Estado, sean legítimas o no (lo que puede incidir en la extensión del resarcimiento)³², mientras que, si la medida es de alcance particular, el caso encuentra aplicación dentro de la responsabilidad contractual, donde la reparación corresponde en plenitud, aun cuando provenga de una ley formal, siempre que pertenezca al mismo orden de competencia constitucional bajo el cual se realizó el contrato (vgr. nacional, provincial o municipal, en caso de tener estos entes reconocida autonomía en las constituciones provinciales).

Poco importa, pues, si la medida general proviene o no de la Administración contratante, del órgano legislativo pertinente³³, o de otra entidad estatal con personalidad jurí-

²⁹ ANDRÉ LAUBADERE, FRANK MODERNE y PIERRE DELVOLVE, op. cit., t. II, p. 516, Nº 1291.

³⁰ Dicha responsabilidad, conforme a nuestra doctrina y jurisprudencia, es objetiva y directa; ver: JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., t. I, p. 309 y ss.

³¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 513; GASPAR ARIÑO ORTIZ, op. cit., p. 263.

³² JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 314.

³³ GASPAR ARIÑO ORTIZ, op. cit., p. 269.

dica encuadrada en dicha Administración ya que, en todos estos supuestos, se consume un "álea administrativa" a raíz de una medida general que torna aplicables los principios que rigen en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Para que el contratista pueda invocar el hecho del príncipe a fin de obtener el reajuste del contrato afectado por un álea de esa naturaleza se requiere que la medida general: 1) sea de índole económica o financiera; 2) provoque una excesiva onerosidad sobreviniente; 3) sea imprevista³⁴ y no exceda el álea normal de todo contrato; 4) exista una relación de causalidad entre la medida y la alteración de la ecuación del contrato, y 5) que el daño sea cierto y especial, en el sentido de que afecte más intensamente al contratista que al resto de las personas a quienes se les impone la medida de alcance general, cuyas consecuencias resultan asimilables a la imposición de cargas públicas³⁵.

c) *La teoría de la imprevisión*

La teoría de la imprevisión tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisto producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato, encontrándose recogida en nuestro Código Civil a partir de la reforma introducida por la ley 17.711³⁶.

El desarrollo de esta teoría que, según algunos, se hallaba también insinuada en el derecho romano³⁷ se perfila nítidamente en la Edad Media a través de la cláusula *rebus sic stantibus* donde se postula el respeto por la palabra empeñada en tanto las circunstancias tenidas en cuenta al cele-

34 MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. III-A, p. 494.

35 GASPÁR ARINO ORTIZ, op. cit., ps. 266-267.

36 El actual artículo 1198 del Código Civil tiene su fuente en el artículo 1467 del Código Civil de Italia.

37 Véase: JORGE MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p. 313, Buenos Aires, 1987; LUIS MARÍA REZZONICO, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, p. 21, Buenos Aires, 1954.

brar el contrato no sufran alteraciones fundamentales que trastruequen el equilibrio contractual.

Su recepción en este siglo obedeció —como se ha visto— a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que la aplicó en el caso “Compañía de Gas de Burdeos”, donde reconoció que, cuando el cambio de circunstancias causaba una excesiva onerosidad en la prestación a cargo del concesionario y se trataba de un “álea económica” imprevisible, correspondía indemnizar al contratista mediante una ayuda que le permitiese compensar sus pérdidas y continuar en la ejecución del contrato de concesión, manteniendo la continuidad del servicio público ³⁸.

Las condiciones que regulan su procedencia han tenido una sistematización rigurosa en el derecho público ³⁹, sosteniéndose la necesidad de que concurren simultáneamente diversos requisitos, a saber: 1) una excesiva onerosidad en una prestación del contrato; 2) que ella sea sobreviniente, es decir, que el acontecimiento que perturba el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento ⁴⁰; 3) se trate de un “álea económica” y no de un “álea administrativa”; 4) el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad de contratista ⁴¹; 5) no haber suspendido el contratista la ejecución

³⁸ Han dicho GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ en este sentido que “la lógica del *contractus lex*, que postula la rescisión por incumplimiento, se enfrenta así a la lógica del servicio público, que aboga en pro de una solución que garantice la continuidad del mismo” (op. cit., t. I, p. 514).

³⁹ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. III-A, p. 522.

⁴⁰ Sobre la imprevisión en el derecho privado, en casos de devaluación monetaria véase: JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión* en “Responsabilidad Civil y otros estudios”, p. 187 y ss. Buenos Aires, 1984.

⁴¹ Conf. inc. 56 del Decreto 5720/72 que reglamentó el artículo 61 de la Ley de Contabilidad que prescribe que “los precios correspondientes a la adjudicación, por norma, serán invariables. No obstante, cuando causas extraordinarias e imprevisibles modifiquen la economía del contrato se podrá, por acuerdo de partes: a) reconocer variaciones de costos en la medida en que dichas causas incidán en los mismos; b) dar por rescindido el contrato sin penalidades”. Al respecto, BARRA apunta que “la diferencia esencial respecto del art. 1198 del

del contrato ⁴² y 6) que se opere un trastorno o quebranto en la ecuación económico financiera del contrato con motivo del hecho determinante del "álea económica" ⁴³.

Ahora bien, en la medida en que uno de los objetivos fundamentales de la adopción de la cláusula *rebus sic stantibus* por el derecho administrativo es la continuidad del servicio público (expresión ésta que debe concebirse aquí en sentido amplio, es decir, equivalente a función administrativa) el déficit o quebranto debe ser transitorio ⁴⁴. De producirse un acontecimiento que trastrueque definitivamente el cumplimiento del contrato sería aplicable la teoría de la fuerza mayor ⁴⁵, o del caso fortuito (de darse los supuestos correspondientes), o bien, podría configurarse un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, ya fuera la respectiva actividad legítima o ilegítima.

La aplicación de la teoría de la imprevisión puede ser invocada tanto por el contratista como por la Administración y no se traduce en una compensación integral sino en una ayuda por la que se distribuye el "álea económica" entre ambos ⁴⁶ sobre la base de que el contratista continúe la ejecución del contrato y sólo soporte la parte de las pérdidas que una razonable interpretación del contrato permita dejar a su cargo ⁴⁷.

Cód. Civ. consiste en una inversión de la mecánica de aplicación de ese artículo: no hay demanda de rescisión sino un acuerdo de partes, para mejorar la economía del contrato y en caso de fracaso la rescisión del contrato sin penalidades" (op. cit., t. III, p. 1162).

⁴² MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. III-A, p. 520, sostiene que ello "es así porque, precisamente, la teoría de la imprevisión tiende a 'ayudar', económicamente al cocontratante, evitando que éste suspenda la ejecución del contrato y facilitando, en cambio, el cumplimiento del mismo, cualquiera sea su especie (concesión de servicio público, construcción de obra pública, suministro, etc.). En esto hay una fundamental diferencia entre teoría de la imprevisión y fuerza mayor".

⁴³ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. III-A, p. 523 (ver jurisprudencia citada).

⁴⁴ GEORGES VEDEL y PIERRE DELVOLLE, *Droit Administratif*, p. 1152.

⁴⁵ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. III-A, ps. 521-522.

⁴⁶ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 517.

⁴⁷ Tal fue el criterio expuesto por el Consejo de Estado Francés en el caso de la Compañía de Gas de Burdeos.

En el derecho administrativo, donde la resolución contractual se encuentra más limitada que en el derecho civil, el principal efecto de la teoría de la imprevisión radica en la revisión del contrato ⁴⁸.

d) *La revisión de precios ex lege*

La llamada revisión de precios o régimen de mayores costos ⁴⁹ apareció fundada en sus comienzos en la teoría de la imprevisión, a raíz de los aumentos extraordinarios de precios ocurridos especialmente durante y después de la segunda guerra mundial, circunscribiéndose al contrato de obra pública.

Entre nosotros, a diferencia de lo que acontece en otros derechos, como el español, donde la revisión de precios resulta de la cláusula pactada en cada contrato ⁵⁰ o en los pliegos de la licitación, se trata de una revisión *ex lege*, regulada básicamente por el sistema instituido por las leyes 12.910 y 15.285 y sus decretos reglamentarios ⁵¹.

Su fundamento es similar a los demás sistemas y técnicas que tienden a preservar el equilibrio financiero del contrato, esto es, a evitar el grave daño a los intereses públicos que puede provocar la paralización de las obras, decisión ésta que resultaría casi siempre inútil, por la simple circunstancia de que si la Administración rescindiera el contrato tendría que adjudicar las obras a los nuevos precios con inclusión de los mayores costos producidos ⁵².

Esta técnica ha sido acompañada de una nutrida jurisprudencia y traduce, en nuestro ordenamiento nacional, el grado más alto de protección de los derechos de quienes

⁴⁸ Conf. RODOLFO CARLOS BARRA, op. cit., t. III, p. 1152.

⁴⁹ Así lo denominan entre otros: MANUEL MARÍA DIEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, p. 418, Buenos Aires, 1977; MIGUEL ANGEL BERCAITZ, op. cit., p. 466.

⁵⁰ Art. 12 de la Ley de Contratos del Estado; véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 519.

⁵¹ Entre otros: Decreto 11.511/47, modif. por Decreto 3772/64; Decreto 6927/61, modif. por Decreto 4124/64, que reglamentan las leyes 12.910 y 15.285.

⁵² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 519.

contratan con la Administración en la medida en que mantiene incólume la ecuación económica del contrato, compensando las variaciones de costos que ocurren durante su ejecución, sin reparar en que éstos sean o no imprevisibles.

Esto último, en virtud del carácter endémico de la inflación que padece nuestro país, cuya situación económica condujo a que el sistema estructurado se apartase de la teoría de la imprevisión para adquirir perfiles propios, bajo la forma de una garantía de orden público⁵³ instituida tanto en favor del contratista como de la Administración. En este sentido, las distinciones más significativas con aquella teoría radican fundamentalmente en que a) no se exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; b) no se requiere que el aumento del precio sea excesivo⁵⁴; c) el resarcimiento es pleno e integral; d) configura una obligación que asume la Administración al celebrar el contrato y que queda a él incorporada.

6. *Algunas reflexiones finales*

A pesar de sus peculiaridades, todas las teorías elaboradas y fórmulas instituidas por el derecho administrativo para resguardar el equilibrio financiero de los contratos que celebra la Administración en el ámbito del derecho público reconocen un fundamento común que revela el permanente

⁵³ Sobre el carácter de orden público del sistema de mayores costos: MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, op. cit., p. 468, señala que las cláusulas que excluyan la aplicación del régimen de mayores costos son ilegítimas, salvo que no se refieran a determinado rubro específico; RODOLFO CARLOS BARRA, op. cit., t. III, p. 1156, recuerda que conforme a la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación tal exclusión se acepta siempre que ella obedezca a razones técnicas o a la poca trascendencia económica del rubro que se excluye.

⁵⁴ RODOLFO CARLOS BARRA, op. cit., t. III, ps. 1156-1157 apunta que "no importa la magnitud de la onerosidad causada en la prestación a cargo del particular. Es suficiente con que ocurra el mayor costo, cualquiera sea su entidad, para generar el derecho a su reconocimiento por parte del contratista, sin perjuicio de que los pliegos o cláusulas de los contratos fijaran un porcentaje por debajo del cual no proceda dicho reconocimiento y ello por razones de simplicidad acorde con la poca importancia de la variación".

equilibrio entre la justicia y la utilidad del régimen administrativo.

Esa fundamentación es unitaria, pues responde, como todo el derecho administrativo, a la necesidad de mantener el equilibrio entre prerrogativas y garantías que nutre al estado de Derecho, o régimen de Justicia ⁵⁵, es decir, a preservar la continuidad de los servicios públicos o funciones administrativas, por un lado, y a compensar, por el otro, los mayores y especiales sacrificios que debe soportar el contratista como consecuencia de la posición privilegiada de la Administración, junto a los fines públicos que ésta persigue para mantener aquella actividad permanente y cumplir sus objetivos de bien común.

Sin embargo, esa unidad de fundamentación no es óbice para reconocer, en el derecho administrativo, una multiplicidad de técnicas de compensación o indemnización ⁵⁶ tendientes al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, cuya diversidad obedece a las diferencias existentes en las causas que motivan el trastorno contractual, algunas de las cuales son típicas del derecho público. Con todo, la idea común que subyace en todas ellas es la necesidad que tiene la Administración de mantener la continuidad del servicio público o, mejor dicho, de la función administrativa.

En ese plano, las concepciones del derecho privado que tienden a corregir los desequilibrios contractuales entre particulares, ya sea que se inspiren en razones de justicia o de equidad (para el caso concreto), o en el derecho positivo, serán aplicables en la medida en que no alteren la sustancia de las instituciones del derecho público y se adapten a su peculiar conformación y a la finalidad que éste persigue.

Pero aun con ese alcance los principios y reglas que el derecho privado construyó al edificar la teoría general del

⁵⁵ WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, p. 553.

⁵⁶ Vgr. en materia de fuerza mayor, al admitirse una indemnización al contratista que la padece, lo cual también encuentra fundamento en las exigencias del servicio público (Conf. FERNANDO GARRIDO FALLA, op. cit., t. II, p. 87, especialmente nota 30).

contrato representan orientaciones de gran utilidad y también herramientas que a veces resultan indispensables para resolver con el auxilio de la analogía los continuos problemas que plantean las lagunas del derecho administrativo.

No se nos escapa que, en todo ello, es menester que se mantenga un prudente equilibrio entre el papel que cabe consignar a la voluntad en el contrato y los instrumentos que resguardan la justicia contractual siendo evidente que, al restarle trascendencia a la voluntad⁵⁷, se debilita el principio de la fuerza obligatoria de los pactos libremente consentidos y hasta podría llegar a premiarse al mero improvisador u oportunista. Este problema asume una mayor agudeza y tensión en el ámbito del derecho público, donde el premio a la imprevisión puede lesionar a quienes han participado en un proceso público de selección cuyas ofertas previeron el cambio de circunstancias pero resultaron superiores en precio a quien resultó en definitiva adjudicatario.

Si tal cosa ocurriera se lesionaría el principio de igualdad sobre el que reposa toda la contratación administrativa y, en definitiva, no sería posible —como decía Bielsa— “aplicar en la esfera del Estado principios de eterna justicia sin los cuales la vida no tendría verdadero sentido”⁵⁸.

57 MARCO AURELIO RISOLÍA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, ps. 10-11, Buenos Aires, 1945. Afirma VEDEL —refiriéndose a la concesión de servicios públicos— que “la idea del equilibrio financiero debe combinarse con otra: la de que existe en todo contrato de concesión un ‘riesgo normal’ dentro del cual las previsiones de las partes no se frustran. Una pérdida ligera para el concesionario, un beneficio superior al que la Administración habría querido dejarle, no quedan necesariamente fuera del equilibrio financiero del contrato de concesión pues éste implica necesariamente una incógnita que es el riesgo inherente a toda empresa de este género” (*Droit Administratif*, ps. 706-707, París, 1968).

58 RAFAEL BIELSA, *Nociones sumarias sobre el estudio del derecho administrativo*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año III, Nº 10, p. 292, abril-junio 1948.

FACULTADES NORMATIVAS DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Los problemas de “sentido, alcance y límites” y de
“compatibilidad” de las facultades del Poder Eje-
cutivo y de las provincias, en un Estado Federal

*Disertación pronunciada por el académico correspondiente
Dr. Jesús Abad Hernando, en la VII Reunión Conjunta de
las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales
de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12
de noviembre de 1988*

PROEMIO

Los problemas han de ser planteados como cuestiones a dilucidar, como punto de partida de su repensamiento antes que como sugerencia de soluciones, aunque han de quedar diseñados sus lineamientos de búsqueda y encuentro de vías para su tratamiento satisfactorio. Este es el aporte pretendido para tan alto foro.

En rigor, son dos problemas principales que tienen, a modo de corolario, una serie de cuestiones.

Uno es el de la posible delegación en un organismo administrativo de facultades, incluso obviando la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, y, en su caso, cuál debe ser su contenido y extensión y con qué criterio el legislador formal debe hacerlo.

Y el otro, que no es menos fundamental, atento a la forma de Estado que nuestra patria ha asumido, se vincula con las relaciones con las potestades conservadas por las provincias.

La búsqueda del camino ha de iniciarse desde y por la Constitución Nacional.

PREMISAS

1. Parece conveniente a esta altura formular una breve conceptualización. El derecho en el que creo parte del fundamento ineludible e insoslayable de la Constitución Nacional, la cual, desde su magnífico Preámbulo, reconoce y garantiza los Derechos del Hombre anteriores a todo ordenamiento jurídico político, y a ese alto objeto establece, ordena y organiza el Poder, distribuido en órganos divididos que se controlan mutuamente en persecución necesaria del bien común, fin último, a su vez, del Estado.

El hombre a quien se aseguran los beneficios de la libertad, debe actuar bajo su amparo y en pleno ejercicio con responsabilidad y con un deber solidario hacia todos y cada uno de los demás hombres.

La poco feliz expresión “poder de policía”, aunque ya acuñada así por la doctrina, es, rigurosamente, el “poder de legislación”. Es la potestad expresada en la primera parte del art. 14 de la Constitución de la Nación: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. . .” Derechos que no se agotan en los individuales enunciados allí no taxativamente, sino que comprenden asimismo a los sociales del precepto siguiente (art. 14 nuevo, llamado también 14 bis). La amplitud de su número y garantías tiene en el art. 33 de la C.N. con respecto a “otros derechos y garantías no enumerados” su máxima tutela constitucional.

Esta potestad es legislativa tanto formal como materialmente. No la puede ejercer sino el cuerpo directamente representativo de la soberanía popular —Congreso Nacional o Legislatura Provincial, aun Concejo Deliberante comunal— y por medio de un instrumento general y abstracto y, por ende, objetivo.

No debe confundirse esta potestad denominada “edicendi”, es decir normativa, con la “agendi”, referida ya a la ejecución de la norma, labor administrativa por excelencia

que supone actividad reglada a priori y previsible del comportamiento posible.

De tal manera que cuando se hable de "policía financiera" debe estar establecido y ejercido un poder normativo previo, indelegable en cuanto ejercicio primigenio que le corresponde al legislador formal y que admite su completamiento por parte del ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 86, inc. 2º, de la C.N.).

Tal fin público de "policía financiera" puede institucionalizarse por tanto en una entidad pública como lo es el B.C.R.A, pero una vez fijada la normatividad y previsto su comportamiento reglado. Es decir que debe estar su "actuación" administrativo-funcional enmarcada en aquella normatividad que debe ser previsor, que debe prever lo que sea previsible, trasuntando la política superior del Estado en la materia.

De tal modo, la "política financiera", en cuanto dirección de un sistema de moneda y de crédito, es posible con los límites que fijan la Constitución, la ley y, en su caso y consecuencia, el reglamento al efecto del Poder Ejecutivo.

Para concluir esta especie de "proemio" a la problemática planteada, a manera de principio básico me cabe recordar con el ilustre iusfilósofo italiano Giorgio del Vecchio: "La Moral y el Derecho dominan toda la vida humana, salvaguardando sus valores esenciales; en consecuencia, el derecho domina a la economía, porque ésta es una parte de la actividad interindividual, y, por tanto, un sector del área regulada por el derecho", y Felice Battaglia ha considerado que "el derecho tiene la virtud cohesiva de compenetrar a los hombres que puedan quedar como disociados en el terreno de la economía". Afirma, pues, que el derecho es necesariamente regente y maestro de la vida social.

2. El análisis de las normas constitucionales nacionales se impone.

Aquella potestad que significa el "poder de legislación"

que regula los derechos fundamentales del hombre en aras del bienestar general, que exige la vida en sociedad, es prenda exigida, en definitiva, por la comunidad política pueblo.

Como todo poder, tiene limitaciones. Es, en sí mismo, un límite pero doblemente limitado: objetivamente, por el principio de inalterabilidad de los derechos (art. 28 de la C.N.) y también por el de razonabilidad; subjetivamente, por la garantía personalísima que ampara el art. 19 de la C.N.:

“Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Sin perjuicio de ello, en un Estado Federal que admite dos centros del Poder, Estado General y Estados particulares, corresponde un análisis de las facultades delegadas, que quedan referidas al Gobierno Federal, y facultades conservadas (arts. 1; 5; 67, 5 e incs. cc.; 104 a 108 de la C.N.). Además, para el caso del Banco de la Provincia de Buenos Aires (arts. 31 y 104 de la C.N.), las facultades expresamente reservadas.

El art. 67, inc. 5, señala que le corresponde al Congreso de la Nación, entre sus atribuciones, la de “establecer y reglamentar un Banco Nacional en la Capital y sus sucursales en las provincias, con facultad de emitir billetes”. Sobre este último aspecto no voy a referirme.

Existe, a no dudarlo, un fundamento de optimización para el desenvolvimiento como sistema de la materia “moneda y crédito”, que, además, atiende como unidad conceptual al desarrollo del país considerado en su conjunto. Por ello debe ser sustantivamente “federal” en la Constitución Nacional todo lo que se refiera a lo “interprovincial”, en principio, y a la gestión total del Estado Argentino con respecto a los demás de la comunidad internacional.

Siendo ello así, parece razonable, y está en los altos inte-

reses de la patria, la fundación y desarrollo de una banca central. A ese objeto respondió su oportuna institucionalización que hoy recordamos, tras 50 años, y la vigencia actual de la ley 20.539, publicada el 10 de octubre de 1973, con los ajustes introducidos posteriormente. La ley citada en su art. 1º establece que: "El Banco Central de la República Argentina es una entidad autárquica de la Nación regida por las disposiciones de la presente Ley y las demás normas legales concordantes. Sus relaciones con el Poder Ejecutivo se mantendrán por intermedio del Ministerio de Economía. La Nación garantiza las obligaciones del Banco". El objeto está señalado en el artículo 3º, que, en síntesis, le acuerda facultades de "regulación del crédito y de los medios de pago"; "ejecución de la política cambiaria"; "vigilancia de la liquidez y del buen funcionamiento del mercado financiero y aplicación de la ley de entidades financieras"; "desarrollo y fortalecimiento del mercado de capitales"; "agente financiero del Estado, asesor económico, financiero, monetario y cambiario del Poder Ejecutivo"; "depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido".

En resumen, "organismo regulador y de control" en la materia.

Puede decirse que esta ley y la de entidades financieras son, en rigor, el marco operativo de desenvolvimiento institucional, sin perjuicio de otras normas de complemento.

Cabe ahora poner en evidencia que la misma Constitución, en esta su Segunda Parte, dedicada a las "Autoridades de la Nación", comprende tanto a las facultades delegadas, o sea las que corresponden al "Gobierno Federal" (Título Primero) como a las conservadas, incluso las reservadas que corresponden a los "Gobiernos de Provincia" (Título Segundo).

La cláusula de garantía del art. 5º de la C.N. tutela el derecho primario y fundacional del poder en las provincias (art. 104 a 107, y la definición negativa del 108 de la C.N.).

Si bien existe cierto paralelismo entre el art. 67, inc. 16, y el 107 en lo relativo a los denominados “poderes de la prosperidad”, surge que la concurrencia de potestades entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de Provincia tiene una excepción en favor de la exclusividad del Gobierno Federal con respecto a la normatividad en materia universitaria; pero, a su vez, juega en favor de la exclusividad a cargo de las provincias, con respecto a lo que ellas procuran “con sus recursos propios” (parte in fine del art. 107 de la C.N.).

Aquí juega la potestad de soberanía conservada por la provincia.

Tampoco debe olvidarse que la circunstancia de que se haya delegado la potestad “edicendi”, o sea la de establecer la normatividad, no siempre conlleva, sin más, la potestad “agendi” de ejecución. El criterio del constituyente argentino ha sido más bien restrictivo a ese respecto. Recuérdese el criterio señalado con relación a la legislación de fondo (art. 67, inc. 11, y 100 de la C.N.). La ejecución, “según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones” es un criterio general que no sólo es aplicable, como en el caso estricto citado, a legislación y jurisdicción judicial, sino que debe ser tenido en consideración con respecto a legislación y administración derivada. El caso de la adopción de “un sistema uniforme de pesas y medidas para toda la Nación” (segunda parte del inc. 10 del art. 67 de la C. N.), por ley de la Nación, cuya ejecución fue derivada a los Gobiernos de Provincias o locales en la penúltima década del siglo pasado, es un claro y magnífico ejemplo del criterio antes citado.

3. *El principio de legalidad*

A partir del principio básico del Derecho Administrativo de que siempre todo comportamiento administrativo es esencialmente sub-legal y, por ende, sub-jurisdiccional, el tema que nos convoca tiene importancia fundamental, má-

xime por el desarrollo adquirido en la regulación jurídica pública y en relación a un sistema de garantías que todo enfoque de derecho exige, dentro del sistema republicano vigente.

De ahí que el punto de partida no puede ser otro que el fundamento constitucional.

Será la alta luz que ilumina el campo de nuestra búsqueda, tratando de mantener una mirada de ojos nuevos, tal como lo impone el mundo del Derecho Público en que nos desenvolvemos.

Cabe destacar desde ya que la cuestión no se agota en la valoración de la denominada potestad del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional, sino que alcanza también — hoy más que nunca su tratamiento se ha vuelto insoslayable— a la actividad reglamentaria que desarrollan en tercer y hasta en segundo grado de derivación normativa las entidades estatales —y aun las meramente públicas no estatales—, que tienen delegada, incluso, desde el legislador, la facultad de establecer reglas en diversas materias: impositiva, moneda y crédito, directrices económico-financieras y hasta deontológicas profesionales, y otras; muchas veces más allá de la normativa constitucional fundante.

Preocupación de estudio es la que debe desentrañar si la exigencia de flexibilidad operativa del Estado impone tal desplazamiento funcional de cara a las exigencias de nuestro tiempo, lo que más bien exigiría cambios de “*Constitutione ferenda*” y aun de “*lege ferenda*”, o si se trata de insuficiencia de regulación legislativa plena o de norma marco pero que sea continente de principios, directrices y pautas operativas que luego la regla derivada debe seguir sin desnaturalizar el precepto primario y principal. Y así si puede admitirse tal desplazamiento regulatorio. Es el proceso de “*legificazione*” tan bien señalado por los administrativistas italianos. Y ello ha quedado ratificado con motivo de la labor de reforma administrativa encabezada, al comienzo de esta década, en Italia, por el insigne maestro M. S. Giannini.

Ello es aun más válido en todos los sistemas de Constitución rígida, como es nuestro caso.

No debe olvidarse que toda auténtica racionalización administrativa tiene que ir precedida por la racionalización legislativa.

De ello no escapa el exceso reglamentario, sobre todo porque lo que más interesa es que la tarea surja desde y a base de la Constitución como Ley Suprema y en resguardo de las garantías básicas de los derechos fundamentales del Hombre, para quien está institucionalizado el Derecho.

4. La expresión "Ley" en la Constitución Nacional tiene una acuñación —que surge de la interpretación contextual, armónica y teleológica de la Ley Suprema— de ley "formal" en sentido específico.

Es decir, la norma dictada por el legislador formal, o sea el Congreso. Por ese motivo, cuando se dice, en el art. 14 y sus c.c., "Ley" (V.gr.: . . . "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. . ."), se está refiriendo a la Ley en sentido formal que, por ser reglamentaria a su vez, lo será asimismo material o sea general e impersonal.

En efecto, cuando en el art. 28 —de base y texto estrictamente "alberdiano"— se les impone a tales leyes el principio de "inalterabilidad" y, asimismo, el de "razonabilidad", se está refiriendo, y empleando, al concepto de ley antes indicado, correspondiente al usado en los arts. 14 nuevo; 17; 18 y 19 de la Constitución Nacional .

En cambio, el reglamento a cargo del Poder Ejecutivo, tiene su marco propio, aunque de gran paralelismo, en el art. 86, inc. 2, cuando impone "cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias"; también con texto debido al Maestro J. B. Alberdi.

Primer problema

¡Qué no decir de la copiosa actividad reglamentaria de los organismos administrativos!

Muchas veces se trata de “delegaciones” del propio Poder Legislativo al instituir ciertos entes de origen legal.

Es el caso de la Universidad (art. 67, inc. 16 C.N.) que tuvo, casi desde su creación, la posibilidad de actuar bajo norma marco y, en algún caso, sin intermediación reglamentaria de ejecución del Poder Ejecutivo, dictar su propio Estatuto que, si bien reglaba al “demos” universitario *ad intra*, podía tener la facultad de fijar “incumbencias profesionales”, lo que trasciende y afecta *ergo omnes* a la comunidad y tiene indudable interés público general.

La observación no va dirigida al sistema que puede ser óptimo como criterio del legislador, siempre que esté paudado el aspecto que se dirige a aquel interés público. Y, por supuesto, se refiere al orden jurídico en épocas *de iure*, pues bien sabemos las restricciones y el daño que ha sufrido la universidad argentina en tiempos de no vigencia del orden constitucional.

Es el supuesto del Banco Central regulando no sólo la moneda y el crédito (art. 67, inc. 5 de la C.N.) sino asumiendo la potestad propia del Congreso de “fijar” el “valor” de la moneda (art. 67, inc. 10 de la C.N.).

Es importante que las leyes tengan una rica normatividad —lo que no quiere decir extensa o copiosa— exigible con todos los principios, pautas y precisiones que sean directivas insoslayables de la actividad reglamentaria, tan sólo de tercer grado, a cargo de entes creados en razón de su idoneidad técnica incuestionable, pero sí enmarcables en lo jurídico-constitucional, evitando así hermeticidades tecnocráticas.

Lo mismo el caso de la D.G.I. en materia tributaria, que sí debe contar con actividad reglamentaria derivada, pero con la pauta previa de la labor del legislador formal y sin obviar al Poder Ejecutivo, en lo que corresponda, por medio del Reglamento de Ejecución.

Esta importante entidad pública estatal ha adquirido recientemente su necesaria autarquía legal. Creo que ello debe ser un requisito previo para poder dotar luego, al ente, de la posibilidad de actividad reglamentaria.

La ley orgánica respectiva debe prever qué aspectos de administración le corresponden sin avanzar en la “zona de reserva” de la Administración que le compete al Poder Ejecutivo y, tras ello, fijar el sentido, alcance y límites de aquella actividad reglamentaria, siempre de tercer grado para no interferir en el segundo, si cabe, a cargo del Poder Ejecutivo.

Es imprescindible que la actividad reglamentaria del ente —en nuestro caso el Banco Central de la República Argentina— sea prevista como de tercer grado y adecuadamente pautada en la ley formal, sin impedimento de la potestad del Poder Ejecutivo (art. 86, inc. 2 C. N.) que es insoslayable y debe ser, asimismo, armonizadora en el ámbito nacional, es decir del Estado Federal y con relación a las provincias. Incluso podría preverse el método de “audiencias públicas participativas” del sistema anglonorteamericano.

Segundo problema

Juan Bautista Alberdi en la parte final de sus *Bases* —al referirse a la política conveniente para después de dada la Ley Suprema— nos ha dejado dicho:

“La Constitución general es la carta de navegación de la Federación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Federación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza. . .”

Ante todo quiero señalar el sentido y alcance del enfoque temático. Cuando se dice Nación y Provincia, ello supone la relación jurídico-pública del Estado Federal con todos

y cada uno de los Estados Provinciales que conservan su plena autonomía política. Y ello nos lleva a la relación del ejercicio de las potestades delegadas en el Gobierno Federal y conservadas por cada uno de los Gobiernos Provinciales. De lo cual surge que no debe perderse de vista, al estudiar una institución del Estado Federal a la que hayan acordado ciertas facultades, el quantum y modo de ejercicio necesario de las atribuciones que conservan las propias provincias.

El tema plantea así su primera cuestión: ¿cuál y cómo debe ser la relación jurídico-pública con el gobierno local, de los bancos privados, incluso sus sucursales y agencias, situados especialmente en el ámbito jurisdiccional de las Provincias?

¿Las facultades que pueda ejercer el Banco Central de la República Argentina impiden el ejercicio de las potestades locales conservadas?

Esta primera cuestión que tiene dos interrogantes debe completarse con otra segunda de gran trascendencia: ¿Hasta qué punto debe llegar el control e incluso la potestad reguladora del Banco Central de la República Argentina con respecto a los Bancos de Estado provinciales, sin menoscabo del pleno ejercicio de las potestades conservadas por los gobiernos particulares locales? ¿No es posible hallar un punto de equilibrio, atento a los valores y fines en juego que deben y merecen ser respetados en cada esfera? He aquí otras dos inquietantes preguntas.

Un somero análisis de normas constitucionales provinciales surge como imprescindible. Se trata sólo de un "muestreo" por así decirlo.

Sobre Bancos en general tienen normas expresas en sus Constituciones —y siempre como facultad propia del Poder Legislativo local— Entre Ríos (art. 81, inc. 25); Santa Fe (art. 55, inc. 13); Catamarca (art. 108, inc. 5); Neuquén (art. 101, inc. 11); Chaco (art. 115, inc. 6) y La Pampa (art. 61, inc. 19).

Involucran la función como gestión de Promoción y

Fomento —siempre a nivel de sus Constituciones—, Santa Fe (art. 25) y Chaco (art. 35 y art. 50, este último destaca lo referido a “economía pública”).

Por su parte establecen la facultad del legislador local con respecto a la regulación del crédito público, a nivel constitucional: Mendoza (art. 99, inc. 13); Catamarca (art. 108, inc. 6) y Córdoba (art. 110, incs. 25 y 32, recalcando el concepto de “economía” del art. 67).

Todas las Constituciones receptan la fórmula residual con respecto a la facultad del legislador como potestad de gobierno provincial, cuyo valor es notable y trascendente, atento al contenido visto de las facultades conservadas y su sentido y alcance. V.gr., Entre Ríos (art. 81, inc. 21); Buenos Aires (art. 90, inc. 13); Santa Fe (art. 55, inc. 27); Mendoza (art. 99, inc. 22); Córdoba (art. 110, incs. 1, 38/39, en que se hace hincapié en “todo asunto de interés general que no corresponda privativamente al Gobierno de la Nación”); Chaco (art. 115, inc. 1). Estas fórmulas estarían rigurosamente implícitas e innominadas aunque no estuviesen necesariamente escritas.

Por otra parte, todas las Constituciones locales prohíben la delegación de las facultades constitucionales y legales (Córdoba, arts. 13 y 14 de su Constitución).

La provincia de Mendoza por su Constitución no sólo tiene una rica y expresiva fórmula residual (el recordado art. 99, inc. 22, como facultad del legislador: Dictar todas las leyes y reglamentos necesarios para poner en ejercicio los poderes y autoridades que establece esta Constitución, así como los conducentes al mejor desempeño de las anteriores atribuciones y para todo otro asunto de interés público o general de la Provincia que por su naturaleza y objeto no corresponda privativamente a los otros poderes provinciales o a los nacionales”), muy similar a la de Santa Fe (art. 55, inc. 27 citado), sino que contiene una norma sobre el Banco de Estado propio, el art. 218. Parte del supuesto de que subsista como Banco de Estado y en tal carácter le acuerda bases

fundamentales que le aseguran: su status jurídicofuncional; la garantía de la provincia sobre sus operaciones y como acreedor y deudor; su situación de Banco local; su dirección y administración por un directorio idóneo y que se hace personalmente responsable; el Banco puede realizar todas las operaciones que por su naturaleza pertenezcan al giro ordinario de los establecimientos bancarios y que no estén prohibidas por leyes generales de la Nación o de la provincia (o sea por norma, como lo había señalado con anterioridad en esta exposición).

Esta misma Constitución provincial de Mendoza prevé la autorización necesaria por parte de la provincia para con los Bancos o sucursales situados especialmente en su territorio (art. 99, inc. 19), como facultad del legislador, a través de una ley, que debe entenderse como "poder de legislación" local.

En síntesis, el Derecho Público Provincial tiene y debe tener potestades innegables con respecto a su Banco de Estado, que luego hemos de considerar, e igualmente sobre el desenvolvimiento como establecimientos situados en jurisdicción provincial, de los Bancos privados, en especial con relación a aspectos insoslayables de carácter administrativo local y de complementación funcional, que también merecen estudio.

El ejercicio de facultades a cargo del Gobierno Federal puede ser a título de exclusividad o de concurrencia con el gobierno local, como ha quedado mostrado. Por ejemplo, con respecto a la de emitir billetes, que aquí no tratamos por la razón antes dada, tal facultad es exclusiva, salvo el supuesto de autorización a un Banco local por el Congreso Federal (arts. 108 y 67, inc. 5 de la C. N.). Existe un criterio que debe surgir de la naturaleza misma de las cosas que impone un sistema necesario para todo el ámbito nacional. Este fin público es el que se ha querido institucionalizar a través de una banca central, a cuyo cargo está la gestión de derivación normativa (regulación de 2º grado) y de su-

pervisión o de control. Esta entidad autárquica de tal gestión reguladora y de control, es precisamente el Banco Central de la República Argentina. Ello así porque es una función que exige descentralización funcional, inmediatez de actuación y eficacia de resolución.

No es una entidad para ejercer potestades delegadas ya por el constituyente en el legislador formal o en la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo del Gobierno Federal, cuya zona de reserva es intangible, sino para el ejercicio de potestades acordadas en función del fin público institucionalizado.

Lo cual exige excelente marco normativo tanto organizativo-funcional propio como de precisión de las facultades a ejercer: su sentido, alcance y límites. Todo sin posibilidad de sustituir ni al Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo en caso alguno.

Esta competencia funcional ha sido analizada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, en Resolución del 20 de agosto ppdo. Allí se sostuvo: "El Banco Central de la República Argentina tiene competencia administrativa (y paraadministrativa, agrego) para dictar normas reglamentarias para la ejecución y aun la integración de las leyes; pero en manera alguna posee delegación de facultades legislativas para imponer restricciones a la propiedad cuyo 'uso y disposición' la Constitución asegura a todos los habitantes 'conforme a las leyes que reglamenten a su ejercicio' (art. 14 de la Constitución Nacional)".

De aquí surge que su ley orgánica y que su ley operativa (la ley de entidades financieras) deban constituirse en normatividades previsoras de todo lo que sea previsible y con un marco preciso de las potestades que se hayan acordado. Repito, la derivación normativa de 2º grado conferida no puede ser confundida ni tenida como sustitutiva de las del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo.

Tampoco pueden serlo en desmedro de las potestades conservadas por las provincias que tienen pleno derecho a la

incolumidad de sus instituciones y de jurisdicción espacial sobre los establecimientos sitos en su territorio. Garantía ésta que surge también del propio art. 1º y del art. 33 de la Constitución Nacional.

Corresponde, tras los conceptos expresados, que se pase revista a la problemática conceptual y de funcionamiento de los Bancos de Estado provinciales.

Aparte de la situación del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que aparece como exceptuado del sistema como consecuencia del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, al tiempo de la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Federación Patria, y que se ha ajustado a veces al mismo, más como autolimitación que como sumisión, la cuestión es compleja y desigual en cuanto se repara en los Bancos de Estado de las Provincias.

La actual ley de entidades financieras (decreto-ley 21.526/77 t.o.) hace una mera remisión al respecto en su art. 9: "... se constituirán en la forma que establezcan sus cartas orgánicas". Nada se expresa en esta ley —que requiere urgentes cambios de distinto sentido— sobre las funciones naturales y diferenciadas que conceptualizan singularmente y distinguen a los Bancos de Estado de las Provincias Argentinas de las demás entidades financieras a que se refiere la ley.

Son estos Bancos de Estado de Provincia agentes financieros de la misma; asumen el papel fundamental de promoción y fomento incluso vinculado regionalmente a lo económico; tienen funciones de asesoramiento. No pueden tener la clásica competitividad con los bancos privados ubicados en el territorio de la provincia ni con sus sucursales. Existe concurrencia armónica imposible de colisión porque tienen distinta dirección funcional. Sus servicios se extienden a todo el territorio provincial hasta donde no llega el Banco Privado.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-político existe también una razón fundamental: el Derecho Público

Subjetivo de la provincia, en virtud de facultad conservada de contar con un Banco de Estado propio, a esos fines precisamente.

La problemática que se presenta es vasta. En primer lugar, falta en aquellas leyes, tanto en la orgánica del Banco Central de la República Argentina como en la de entidades financieras, una clara distinción de fines y objetivos con respecto a los Bancos de Estado provinciales que les garanticen un tratamiento adecuado. Se ha llegado a colocarlos masivamente en el grupo, incluso para la autorización de sucursales y de agencias. Hasta se ha pretendido unificar el horario de funcionamiento, lo que es un avance que va contra la misma naturaleza de las cosas que antes se ha invocado en defensa del propio sistema y su unidad. Pero ello no debe alcanzar a esta otra uniformidad: el territorio argentino de tipo continental y con variedad climática de máxima entre el Norte y el Sur no lo admite.

No debe perderse de vista el punto básico de partida: La Provincia conserva la potestad organizativo-funcional de la entidad creada con sus recursos propios (art. 107, in fine, de la Constitución Nacional) y sólo se ha establecido la restricción de la emisión de moneda (art. 108 de la Constitución Nacional). La ley de entidades financieras —no obstante la norma didáctico-declarativa del art. 9, que nada agrega ni dice, en rigor— no puede tratar igualmente a los desiguales: o sea los Bancos de Estado provinciales, que lo son por origen y por misión, porque ello deriva, como lo ha sostenido la doctrina autoral y de nuestro más alto Tribunal, en “desigualdad” (art. 16 de la Constitución Nacional).

Debe revisarse lo relativo a la apertura de filiales; no les debe alcanzar la facultad de revocatoria y debe respetarse la auditoría propia oficial. En la mayoría de las provincias argentinas, tal el caso de Córdoba (art. 127, del T. de Cuentas, de la Constitución de Córdoba, según la reforma de 1987), tal control es exclusivo del H. Tribunal de Cuentas, que funciona como único órgano de control técnico y como “ojo del

Legislador”, verdadero último control del Estado Constitucional de Derecho (art. 110, incs. 23, 27/29, misma Constitución de Córdoba).

Este intento de desconocimiento del plano que le corresponde al Derecho Público Provincial es inadmisibile.

Se ha intentado que ese control de auditoría externa sea realizado por personas ajenas, pretendiendo establecer una especie de técnica más próxima a la tecnografía que al verdadero control, que es, además de indelegable, jurídico-político y su fuente sólo es posible en la directa e inmediata representación popular y a ella referida.

La ley de entidades financieras (decreto-ley 21.526, t.o. 22.051) prevé que la fiscalización le corresponde al Banco Central de la República Argentina (arts. 4, 5 y 6). Tal control, en su plano, puede resultar admisible, como se verá, siempre que no sea óbice ni en desmedro del control que tiene establecido constitucionalmente la propia provincia; pero, sobre todo, no puede ser delegado por el Banco Central de la República Argentina en su caso y cuando corresponda, a ningún otro agente ni profesional ajeno a su estructura organizativo-funcional. El Banco Central de la República Argentina no puede delegar las facultades acordadas: su comportamiento se agota en sí mismo en el cumplimiento hermético de la normatividad que le ha dado origen y marco institucional, para el cumplimiento del fin público que se le ha señalado. Tal finalidad es su única causa jurídica, como corresponde a todo ente jurídico-administrativo de tipo autárquico de origen legal.

Ese inolvidable maestro del Derecho que fuera Joaquín V. González, con sencillez académica, ha dejado dicho en su *Manual de la Constitución Argentina*, que los Bancos de las Provincias son Bancos de Estado.

Clasifica los Bancos en tres grupos: a) el Banco Público Nacional, que tiene también la facultad de emitir billetes (art. 67, inc. 5 de la Constitución Nacional) es hoy el Banco Central de la República Argentina; b) Bancos Provinciales

fundables en virtud de los poderes no delegados, o sea conservados por las provincias (de la misma manera que el Estado Federal puede hacerlo en su ámbito con Bancos oficiales para sus distintos fines; estímulo, desarrollo agropecuario, industrial y vivienda, v.gr.); y c) los Bancos particulares que se rigen por leyes comerciales. Sobre todos es admisible la regulación y control, en tanto vayan dirigidos, respetando la normatividad fundamental, a asegurar un sistema de moneda y de crédito con sentido de progreso general y auténticamente nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el derecho propio de cada provincia para fundar un Banco del Estado no puede serle desconocido o restringido por el Congreso u otro órgano del Gobierno Federal. Y ello no sólo para la Provincia de Buenos Aires por su reserva. Debe confrontarse aquí: "Fallos" 186:174 y el destacado 147:239. Y también "Fallos": 170:12; 176:164; 176:267; 176:292; 177:13; 181:412; 200:308 (interesante caso de la Provincia de Salta); 230:351.

¿Pueden conciliarse los intereses provinciales indubitables con la alta finalidad que inspira un sistema que pretende la optimización nacional? Creo que sí. En la medida de que se señalan reglas claras y precisas.

Existen rigurosamente dos planos. No uno solo. Basta pensar que si se avanza sobre tal plano siempre se va en desmedro del otro. Pero existen dos planos en que cada poder puede desempeñarse armónicamente evitando zonas grises.

Debe distinguirse un primer plano, en que puede desempeñarse el *fin público de operatividad* (regulación y control), acordado al Banco Central de la República Argentina.

Y un segundo plano, que corresponde a la *función institucional en sí*, que es facultad conservada por cada Provincia, con respecto a la fundación y establecimiento de un Banco de Estado propio y para sus fines.

En cada plano opera la supervisión y control específicos.

Incluso puede haber cruce de información y de con-

trol que debe ser resuelto por cada ente de control: el Banco Central de la República Argentina o el Tribunal de Cuentas, en su caso. V.gr. un supuesto de responsabilidad de los directores y funcionarios detectado por el Banco Central de la República Argentina, a través de su indelegable control, debe ser conocido y actuado por el juicio administrativo de responsabilidad a cargo del H. Tribunal de Cuentas que es el órgano de la Constitución local.

Por su parte, la provincia debe establecer bases y pautas mínimas de organización y funcionamiento del Banco de Estado propio: garantía provincial de sus operaciones; establecimiento preciso de la responsabilidad de los funcionarios que lo dirigen; respeto absoluto a la ecuación económico-financiera del Banco; prohibición de delegación de facultades; fines y objeto público de interés general declarados con claridad conceptual que evite los desvíos; admisión de las normas y principios federales del sistema para el fin de operatividad, incluso en la normatividad orgánica del Banco.

Es el piso funcional mínimo que debe acreditarse. Es el ejemplo del recordado art. 218 de la Constitución de Mendoza. No se requiere la inclusión en la Constitución sino en la ley local.

Pienso, en este momento, en la fluidez y excelencia del método de concertación federal —que es otro camino que puede transitarse (art. 107 de la Constitución Nacional)—, que supuso originariamente el sistema vial federal que luego, a través del decreto-ley 505/58 devenido ley convenio federal, ha permitido que las Direcciones Provinciales de Vialidad, como entidades autárquicas, conserven su autonomía funcional y el respeto de su ecuación financiera. Es un modelo. Lo que aquí se requiere es de mayor volumen jurídico-político. Pero el camino está trazado.

Con las pautas señaladas, algunas provincias argentinas deberán revisar ese piso mínimo que dé garantía al pueblo de la provincia, en primer lugar, del buen funciona-

miento y estricto cumplimiento de fines que van en su beneficio, pero también de respeto a los requerimientos de un sistema federal que debe tener en el Banco Central de la República Argentina el celoso custodio de una normatividad que le permite actuar en beneficio, en definitiva, del pueblo de la Nación. Ese es el objetivo último.

Recuérdese que incluso la ley al hablar de la auditoría externa necesaria, con respecto al Banco Central de la República Argentina usa la voz "podrá...". La Provincia de Córdoba, por medio de la ley 5718, orgánica del Banco de la Provincia de Córdoba, uno de sus Bancos de Estado, ya ha establecido el control de auditoría interna a cargo del síndico al efecto y la externa que le corresponda al H. Tribunal de Cuentas, que debiera extremar sus medios a ese alto fin. Incluso la Provincia de Córdoba, en esta ley que comento, ha establecido que el Banco es una entidad autárquica sujeta a leyes y normas bancarias.

Debe, en consecuencia —con el sentido y alcance señalados—, reverse el sistema, o sea, en principio, la ley orgánica del Banco Central de la República Argentina y la ley de entidades financieras.

Y debe reverse también, no sólo en este doble plano que se ha indicado sino con respecto a la potestad de la propia provincia sobre aquellos otros aspectos administrativo-funcionales complementarios, en relación al horario y demás que hacen a la idiosincrasia y modalidad del pueblo local y hasta al clima, en el ámbito provincial.

Doy paso así al estudio breve de los Bancos privados en jurisdicción provincial. Tienen, a no dudar, su problemática específica en razón de la situación geográfica, que se vincula al espacio local.

Se debe analizar entonces, el sentido y límites de las potestades del Gobierno Provincial correspondiente.

El Derecho Público Provincial ha destacado el Derecho Público Subjetivo que tiene el Estado provincial, justamente en su calidad estatal, sobre su territorio, que merece

la garantía de la Constitución Nacional (arts. 13, 1, 3 y cc.) y a su incolumidad institucional (art. 5, 104 a 107 y cc. de la Constitución Nacional.)

Adviértase, ante todo, que es una potestad del Gobierno Provincial (en especial del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, en su caso; sólo eventualmente del Poder Judicial), no del o de los Bancos de Estado que hubiera creado la provincia.

Surgen aspectos que hacen a la potestad de administración propia, que no entran en colisión y se hallan en posibilidad de plena armonía con otras facultades a cargo del Gobierno Federal o de las acordadas al Banco Central de la República Argentina.

Me refiero a funciones de optimización y complementación del servicio en el plano local: congruencia de funcionamiento, relaciones funcionales interbancarias, horario y otros aspectos similares.

Pero recalco la dicotomía funcional de esta potestad del Gobierno Provincial, que no debe ser confundida con el status del Banco de Estado propio (cuestión de la ley orgánica) y que tampoco puede serle delegada a éste.

En el plano provincial, no se advierte la inconveniencia y oportunidad —mérito de valoración que corresponde al Gobierno— para establecer un sistema como el que surge motivado en el establecido a través de la acción acordada en el Banco Central de la República Argentina: al menos, la realidad argentina de hoy exige un proyecto de Unidad Nacional, a mi criterio. Pero sin avasallar la realidad fundante de la provincia en la Federación Argentina, que es auténticamente nuestra República, y que veo como función primordial del legislador federal.

Puede y debe armonizarse el sistema. La compatibilización es posible como lo he dejado sentado. Como siempre, debe buscarse la primera inteligencia admisible del problema, que, como se vio al principio, tiene dos cuestiones dobles, a su vez, que ahora tienen respuesta.

Paso revista, primero, a lo relativo a los Bancos de Estado provinciales.

Si se señala aquel "piso" de exigencias y pautas mínimas que la misma provincia debe establecer (pareciera inmejorable la fórmula de la Constitución de Mendoza, art. 218, según la reforma de 1916); si la provincia otorga garantía sobre su Banco de Estado; si declara la intangibilidad de su capital en el límite de la ecuación económico-financiera que corresponda (como lo hizo la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 38, según reforma de 1934, autolimitando su reserva de 1859), estimo que el camino de una auténtica concertación federal está resuelto, para beneficio común nacional, local e incluso regional.

La metodología es variada: leyes que paralelamente ajustan estas pautas mínimas; una ley-convenio y otras modalidades de que el derecho comparado da ejemplos y que han sido motivo de un estudio mío publicado oportunamente. Lo importante es que la organización es posible; son dos planos, el operativo y el funcional, que admiten ser ordenados sin dificultad ni riesgos de avances recíprocos ni de sustituciones.

De la misma manera, cada gobierno provincial, sin declinar la potestad de equilibrio funcional, en su propio territorio, de los distintos establecimientos bancarios, puede ejercerla sin menoscabo de la atribución —deber acordado al Banco Central de la República Argentina—, en lo relativo al sistema de moneda y de crédito. También aquí los dos planos son claramente señalados y ubicables.

La respuesta nacional al problema siempre habrá de ser dada en el marco de la Constitución Nacional, que es clara al respecto, y en las leyes. La ley federal debe tener mayor precisión para distinguir los planos de comportamiento, y la legislación local, sin confundir la orgánica del Banco de Estado, debe ubicar su potestad en el ámbito espacial local.

Todos sin perder el enfoque óptimo y último de los sagrados intereses del pueblo todo de la Nación Argentina,

que incluye a todos y cada uno de los pueblos de las provincias.

Así quedará garantizado el sistema y el Banco Central de la República Argentina podrá cumplir excelentemente su misión funcional propia. Todos pueden crecer igualmente para mejorar el cometido asignado a cada uno y en el respectivo plano.

Cumplidas aquellas premisas todas las provincias argentinas pueden tener, porque les corresponde y no como mera aspiración, el status garantizado al Banco de la Provincia de Buenos Aires. Status que mereció un profundo estudio del gran constitucionalista doctor Carlos Sánchez Viamonte.

Tras Cepeda, en el año 1859, la Provincia de Buenos Aires exigió, para reintegrarse a la Federación Argentina, entre otras condiciones, la reserva del Banco de Estado propio. Había comprendido que sin él no se podía "construir con crédito" que es aún más trascendente que "construir con impuestos", como se ha dicho muy bien. El Estado antes que hacer, y sin perjuicio de ello, debe ayudar a hacer.

El general Bartolomé Mitre, en 1878, con la lucidez del patriota que se eleva, advierte que sólo la igualdad de todas las provincias era la garantía de construcción definitiva de la República. Y nos deja estas palabras que quiero que sean el broche de esta exposición.

"Si el pacto de San José de Flores hubiera creado privilegios exclusivos a favor de una provincia respecto de otras, nuestro país no sería una nación con vida orgánica, no sería una asociación; sería una agrupación. Entonces sí que ya tendría en su seno el principio de la disolución prematura, el germen de la muerte. . . Puedo decir esto con los sentimientos de verdadero argentino, con el amor de hijo de esta Provincia que represento, con la autoridad moral que puede darme el hecho de haber sido uno de los que proyectaron la reforma y, me será permitido agregar, que también con la de

gobernante que complementó el Pacto del 11 de noviembre, que me tocó la fortuna de hacer práctico para bien de todos. Lo repito, el Pacto del 11 de noviembre no ha dado ningún derecho ni privilegio a Buenos Aires que no corresponda igualmente a todas y cada una de las demás Provincias hermanas."

Quiera Dios iluminar a los argentinos de cara al siglo XXI, dando aquella visión de ojos nuevos que auguro a este significativo y elevado foro.

ECONOMÍA Y DERECHO

*Disertación pronunciada por el académico Dr. José Domingo Ray en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988 **

* El día en que expusimos estas reflexiones en la sesión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho, se realizó el sepelio del doctor Edgard Ferreyra, Secretario de la Academia de Córdoba. El doctor Ferreyra tuvo una distinguida actuación en el campo profesional, en el académico y en el docente. Lo conocimos en 1963, en ocasión en que otro distinguido académico, fallecido en 1986, y con similar trayectoria, el doctor Francisco Quintana Ferreyra, organizó las Jornadas sobre Letra de Cambio y Cheque. Desde entonces mantuvimos una cordial relación con ambos y para ellos nuestro recuerdo y homenaje.

SUMARIO: 1. El tema. - 2. Derecho y análisis económico. - 3. La interpretación económica. - 4. Su crítica. - 5. El criterio realista en los problemas económicos. - 6. La decisión del caso individual. - 7. Inflación e indexación. - 8. Responsabilidad y negligencia. - 9. Síntesis.

1. *El tema*

El tema que hoy convoca a los distinguidos juristas de las Academias Nacionales de Córdoba y de Buenos Aires no puede ser más oportuno, porque tanto nuestros órganos legislativos como los administrativos y judiciales, en muchos casos no han tenido en cuenta la realidad económico-social que deben regular, ni las consecuencias que derivan de las normas que sancionan o de las resoluciones que dictan.

En esta exposición nos proponemos formular algunas reflexiones acerca de la conveniencia de analizar muchos de los problemas de la vida de relación, a través del prisma económico y jurídico, es decir, de contemplarlos a través de un estudio interdisciplinario, sin que ello implique compartir la tesis de una exclusiva interpretación económica de los mismos.

2. *Derecho y análisis económico*

Dentro de esas reflexiones cabe una referencia a la importancia del derecho económico, es decir, a la regulación de las actividades de carácter económico, y en este tema se impone la mención del libro de un jurista y economista, el

Dr. Julio H. Olivera, quien en 1953 expuso el concepto y los problemas fundamentales del derecho económico ¹.

Olivera define al derecho económico como el sistema de normas jurídicas que, dentro del marco institucional, regula las actividades de mercado de las empresas y de otros agentes económicos para realizar metas y objetivos de política económica ².

El marco institucional puede ser el de una economía de mercado regido a través del mecanismo de precios o el de un sistema dirigido, en que el sistema funciona a través de decisiones de autoridad social ³.

Nuestro distinguido colega ha estudiado la sistematización del orden jurídico referente a la regulación de las actividades económicas. Nosotros en esta sucinta y modesta exposición nos proponemos algo muy distinto: señalar la exigencia de un análisis de la realidad económico social y de las consecuencias que derivan de las normas generales que se sancionen o de las resoluciones administrativas o judiciales que se dicten para en esa forma resolver adecuadamente los problemas que se planteen.

Con ese propósito nos referiremos, en primer lugar, a la tesis de la interpretación económica y su crítica, luego a la teoría del realismo en el derecho y finalmente exponaremos dos ejemplos para poner de manifiesto la conveniencia de no prescindir del aspecto económico al estudiar los distintos problemas jurídicos, sin perjuicio de que éste no es más que un factor a contemplar dentro de los que son necesarios computar para legislar o decidir razonablemente, con justicia, los problemas que se planteen.

3. — *La interpretación económica*

Uno de los grandes juristas de la primera parte de este siglo, Decano de la Universidad de Harvard, Roscoe Pound,

¹ Ver JULIO G. OLIVERA, *Derecho Económico*, Bs. As., 1953 y 1981.

² Ver OLIVERA, op. cit., p. 24.

³ Ver OLIVERA, op. cit., p. 25.

en su obra publicada en inglés *Interpretation of Legal History* y traducida al castellano por José Puig Brutau bajo el título *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, se refiere a las distintas interpretaciones de la historia del derecho y, entre ellas, a la económica, ya orientada en un sentido idealista, ya de tendencia positivista y mecanicista o bien inspirada en la sociología analítica.

En ese sentido la interpretación económica coincide con ciertas teorías filosóficas calificadas como el materialismo histórico, el positivismo que trataba de descubrir las leyes económicas por medio de las observaciones de los fenómenos sociales y jurídicos y el realismo económico de algunos jueces y profesores del Common Law.

En esta línea ocupa un lugar de importancia el materialismo histórico de Marx y Engels y quienes lo han desarrollado, considerando que la historia y la vida en sociedad se explican y se rigen por una visión económica, con todas las consecuencias que de ello derivan.

Se darían así tres clases de interpretaciones económicas del derecho —según Pound—: la fundada en la evolución de una idea económica, la que identifica las leyes sociales con las económicas y la tercera que defiende el orden social que presupone el derecho tradicional.

No puede concebirse una teoría de la legislación y del derecho más antisocial que la implicada en la interpretación económica, en la forma y extravagancias a que llegaron los cultores a que se refería Pound, pero no puede olvidarse —como él mismo decía— el servicio que han prestado al hacer pensar en satisfacer las necesidades con los bienes de que se dispone o que se tienen a mano y en estimular la fe en la eficacia del esfuerzo y en el poder efectivo de la acción del hombre para la satisfacción de las necesidades humanas⁴.

En nuestra opinión son visiones simplistas de la vida

⁴ Ver ROSCOE POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona 1960 (Conferencias pronunciadas en el "Trinity College", durante la cuaresma de 1922. Squire Law Library, Cambridge, 4 de mayo de 1922) PUIG BRUTAU incluye un *Estudio preliminar* escrito en Barcelona en 1949.

en sociedad que en derecho brindan una causa única y suprema de todos los fenómenos jurídicos.

Richard Posner, profesor de Derecho en la Universidad de Chicago, nos dice que en los últimos veinte años se ha recurrido a un análisis económico, a métodos teóricos y empíricos de este tipo, para iluminar la variedad de temas y problemas del derecho. Según él, la economía es la ciencia de la elección humana en un mundo en que los recursos están limitados en relación con los deseos humanos. Se parte de la idea de que el hombre es un racionalizador al máximo de sus fines en la vida de relación, de lo que ha dado en llamar su propio y personal interés.

De la proposición de que la gente responde a esos incentivos derivan tres conceptos que para Posner son fundamentales en el comercio. El primero, es la relación entre los precios a cobrar y la cantidad requerida. El segundo, el llevar al máximo la utilidad que resulta de la diferencia entre sus costos y sus ingresos por la venta y de aquí la importancia de la competencia; y el tercero es la tendencia a invertir los recursos en los usos más valiosos, si se permite un intercambio voluntario ⁵.

Sin perjuicio del parentesco que puedan tener estas teorías con las visiones simplistas a que se refería Pound, Posner nos dice que en el análisis económico del derecho cabe señalar dos ramas fundamentales ⁶: La más antigua que apun-

⁵ En la obra de Richard Posner se estudian bajo el ángulo económico los derechos reales, el uso de los inmuebles, los problemas de la contaminación, los derechos intelectuales, las patentes y marcas, el derecho a la privacidad, el derecho de familia, los principios fundamentales de los contratos, la *consideration* del derecho anglosajón (que podríamos traducir como "causa"), la capacidad de negociación, los errores del consentimiento, la previsión de los daños, las cláusulas penales, la indemnización de los perjuicios, los hechos ilícitos (*torts*), temas de derecho penal y de familia, los económicos y de regulación de mercado, el monopolio y su represión, el régimen de sociedades y del transportador de personas y de cosas, el orden público, lo referente a los impuestos, el régimen económico federal, etc.

Ver RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2ª ed., 1977, "Summary of Contents". Posner escribe la primera edición de esta obra en 1972 y la segunda en 1977. Ver p. 16.

⁶ Ver RICHARD A. POSNER, *The Economics of Justice*, 1983, p. 3 *in fine* y p. 4.

ta al estudio económico del derecho referente a las actividades económicas, por ejemplo, las normas sobre impuestos, monopolios, sociedades, los derechos del consumidor, y muchas otras que regulan las actividades comerciales. Y la rama más moderna, que destaca el enfoque económico de las normas y de la conducta que no se refieren a esos temas comerciales, y señala que los pioneros en esta tarea fueron Ronald Coase, en su artículo sobre los costos sociales, estudiando la relación entre las reglas sobre responsabilidad y la distribución de los recursos⁷ y Guido Calabresi⁸, analizando la distribución de los riesgos y las reglas sobre la responsabilidad en casos de hechos ilícitos⁹. Posner agrega que sería injusto no recordar el nombre de Gary Becker que ha insistido en la relevancia del aspecto económico para conductas totalmente ajenas a las del tráfico¹⁰, así como sus contribuciones al análisis económico del crimen, de la discriminación racial, del matrimonio y del divorcio, es decir, que se refiere a áreas muy distintas a los estudios de Coase y Calabresi sobre la responsabilidad.

4. *Su crítica*

En el segundo capítulo de su obra sobre el análisis económico del derecho, Posner se hace cargo de las críticas que se han formulado a este enfoque.

Una crítica que considera sin valor —pero muy frecuente y que por ello no debe dejarse de lado— es que si los economistas han tenido dificultades para predecir o explicar muchos temas, poco o nada es el aporte que pueden brindarles a los abogados sobre el sistema legal. La circunstan-

⁷ R. H. COASE, *The problem of Socials Cost*, 1960/1.

⁸ GUIDO CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, Yale, L. J., 499 (1961).

⁹ El artículo citado precedentemente fue escrito por Calabresi y publicado el mismo año y con independencia del de Coase.

Ver POSNER, op. cit. en nota 6, p. 4.

¹⁰ Ver POSNER, op. cit., nota 4, p. 17.

cia de que la ciencia económica sea incompleta o imperfecta no significa que deba dejarse de lado, así como tampoco debe dejarse de utilizar una herramienta, aunque la misma no sea todo lo perfecta como sería deseable.

Una versión más inteligente de las críticas contra el enfoque económico del derecho —agrega Posner— es que su base filosófica es el utilitarismo, pero no es valedera siempre y cuando ese enfoque aporte algo positivo para entender cómo opera un sistema legal, para clarificar los valores en conflicto y para mostrar cómo alcanzar los fines sociales por los medios más eficientes ¹¹.

La existencia de otros valores que guíen la conducta tan importantes como los económicos no significa que estos no deban tomarse en cuenta.

También se critica el *approach* económico porque ignora la justicia que debe ser la finalidad central del sistema legal y de aquellos que estudian el mismo.

Esta crítica apunta al fondo de la cuestión y no estamos de acuerdo con el concepto de identificar “justicia” con “eficiencia”, como dice Posner, porque consideramos que la justicia es el valor supremo y coordinante de los otros valores jurídicos. Reiteramos que esto no implica desmerecer el estudio de los problemas a través del enfoque económico

¹¹ Ver POSNER, op. cit., nota 4, Nos. 2, 3, p. 19.

Posner puntualiza que deben distinguirse los distintos sentidos del término “justicia” y que si se apunta al de “justicia distributiva” desde el punto de vista económico puede crudamente definirse como el más propio grado de la desigualdad. Si bien los economistas no tienen mucho que decir acerca de la valoración de la justicia distributiva, pueden realizar aportes importantes en cuanto al debate sobre la desigualdad y sobre el grado y límites de la misma en las diferentes sociedades y en la historia. En especial, sobre la diferencia entre la desigualdad económica real y las desigualdades en los ingresos pecuniarios, que reflejan diferencias en los distintos círculos vitales y sobre los costos de alcanzar una mayor igualdad real o nominal.

El otro sentido de justicia y el más común (sería el de “justicia conmutativa”) según Posner es simplemente el de “eficiencia”. Cuando la gente describe algo como injusto —agrega Posner— no quiere significar sino que la conducta en cuestión agotó los recursos. Ello ocurre —dice Posner— cuando se describe como injusto condenar a una persona sin juicio previo, expropiar un bien sin una justa compensación o cuando no se responsabiliza al conductor de un automóvil por los daños causados a la víctima de su negligencia. Incluso el principio del enriquecimiento sin causa puede ser derivado del concepto de eficiencia.

como una forma de analizar un instituto bajo una perspectiva distinta y que permite iluminar aspectos esenciales del mismo para hacer "justicia".

5. *El criterio realista en los problemas económicos*

Julio Olivera, en la obra precedentemente citada y recordando a Hedemann, señala que las investigaciones jurídicas han prestado atención absorbente a las normas jurídicas y han dejado los hechos reales en un segundo plano. El derecho económico, al contrario, exige que el foco de atención se traslade a los hechos de la vida.

Esa afirmación no vale sólo para el derecho económico, sino para todo el derecho, porque los hechos y las normas deben contemplarse coordinadamente.

La tesis racionalista que se traduce en el enfoque primario de las normas y la colocación de los hechos en un plano secundario ha sido superada y el realismo se ha impuesto frente a esa posición que prevalecía en el pasado y, por sobre todo, en la enseñanza, y en los estudios jurídicos. Era usual que la enseñanza versara sobre disposiciones legales y que, en cierto aspecto, se prescindiera de los hechos y de los intereses en juego.

La concepción vital prevalece en la doctrina y en el criterio de los juristas modernos en todo el campo del derecho. Lo que ocurre es que esta tendencia moderna se ha expuesto con mayor insistencia y se pone de manifiesto en forma más aguda en el campo del derecho económico y de aquí las graves consecuencias que derivan de legislar sobre estos temas, sin el análisis de la realidad económico social sobre la cual gravitan las normas que se dicten ¹².

Como señalamos al principio brindaremos dos ejem-

¹² En esta Academia de Córdoba, en octubre de 1986, tuvimos oportunidad de referirnos al tema *Persona Jurídica y Realidad Económica* y señalamos algunos de los distintos ángulos como podía enfocarse el mismo.

Ver los "Anales" de la Academia de Buenos Aires y correspondiente Separata.

plos acerca de la conveniencia de analizar los temas en forma realista, bajo el prisma económico jurídico, pero antes formularemos una referencia que estimamos importante sobre la labor judicial.

6. *La decisión del caso individual*

En su carácter de Decano de la Universidad de Yale, Calabresi nos visitó en el primer semestre de este año (1988) y en su exposición en la Asociación Argentina de Derecho Comparado, señalando la importancia de los estudios económicos, nos decía que los jueces norteamericanos estaban adoptando una actitud más conservadora frente a la posibilidad de decisiones de avanzada, por temor a innovar sin haber contemplado debidamente las consecuencias económicas que de ellas podrían derivar.

Los jueces norteamericanos consideran que el Poder Legislativo o el Administrativo pueden enfocar mejor los problemas, contemplando los aspectos económicos de los mismos, después de un estudio a fondo bajo este punto de vista.

Es razonable esa actitud de prudencia de los jueces estadounidenses frente a decisiones que han señalado los periódicos y que pueden considerarse como un exceso de atribución de responsabilidades.

Sin perjuicio de ello, nos llamó mucho la atención esa reflexión de Calabresi frente a la ligereza con que se sancionan normas o se dictan sentencias entre nosotros —como ya hemos dicho— sin tener en cuenta las consecuencias económicas negativas de las mismas.

Podemos mencionar, a solo título de ejemplo y a nivel legislativo, las normas impositivas, en especial las que impiden o dificultan sobremanera las inversiones o la radicación de capitales y la iniciación de nuevas actividades en el país.

En el campo de las normas individuales, podemos señalar las resoluciones burocráticas de los órganos adminis-

trativos que prescinden de los intereses económicos en juego y las decisiones de los tribunales como las que mencionaremos sobre indexación o las que se limitan a fijar indemnizaciones sin tomar debidamente en cuenta los valores reales de mercado ¹³.

Las partes sólo están interesadas en la decisión del caso individual, pero el órgano del Estado debe contemplar las consecuencias que derivan de la misma.

En ese sentido cabe tener en cuenta la reflexión del Decano de Yale al referirse a la actitud de prudencia que —según él— se vislumbra en los últimos tiempos por parte de los jueces norteamericanos. Sin embargo, ante la pasividad legislativa y la imperiosa necesidad de resolver con justicia los casos que se plantean, es elogiable que los tribunales, contemplando la realidad económico-social, dicten resoluciones ajustadas a las circunstancias del caso y previendo las consecuencias que pueden derivar de las mismas. Por esta razón, el buen juez y, por sobre todo, los tribunales de segunda instancia, deben utilizar el margen de discrecionalidad que el ordenamiento jurídico les otorga, para hacer justicia, previendo las derivaciones de sus decisiones para el futuro ¹⁴.

7. Inflación e indexación

Los temas como la inflación y los medios para reprimirla, así como las distintas soluciones que se han dado frente a los numerosísimos problemas que plantea en el campo del derecho, deben ser analizados con justicia, a través de un enfoque económico-jurídico.

¹³ Ver J. D. RAY, *Obligaciones de valor y de dinero*, Revista "La Ley", 14 y 28 de abril de 1975; *Depreciación Monetaria y Arbitrariedad*, Revista "La Ley", 30 de noviembre de 1976; *Obligaciones de valor y de dinero*, Revista "La Ley", 14 de mayo de 1979; *Determinación de la compensación por depreciación monetaria*, Revista "La Ley", 29 de junio de 1979; *La moneda y los cambios en la liquidación por avería gruesa*, Revista "La Ley", 21 de agosto de 1979.

¹⁴ Nuestra exposición en esta Academia en 1984 *Las distintas corrientes en la interpretación del derecho*. Ver "Anales de la Academia de Córdoba".

En ese sentido las tesis nominalista y valorista muchas veces se han esgrimido en abstracto, sin tener en cuenta las consecuencias económicas y jurídicas que una y otra importan.

Hemos sostenido que la inflación es un fenómeno que afecta a la sociedad en su conjunto y que no es justo que recaiga en el acreedor o en el deudor exclusivamente, ni que se consagren soluciones matemáticas que pueden afectar patrimonialmente a una u otra parte en forma injustificada.

Dijimos así, comentando un fallo de la Suprema Corte del año 1977, que la determinación de la compensación por depreciación de la moneda en forma matemática hace incidir el fenómeno de la inflación exclusivamente en la parte que resulta deudora y prescinde de las circunstancias del caso y de la conducta de las partes que pueden ser relevantes para determinar en qué forma deben absorberse las consecuencias de ese fenómeno. Ya se piense la regulación de la responsabilidad como una imputación de las consecuencias de los hechos o de los actos jurídicos o como una distribución de los daños, las consecuencias de la inflación deben ser distribuidas entre las partes de la relación jurídica, cuando no se justifique la imputación a una sola de ellas. Esto presenta un doble aspecto, uno el referente a quién debe soportarla y en que proporción y, el otro, a cómo debe determinarse la compensación. Bajo uno u otro punto de vista y conjugando ambos, porque se encuentran vinculados, lo importante es que no se prescinda del factor "inflación" que incide en la relación jurídica, pero que tampoco se haga exclusivo responsable a quien no lo es si no que se beneficia por un fenómeno que le resultó ajeno¹⁵.

Al formular esa tesis nos fundamos en una estimación valorativa, pero deberíamos confrontarla con un enfoque económico.

En otras palabras, y como destacamos en las sesiones

¹⁵ Ver nuestro trabajo *Determinación de la compensación por depreciación monetaria*, nota al fallo de la Suprema Corte del 14 de junio de 1977, en "La Ley", 29 de junio de 1979.

de la Academia de Buenos Aires, en 1977, el estudio interdisciplinario se impone y no se deben encarar soluciones sin enfocar la realidad y sin analizar detenidamente sus consecuencias en el marco de la economía general del país.

El tema de la compensación por depreciación de la moneda, planteado en los casos de expropiación años antes de 1966, la Corte Suprema lo resolvió en forma positiva en el fallo dictado ese año en los autos "Nicchi c/Pcia. de Santa Fe" ¹⁶.

En los fallos anteriores, en la Corte Suprema sólo se consideraba el punto de vista del Estado frente a la depreciación monetaria y se prescindía del correspondiente al expropiado.

No era justo ni se justificaba económicamente que se expropiara un bien sin contemplar la depreciación monetaria y se hiciera recaer las consecuencias de la inflación exclusivamente en el expropiado.

En un Seminario realizado en el curso de Doctorado de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en el año 1970, sobre *Obligaciones de valor y de dinero*, y en numerosos trabajos posteriores, analizamos la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la referida distinción. Señalamos entonces que el enfoque equivocado derivaba de asignarle a la distinción una categoría legal, cuando la doctrina y la jurisprudencia que la impuso lo hizo al solo efecto de admi-

¹⁶ Ver J. D. RAY, *La indemnización en los juicios de expropiación y la compensación por desvalorización monetaria*, en "La Ley", 19 de septiembre de 1972.

Después del fallo del 26 de junio de 1967 en autos "Provincia de Santa Fe c/Carlos Aurelio Nicchi" que cambió la jurisprudencia y al que nos referimos en la nota citada, analizamos la evolución acerca de las exigencias que se introdujeron para que prosperara la compensación por depreciación de la moneda.

El estudio de esa evolución y de los argumentos expuestos en los distintos fallos abonaron nuestra tesis acerca del juego del factor económico y de los valores que deben contemplarse para hacer justicia.

El criterio del Tribunal sobre el momento en que debía introducirse el pedido de compensación cambió en razón de las consecuencias que derivaban de la adopción de uno u otro criterio y así se sostuvo en unos casos que ello debía hacerse al trabarse la litis y en otros al alegarse sobre el mérito de la prueba.

tir la compensación por depreciación de la moneda, en los casos de indemnización de daños y perjuicios.

El estudio de la evolución doctrinaria y jurisprudencial muestra cómo se cambió la categoría de cierto tipo de obligaciones, para dejar de calificarlas como de "dinero" y pasar a considerarlas de "valor".

Se llegó al extremo de calificar a esa distinción doctrinaria, creada con un fin determinado, como si fuera de carácter ontológico e impidiera una solución razonable en los numerosísimos casos que se plantearon hasta el cambio de jurisprudencia en el año 1976.

Ese cambio de jurisprudencia se orientó en forma definitiva, a partir del mes de septiembre de 1976, cuando la Suprema Corte dictó tres fallos que fueron verdaderos *leading-cases* y uno de los cuales comentamos en la Revista "La Ley", el 30 de noviembre de ese año¹⁷.

Desde entonces los tribunales fueron admitiendo la compensación por depreciación monetaria y llegaron al extremo opuesto que implica olvidar —como hemos dicho— que el flagelo de la inflación no debe recaer sobre una sola de las partes si no hay una razón muy seria que justifique hacerle asumir a esa parte, en un todo, las consecuencias de un hecho que no le es imputable.

En un tema como éste no puedo dejar de recordar la opinión de un gran amigo y exímio jurista con quien muchas veces consideramos el tema de los estudios interdisciplinarios por parte de economistas y juristas. Me refiero al Dr. Luis Negri Pisano, quien en 1975 se incorporó a nuestra Corporación con una disertación titulada *Reflexiones sobre la moneda*.

Refiriéndose al nominalismo monetario, decía que, si bien no le inspiraba simpatía, era indispensable para mantener cierto orden en las relaciones patrimoniales y que subvertirlo ahora, sobre todo cuando la inflación amenazaba perturbar ese orden en grado superlativo, afectaría el

¹⁷ Ver J. D. RAY, trabajo citado sobre *Depreciación Monetaria y Arbitrariedad*, "La Ley", 30 de noviembre de 1976.

bien común, cuya protección ha de prevalecer en este caso sobre los intereses particulares.

Para resolver estas cuestiones entendía que "debía convocarse a los juristas y a los economistas, pues ni unos ni otros solos podrían solucionarlas, y los males serían mayores cuando más tiempo se prolongara su desencuentro".

Transcribo sus palabras:

"Lo primero que se debe conocer es el pronóstico y el tratamiento concreto que los economistas hayan elaborado con respecto a la inflación. Dando por supuesto un propósito de emplear todos los medios de que se dispone para contener la depreciación de la moneda y disminuir gradualmente el índice de la inflación, me parece razonable pensar, desde el punto de vista jurídico: primero, en el mantenimiento del nominalismo; segundo, en seguir admitiendo las cláusulas convencionales de reajuste, pero con algunas limitaciones del tipo de las dispuestas en Francia en 1958 y 1959, para amortiguar su efecto estimulante de la inflación; tercero, en desestimar las intenciones de practicar valorizaciones judiciales individuales de los créditos dinerarios, sea con aplicación de la ley actual o con la introducción de nuevas reglas que las permitan; y cuarto, en considerar la implantación de correcciones monetarias automáticas en ciertos sectores de la economía que requieren indispensablemente una moneda estable."¹⁸

Once años han transcurrido desde entonces, la inflación no se ha conjurado y continúa perturbando las relaciones patrimoniales y sus cuatro tesis que hemos mencionado tampoco han tenido acogida.

Personalmente nosotros señalamos la conveniencia de consagrar compensaciones en función de las circunstancias del caso, pero nos hacemos cargo del requerimiento de pau-

¹⁸ Ver LUIS E. NEGRI PISANO, *Reflexiones sobre la moneda*, en "Anales", Segunda Época, Año XX, Número 15, Separata, p. 46. Ver también LUIS E. NEGRI PISANO, *Contribución al Estudio del Nominalismo Monetario*, conferencia del 15 de diciembre de 1977, con la cual culminaron las exposiciones que realizamos en la Academia con los doctores J. M. López Olaciregui y Luis E. Negri Pisano.

tas más o menos firmes y la exigencia de certeza en las relaciones jurídicas.

Lamentablemente el requerimiento o convocatoria de Negri Pisano acerca de un encuentro de economistas y juristas para encarar esos problemas jurídicos no se ha concretado, y la realidad —como nosotros señalamos— ha superado los enfoques doctrinarios y no se han encarado seriamente las medidas necesarias para desacelerar el proceso inflacionario, ante la imposibilidad o dificultad de eliminarlo. Recuerdo que entonces me decía Negri Pisano: si no se elimina la inflación habrá que buscar los medios para convivir con ella. Esta es la situación en que lamentablemente nos encontramos, sin que los remedios a los problemas planteados hayan sido satisfactorios y carecemos de un análisis serio de las causas y de los efectos económicos por parte del Poder Legislativo y del Poder Administrador del Estado.

8. *Responsabilidad y negligencia*

Al analizar el tema de la responsabilidad y de la negligencia en el derecho, en tanto y cuanto el obligado debe adoptar las medidas requeridas para evitar el daño, hemos destacado que las medidas que deben exigirse para que no se pueda calificar la conducta como culposa, depende del criterio de “razonabilidad” y en este aspecto sólo debe pretenderse que se tomen todas las medidas que pueden exigirse para evitar los daños, en función de los riesgos asumidos y naturalmente del costo económico de las mismas.

Refiriéndonos en el Seminario de la ciudad de Lima del año 1979 a las “Reglas de Hamburgo” y, en especial, a la nueva fórmula sobre la responsabilidad del transportador marítimo, dijimos que entre las pautas a computar para apreciar si se habían adoptado las medidas razonables para evitar el daño, debía tenerse en cuenta el grado de probabilidad de que se concretara el riesgo y la dificultad y el costo de tomar esas medidas, lo que podía justificar que no se adoptaran algunas que teóricamente podrían mencionarse;

de lo contrario, habría que incurrir en esfuerzos y costos que desnaturalizarían la prestación asumida por el responsable de la misma ¹⁹.

La diligencia debe adecuarse en función de las circunstancias y por eso dijimos que la fórmula de las "Reglas de Hamburgo" empleaba el término "medidas razonables" que deben adoptarse para evitar el daño.

En el libro de Posner de 1983 leemos que una formulación económica de la negligencia es la que brindó el juez Leonard Hand, al decir que consiste en dejar de tomar el cuidado necesario, cuando el costo de éste (cargo de las precauciones) es menor que las probabilidades del accidente, multiplicado por el costo de las pérdidas en el caso de producirse el mismo. Un economista sintetizaría esa ley con la denominación "multiplicación de los costos esperados del accidente" ²⁰.

Posner dice que si bien la regla no es perfecta, es una tolerable aproximación a un concepto económicamente eficiente del concepto de cuidado y de negligencia.

Para el análisis de la bondad del nuevo sistema de responsabilidad de las "Reglas de Hamburgo" sobre el transporte de mercaderías por agua uno de los aspectos fundamentales es el de las consecuencias económicas ²¹. Con independencia de los beneficios que el mismo importe para los transportadores, para los cargadores o para los aseguradores de unos u otros, la pregunta importante a contestar es si se traducirá en un beneficio para los consumidores. En otras palabras, si el nuevo sistema será beneficioso para la comunidad y si resultarán más caras o más baratas las mercaderías transportadas cuyo costo, incluido el transporte, recae sobre el consumidor.

¹⁹ Ver J. D. RAY, *Los fundamentos de la responsabilidad del porteador*, en la revista publicada por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo.

²⁰ Ver op. cit., nota 6, p. 20.

²¹ Ese estudio económico no se ha hecho y en el trabajo preparado por UNCTAD no se han brindado las pautas, limitándose a dar unas hipotéticas y eventuales disminuciones o aumentos de las primas en los seguros, sin la fundamentación económica necesaria. Ver J. D. RAY, *Las Reglas de Hamburgo*, en los "Anales" de la Academia de Derecho, año 1978.

Dentro del criterio de "negligencia" cabe la mención del caso de la responsabilidad de los profesionales, por ejemplo de los médicos y de los abogados, y las consecuencias que podría aparejar la incorporación a nuestro orden legal del texto del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial (art. 1625) que tendría indiscutibles repercusiones de orden económico y en el seguro de la conducta profesional. No hay duda de que en EE. UU. el tema se ha agudizado y han proliferado los juicios, los seguros y la cobertura por el mal ejercicio profesional²².

Del enfoque de tipo económico no debe prescindirse pero, desde luego, no es el único por las reflexiones que formulamos precedentemente acerca del concepto de justicia.

²² Nuestro distinguido colega AUGUSTO MARIO MORELLO en un trabajo publicado en "La Ley", Diario del 4 de noviembre del corriente año, titulado *La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa (a propósito del art. 1625 del Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial)*, dice que quiere sumarse al objetivo de contribuir a que el logro de la reforma se alcance del modo más racional, sin generar costos sociales (sectoriales) que, al endurecer las posiciones, malogren la finalidad perseguida. Que no es otra que las partes, los profesionales y la jurisdicción puedan manejarse con mayor seguridad y arribar, por ende, a la solución más justa.

La prueba del obrar sin culpa por parte de un profesional es dificultosa porque se trata de la prueba de un hecho negativo y ello no se soluciona con el argumento de que lo que se quiere consagrar es una pauta o vía legal de cooperación para mejor atender la carga de probar que sería la prueba de que el profesional actuó con la eficiencia, prudencia, e idoneidad requeridas por las circunstancias del caso, es decir, adecuadamente.

A ese juicio de razonabilidad, en última instancia, se puede llegar con la legislación actual, sin introducir el margen de discrecionalidad tan grande y de inversión del cargo de la prueba, en favor del usuario del servicio.

Dijimos en nuestro trabajo del año próximo pasado que 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 con 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 responsabilidad, de acuerdo con la evolución actual, pero no creo que sea el caso de invertir el cargo de la prueba.

9. Síntesis

Señores académicos:

Nos hemos aproximado a un tema que nos preocupa y sobre el cual se han escrito importantes contribuciones en los últimos 25 años.

En una reunión en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a la que fuimos convocados para considerar el nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía y la incorporación al mismo de un Curso sobre "Economía Política", dijimos que era indiscutible la importancia de esos estudios económicos para la formación del jurista, de profesores, de legisladores, jueces o futuros estadistas, pero que había que distinguir entre la formación del estudiante —que pretende obtener título profesional— y la de quien tiene otras aspiraciones.

En ese sentido los estudios de post-grado o los necesarios para la docencia o para un doctorado, pueden ser el lugar o campo en el que cuadre el desarrollo de un "Curso" sobre Economía Política o sobre el Análisis Económico del Derecho.

Es menester tener en cuenta los distintos planos en que se desarrollará la actividad del futuro egresado en la sociedad y que no se puede en unos pocos años enseñar de todo, por importantes que sean los temas que por imperio del tiempo deban dejarse de lado ²³.

Los estudios interdisciplinarios se imponen no sólo entre los estudiosos de los distintos sectores del orden jurídico, sino entre juristas, economistas y sociólogos.

²³ El abogado del futuro deberá tener la capacidad de asimilar cuestiones técnicas no legales, que sean relevantes para la aprehensión integral del caso que tenga a su cargo. En este sentido no debe prescindirse de la enseñanza de algunas nociones de contabilidad, lectura de balances, etc.

Al elaborar el plan de estudios es menester ponerse de acuerdo sobre las metas que se propone alcanzar con la enseñanza: una formación humanista o una formación profesional, con los presupuestos que ésta necesariamente requiere.

Ver mi trabajo *La enseñanza y el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, en "La Ley" del 11 de marzo de 1985.

El criterio de iluminar los problemas jurídicos a través de un enfoque económico no es nuevo ni controvertido. En cambio, sí lo es la aplicación de ese enfoque a un gran número de problemas jurídicos que no son de carácter económico.

Aparte de nuestras reservas sobre los enfoques unilaterales, cabe señalar la dificultad de concertar los criterios económicos con los legales. En manera alguna cabe abogar por un enfoque unilateral, económico o sociológico, pero sí consideramos útil el encuentro de juristas con los cultores de otras ciencias para que quienes tienen a su cargo la elaboración de normas legales o resoluciones judiciales reciban el aporte de un enfoque económico que puede ser necesario para una buena solución.

A pesar de la dificultad en concretar esa labor conjunta para construir soluciones más justas en el campo del derecho, es de esperar, por lo menos, que no se legisle ni se resuelvan los casos administrativos o judiciales, prescindiendo de la realidad económico social, de los intereses en juego y de las consecuencias que derivarán de las soluciones adoptadas.

**EL PATRIMONIO COMO PUNTO
DE CONVERGENCIA DEL DERECHO
Y LA ECONOMÍA**

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge H.
Bustamante Alsina en la VII Reunión Conjunta de las
Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de
Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12
de noviembre de 1988*

Hace casi un cuarto de siglo, en una conferencia que pronuncié en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 23 de abril de 1965¹, recordaba a Ripert, quien en *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno* decía: "nuestros contemporáneos están asombrados por la transformación de las condiciones materiales de la vida; es indiscutible que la modificación de ciertas reglas legales se impone cuando las condiciones de la vida material cambian". Años después, en 1954, Ortega y Gasset expresaba en *Pasado y porvenir para el hombre actual*, que: "es un hecho evidente y decisivo que la producción es hoy la dimensión de la vida colectiva que se halla en primer término; no se trata de que sea la más estimada, sino que de hecho toda la vida colectiva funciona teniendo como eje de articulación la industria, el comercio, y las actividades secundarias que ambas traen consigo". Observando Ortega la falta de adecuación de las estructuras jurídicas a los nuevos fenómenos sociales, recordaba un magnífico puente romano que hay en un amplio valle de España cerca de Portugal, el cual se quedó en seco porque hace siglos el río cambió de cauce, y se supone, agrega, que esa magnífica construcción, mirando a sus pies, se ha de preguntar ¿dónde diablos se me ha ido el río?

He traído al recuerdo estas reflexiones porque quiero señalar las notables transformaciones de este siglo, cómo la

¹ J. BUSTAMANTE ALSINA, *El Abogado de empresa*, "L.L.", t. 118, p. 1098.

producción se halla hoy en el primer plano de la vida colectiva y de qué manera también el orden jurídico se va desplazando o más bien va ampliando el ámbito de la regulación normativa, haciendo entrar en él esta nueva dimensión económica de la vida colectiva. Si no fuera así éste sería el momento en que las estructuras jurídicas de las sociedades modernas se estarían preguntando, como aquel viejo puente romano, ¿dónde diablos se me ha ido el río? Felizmente no es así y sobre el nuevo cauce de la vida colectiva dominada por el signo económico de la producción, se yergue el puente formado por una legislación que busca el curso por dónde fluye la vida moderna.

Esta introducción nos conduce a observar el derecho y la economía como ciencias humanas y su respectiva proyección en la dinámica de la vida social.

El derecho y la economía son ciencias humanas que tienen por objeto el estudio de los comportamientos del hombre en su vida de relación o sea en el medio social en que desenvuelve su actividad.

Las ciencias jurídicas y las ciencias económicas son disciplinas complementarias que aunque se proponen la formación del conocimiento científico en orden a diferentes aspectos de la realidad, trabajan con el mismo material humano en la elaboración de los principios fundamentales que les son propios.

La actividad del hombre suscita, por un lado, relaciones sociales que buscan establecer un ámbito de convivencia apto para proporcionarle la mayor utilidad posible en el aprovechamiento de los bienes materiales necesarios para satisfacer sus necesidades, y, por el otro, un orden normativo de la conducta intersubjetiva destinado a lograr la justa distribución de aquellos bienes entre los individuos que forman los diferentes grupos sociales.

Como todas las ciencias ambas tienen sus propias técnicas, que, naturalmente, se diferencian entre sí en cuanto a los medios adecuados para la obtención de sus respectivos fines.

La técnica de las ciencias económicas se refiere a los me-

dios destinados a satisfacer eficazmente las necesidades materiales por medio de la producción, la circulación y el consumo de bienes aptos para tal fin. Ella parte de una ciencia de observación y el orden que busca establecer consiste en el máximo de utilidad para los hombres.

La técnica jurídica tiene un fin diferente. Ella hace positivamente obligatorias las instituciones más convenientes al bien común de los hombres y regula las relaciones humanas por medio de deberes y de derechos. Corresponde esta técnica a una ciencia normativa que regula la conducta humana con el fin de establecer entre los hombres un orden justo.

Ambas técnicas emplean los mismos materiales. Los materiales de la técnica económica son los bienes. Esos mismos bienes constituyen los elementos objetivos de una gran parte del derecho, especialmente para el derecho civil y el derecho comercial, salvo que como una y otra técnica no persiguen el mismo fin tampoco consideran dichos bienes desde el mismo ángulo.

Un bien existe para el hombre sólo por su utilidad en orden a la satisfacción de sus necesidades, pero esta utilidad a su vez sólo se adquiere gracias a los derechos que la persona ejerce sobre cada uno de sus bienes. Así siempre la utilidad económica de un bien supone una situación de derecho, y, recíprocamente, el derecho de los bienes reposa en cualquier caso sobre una apreciación económica de utilidad o satisfacción. La técnica económica y la técnica del derecho son, por lo tanto, diferentes, pero complementarias porque emplean los mismos materiales para la realización de sus respectivos fines como ciencias sociales.

Sobre estas ciencias paralelas, juristas y economistas construyen los unos y los otros, un arte diferente. Ellos lo aplicarán a la solución práctica de los casos particulares que les presentará la vida social. Los primeros buscarán la solución más equitativa, los segundos la solución más útil. Para la búsqueda de estas soluciones prácticas, el derecho positivo y la economía política aplicada constituyen dos técnicas. Los mejores economistas, los mejores juristas son quienes halla-

rán a un mismo problema, los unos la solución más útil, los otros la solución más conforme a la realización de una buena justicia. Por esto, los unos y los otros buscarán gracias al conocimiento de su ciencia, los métodos más eficaces para aplicarlos a sus propias disciplinas.

A pesar de ser complementarias las dos técnicas son diferentes porque utilizan palabras cuyo sentido está orientado por el objetivo que ellas persiguen. El fin en cada caso da una visión diferente de las mismas cosas.

Aun cuando el sentido de las palabras sea el mismo, ellas toman para las necesidades de cada técnica, clasificaciones diferentes, pero sintéticamente complementarias. Considerando la palabra "bien" en función de sus fines económicos, los economistas hablan de bienes de producción y de bienes de consumo, palabras éstas de las cuales los juristas no hacen uso habitualmente, olvidando que el destino económico de los bienes podría aclarar en muchos casos la regulación jurídica que ellos les asignan. Inversamente, los juristas distinguen los bienes corporales y los bienes incorporales, palabras éstas extrañas a los economistas que razonan a menudo como si los bienes fueran cosas concretas que circulan como tales de un lugar a otro, cuando en realidad los verdaderos bienes son derechos cuya circulación es abstracta.

Las dos técnicas no pueden jamás ignorarse, pues cada una de ellas se desarrolla en función de la otra. Ambas se construyen sobre la misma base, pues los bienes de los economistas son los mismos que los de los juristas. Es en función de la utilidad económica de estos bienes que los juristas constituyen derechos sobre ellos y los hacen el objeto de las obligaciones. Pero por su lado, los economistas no podrían, sin riesgo de falsear sus investigaciones, ignorar la naturaleza misma de los bienes a que se refieren la producción, la circulación y el consumo, los cuales son definidos y clasificados por los juristas.

Ninguna iniciativa eficaz se podría tomar económicamente sin bienes jurídicos, como lo ha demostrado René Savatier en su estudio sobre la visión jurídica y económica de

las obligaciones². Dice Savatier que ello se ha visto bien cuando los economistas crearon el mercado común europeo. Esta creación se inspiró en una búsqueda de prosperidad económica en los países adherentes. Ella se fundó sobre el postulado económico según el cual la extensión de un mercado único era un factor de prosperidad y que la vida económica resultaba detenida en cada uno de los seis países de la comunidad europea, como consecuencia de sus mercados nacionales limitados por sus fronteras.

Fue necesario constatar que estas barreras no resultaban solamente de los derechos de aduana o de prohibiciones de importación o exportación lo cual era jurídicamente fácil de suprimir. Ellas obedecían en cambio, principalmente, a la soberanía respectiva de los regímenes de derecho interno que cada uno de los seis países se habían dado. Las mercaderías no pueden pasar una frontera sin que se tengan en cuenta los derechos que se ejercen respectivamente sobre ellas según sus propias legislaciones, tanto en el país de exportación como en el país de importación, desde el punto de vista de la propiedad industrial, de la propiedad artística o literaria, de la protección de la calidad de origen, del concepto de los fraudes comerciales y de los seguros que amparan las mercancías. Las dificultades jurídicas son más grandes aun para la prestación de los servicios profesionales a través del mercado común, considerando que cada país tiene, por ejemplo, su legislación propia para el ejercicio de las profesiones, para la representación comercial y para la organización de los sistemas contables. No se trata de una simple circulación de los bienes y de los servicios sino de un verdadero cambio de su naturaleza al traspasar las fronteras de sus países de origen.

Lo que es cierto para los bienes también lo es para los contratos. La circulación de los bienes no puede ignorar que las ventas, o la prestación de servicios, no obedecen a las mismas reglas de derecho en el país importador y en el país exportador.

² RENÉ SAVATIER, *Les obligations*, "Dalloz", 1967.

En fin, la comunidad económica europea misma, no ha podido ser fundada más que por un acto jurídico. El tratado de Roma que creó la Comunidad Económica Europea ha tenido que constituir una persona jurídica, una comunidad de derecho, con sus órganos jurídicos propios sin los cuales ella no podría vivir. Uno de ellos es una Corte de Justicia llamada a crear una jurisprudencia sobre las dificultades de derecho que suscitaría el funcionamiento de la Comunidad.

El tratado está redactado bajo la forma de un Código de deberes de cada país, ya sea hacia los otros, o ya sea hacia la comunidad y constituye también una codificación de los deberes de los particulares cuyos contratos y cuyas agrupaciones concurren al Mercado Común.

Esta es la demostración de que una actividad económica internacional como el mercado común que constituye una Comunidad de intereses de diverso origen no puede desarrollarse sino dentro de una estructura jurídica reguladora de esa actividad a través del territorio de las Naciones contratantes.

La creación del mercado común de Europa a través de la Comunidad Económica Europea establecida por los países que suscribieron el Tratado de Roma, es tal vez el ejemplo más ilustrativo de la integración del derecho y la economía. En efecto, los fenómenos económicos dominados en cada país miembro por las condiciones particulares del medio natural en que se producen, por los comportamientos sociales aplicados a la actividad productiva, por los hábitos de consumo propios de cada uno de ellos, se han visto precisados a adecuarse a disciplinas jurídicas uniformes por su coparticipación en el mercado común.

El Código de normas jurídicas que constituye el Tratado de Roma ha amoldado los procesos de producción y circulación de riqueza, su distribución y consumo a las necesidades de un flujo económico homogéneo que supere aquellas barreras naturales y políticas, para asegurar un intercambio fluido entre los Estados miembros.

La aplicación del Tratado a los Estados que lo han sus-

cripto o adherido se hace a través de reglamentos, decisiones y directivas que dicta el Consejo de la Comunidad. Los reglamentos son de directa operatividad sin recepción en el orden interno de cada país, por disponerlo así el art. 189 del Tratado. Las decisiones a su vez respecto a cuestiones particulares pueden ser invocadas ante las jurisdicciones nacionales sin aceptación expresa de cada Estado, según una sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad del 6 de octubre de 1970. Con respecto a las directivas, la cuestión ha sido controvertida porque el citado art. 189 no parece admitir la aplicación directa, limitándose a fijar los resultados que se deben obtener dejando a los Estados la elección de las formas y de los medios. Sin embargo, a partir del 31 de diciembre de 1969 la aplicación directa ha sido admitida por la Comunidad en las mismas condiciones que las cláusulas del Tratado mismo.

Estas distinciones que hemos realizado tienen por fin señalar la trascendencia que tiene, en el tema que estamos tratando, la directiva comunitaria del 25 de julio de 1977 sobre la responsabilidad del hecho de los productos defectuosos en caso de lesiones corporales o de muerte.

Es sabido que la responsabilidad por los productos elaborados es un tema que preocupa actualmente dada la trascendencia que tienen los daños que pueden derivar de los defectos de fabricación, o mala conservación de productos elaborados, especialmente de aquellos fabricados en serie y para consumos masivos.

La jurisprudencia norteamericana siguiendo a las decisiones de los tribunales británicos, ha establecido desde el comienzo del siglo una serie de principios, incorporados luego a la legislación de otros países, en vista de establecer las responsabilidades que conciernen a quienes intervienen en los procesos económicos de producción y circulación de bienes, por los perjuicios que puedan ocasionar a usuarios y consumidores los defectos de fabricación o conservación de esos productos.

La citada directiva comunitaria fija de modo uniforme para los Estados miembros las condiciones determinantes

de la responsabilidad jurídica por los daños que pueden derivar de determinados procesos económicos relativos a la circulación y distribución de ciertos bienes.

El tema de la introducción de la citada directiva en los Estados miembros de la Comunidad ha sido motivo de un coloquio realizado el 6 y 7 de noviembre de 1986 en la Universidad de París I (*Pantheon Sorbonne*) bajo la dirección del Profesor Jacques Ghestin (*Biblioteque de Droit Privé*, t. CXCIII, 1987). Allí se puso de manifiesto la trascendencia de someter aquellos procesos económicos a un régimen común de responsabilidad civil por daños, estableciéndose las condiciones de la responsabilidad, las causas de exoneración y los plazos de prescripción de la acción, autorizándose igualmente en la directiva la extensión y limitación de la responsabilidad. Respecto a las condiciones de fondo es interesante consignar que según la directiva en su art. 1º, "el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto". La víctima según el art. 4º "está obligada a probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño". Esta es una responsabilidad objetiva pues el demandado no puede probar que no tuvo culpa en la elaboración del producto que causó el daño y solamente puede exonerarse demostrando que él no puso el producto en circulación, que éste no ha sido fabricado para la venta, ni con un fin de utilidad económica para el productor, o finalmente que el defecto no existía al tiempo de ser puesto el producto en circulación.

Lo expuesto muestra la estrecha relación que existe entre el derecho y la economía, permitiendo señalar que el contenido de ambas ciencias tiene su punto de convergencia, desde el ángulo de las ciencias jurídicas y de su expresión dogmática, en la teoría del patrimonio.

El patrimonio es el conjunto de bienes de una persona y su contenido, por lo tanto, está formado por aquellos derechos subjetivos que se consideran bajo la relación de un valor pecuniario o, dicho de otro modo, en una apreciación crematística o económica.

Los países que como el nuestro han recibido la tradi-

ción romana a través del Código Napoleón, tienen del patrimonio el concepto de universalidad de bienes elaborado por Aubry y Rau como emanación de la personalidad, que constituye la llamada teoría clásica del patrimonio. El patrimonio, atributo de la personalidad, aparece así como una universalidad de bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir de derechos reales, personales e intelectuales, presentes y futuros, en su aspecto activo y pasivo de modo tal que ese activo es la garantía del pasivo o sea que puede afirmarse que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Ese patrimonio tiene los caracteres de necesario, único e indivisible.

No obstante las críticas a esta teoría, fundadas en la conveniencia de formar patrimonios afectados al cumplimiento de diversos fines, ella continúa siendo la base del derecho positivo. Sin embargo, se advierte una evolución de la legislación en esta materia, la cual, conservando la unidad del patrimonio como principio, se manifiesta en un doble sentido; por una parte, la rigidez de las consecuencias del análisis tradicional de la indivisibilidad tiende a atenuarse por la personalidad moral como una técnica de transformación de los derechos subjetivos individuales. Por otra parte, la independencia de patrimonios resultante de la creación de personas morales se reconoce hoy con limitaciones importantes, derivadas de la aplicación de la teoría de la penetración o transparencia que a través del velo de la personalidad descubre y sanciona fines individuales, muchas veces contrarios al interés general³.

Bien es cierto que como señala R. Savatier, en la obra citada, las sociedades de capital al eliminar la responsabilidad personal de los socios permiten hoy día afectar parte del patrimonio a actividades económicas tal como si fuesen patrimonios separados; lo son, en efecto, pero la titularidad del patrimonio afectado corresponde a la persona jurídica como sujeto de derecho distinto de quien siendo poseedor

³ JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, Introduction Générale, 1977, p. 151, N° 203.

de la mayoría de las acciones, las controla, dirige y percibe la utilidad social.

Esta concepción del patrimonio, subjetiva, teórica y estática ha experimentado una notable transformación como consecuencia de las nuevas presiones económicas y sociales que se han ido produciendo después de la segunda guerra mundial. Podría afirmarse que esta transformación no afecta al concepto sino a la sustancia del patrimonio, a su contenido y no a su forma. El profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier, Pierre Catala ⁴, ha realizado un interesante estudio sobre la transformación del patrimonio en el derecho civil moderno. Dice que si se parte de la simple observación de las fortunas privadas se advierte que los activos han experimentado y experimentan fluctuaciones. Ello obedece a un cambio de la psicología individual a propósito del dinero y del tiempo, es decir sobre la manera de gastar y de atesorar. Cada vez más parece que el deseo de ganar es motivado por el gusto del bienestar que por la preocupación del ahorro. Pasando de lo individual a lo colectivo, es decir de la psicológico a lo sociológico, es globalmente evidente que una sociedad de consumo tiende a suplantarse a una sociedad de ahorro. Una gran cantidad de riqueza circula más rápidamente y por lo tanto el contenido económico de los patrimonios resulta así modificado.

A la concepción subjetiva, teórica y estática del patrimonio, se sucede una concepción objetiva, pragmática y dinámica de los derechos subjetivos patrimoniales ⁵. Se toma en consideración, no al sujeto como titular del patrimonio, sino al patrimonio por su contenido, objetivamente, dentro del proceso económico de creación y circulación de riqueza. En un trabajo sobre este tema, Jean Gastaud ⁶, refiriéndose a la personalidad moral y al derecho subjetivo señala también

⁴ PIERRE CATALA, *La transformation du patrimoine*, Revue trimestrielle de Droit Civil, Nº 2, p. 185, 1966.

⁵ J. BUSTAMANTE ALSINA, *La concepción dinámica del patrimonio*, "L.L.", 1977, p. 840.

⁶ JEAN GASTAUD, *Personalité morale et droit subjectif*, Bibliothèque de Droit Privé, t. CXLIX, Paris, 1977.

esta transformación de los derechos subjetivos patrimoniales mostrando cómo ellos se realizan en una perspectiva de tiempo y movimiento. El orden jurídico toma hoy menos en cuenta al sujeto de derecho que a la forma como actúa, esto es a la dinámica de su participación en el proceso económico. Esa participación se cumple a través de su patrimonio, de modo tal que los elementos del activo no se presentan como una acumulación de riqueza actualizada sino como fuerzas activas proyectadas a la producción de esa riqueza.

Es notorio que una caracterización jurídica del patrimonio está condicionada hoy a la realidad económica y social. Es decir que aunque pueda formularse una definición formal del patrimonio a modo de una construcción jurídica de tipo dogmático, lo trascendente es el contenido del patrimonio en orden a la consideración funcional de los derechos subjetivos frente a una realidad cambiante.

Considerando que la producción de riqueza tiende a satisfacer necesidades humanas, el crecimiento de éstas apunta al goce de un mayor bienestar.

Señala Pierre Catala en su trabajo mencionado, que si bien el hombre busca satisfacer en primer lugar su instinto de seguridad permanente y creciente, ese sentimiento resulta contrariado por la inseguridad monetaria que promueve el gasto en los consumos, más que el ahorro en la formación de capitales. A ello se agrega que los medios masivos de comunicación por la escritura, la imagen, y el sonido, divulgan una publicidad que incita al consumo, creando necesidades nuevas que modelan los comportamientos, inclinándolos al gasto antes que a la economía. Hoy el hombre aspira a tener asegurados recursos regulares en relación a gastos de consumo permanentes y crecientes antes que a formar un capital vulnerable por los riesgos e incertidumbres de las inversiones y la constante alteración de los valores a causa de la depreciación monetaria. En otros términos, si se acentuara esta evolución, el patrimonio, así reducido a ingresos rápidamente consumidos, se convertiría en vitalicio,

a despecho del concepto tradicional de la transmisión hereditaria.

Analizando la actual composición de los patrimonios se observa en las personas individuales que los bienes de capital se reducen al inmueble que habitan y que proporciona la seguridad del techo garantizada por la legislación que ampara al bien de familia.

Para la gran mayoría de la población, la economía doméstica se aprecia en términos de ingresos previsibles y la estabilidad de una situación en función de la permanencia de los recursos esperados. Estos recursos son en algunos casos ociosos, como las rentas o dividendos de títulos o acciones que corresponden a pequeñas inversiones, pero en su mayoría esos recursos son el producto de la actividad humana, ya sea bajo dependencia o por el trabajo autónomo en el comercio y la industria o el ejercicio de una profesión liberal.

Los bienes de producción aparecen reservados a la composición de las personas colectivas o morales que, como sujetos de derecho, las aplican a explotaciones económicas por medio de organizaciones empresarias.

Sobre este tema es interesante remarcar las transformaciones de los derechos subjetivos de acuerdo con las condiciones sociales y económicas. La concepción estática de la riqueza ha sido hoy reemplazada por una concepción dinámica que la proyecta hacia el futuro para acrecentar sus posibilidades utilitarias o pragmáticas. En el citado trabajo de Jean Pierre Gastaud, se estudian las personas morales como una técnica jurídica a través de la cual los derechos subjetivos de las personas individuales tienden a realizar su finalidad dentro del nuevo marco socio-económico.

Esta visión modernizada de la concepción del patrimonio, lo muestra en una perspectiva de tiempo y movimiento. Los patrimonios individuales exigen hoy una rápida y segura realización de los derechos para incorporar los recursos necesarios a fin de atender los gastos que requieren los consumos constantes y crecientes. Los patrimonios colectivos aplicados al fin económico de producción, circulación

y distribución de riqueza requieren también un rápido trámite para no entorpecer el ritmo acelerado de su actividad crematística.

Tal vez sea oportuno en este enfoque económico-jurídico que estamos haciendo del patrimonio, señalar la relación que existe entre el cambio y el contrato; pues ambos conceptos cubren el mismo objetivo.

A los ojos de los economistas, la circulación de los bienes se hace por el cambio; a los ojos de los juristas ella se hace por el contrato. Para éstos es un acto jurídico lo que para aquellos es un movimiento de valores. Efectivamente, el movimiento de valores resulta de un acuerdo de voluntades, o sea que el jurista se preocupa por la causa y el economista por el efecto de una misma y única operación. Ambos puntos de vista son complementarios. Así como los juristas no pueden en el derecho de los contratos dejar de tener en cuenta sus efectos económicos, tampoco los economistas pueden tener una idea completa del cambio sino en función de los contratos que lo realizan.

El contrato como acto jurídico considerado aisladamente es, en cada operación, una exteriorización del fenómeno económico de cambio. Sin embargo, para apreciar la trascendencia del conjunto de las relaciones jurídicas que genera la actividad económica es imprescindible referirse a la empresa.

La empresa se manifiesta como una nueva dimensión de la vida colectiva predominantemente económica que tiene su régimen jurídico propio, el cual requiere una dinámica particular esencialmente efectiva, inmediata y práctica. Ella constituye una necesidad impuesta por las modernas condiciones de la vida social que se desenvuelve principalmente en el plano económico de la producción y circulación de bienes así como su distribución para consumos masivos.

La originaria idea de la empresa es la de un acto aislado o sea el contrato de obra que legisla el Código Civil, donde el empresario es quién se obliga a hacer y entregar una obra por un precio. Luego la empresa fue considerada como una universalidad de bienes, concepción materialista ésta que la confunde con la noción de fondo de comercio. El concepto

moderno de empresa es aquel que la considera como una unidad económica de producción de bienes y servicios integrada por elementos físicos y humanos que concurren a ese fin. Desde luego que desde el punto de vista jurídico el sujeto de derecho titular de la empresa será siempre una persona física o moral, aunque la forma más característica es actualmente la de la sociedad y en especial la sociedad anónima, atento al volumen que va adquiriendo la empresa. Considerada como un complejo económico, la empresa podrá ser próspera o no, tendrá o no gran desarrollo, pero se desenvuelve necesariamente en el marco de una realidad jurídica que domina toda su existencia. Es así que desde que ella nace, si adquiere la forma de una sociedad, tendrá que someterse a las formas técnicas que el derecho prevé y que sean más conformes con su actividad. En el curso de la vida de la empresa se producirán numerosos actos jurídicos que asegurarán su funcionamiento, tales como contratos de trabajo individuales, convenciones laborales colectivas, contratos de instalación y equipamiento, así como de locación y compra de inmuebles, adquisición de maquinarias, instalaciones y muebles en general, provisión de materias primas, obtención de créditos, constitución de garantías, contratación de seguros, ventas de mercaderías y de bienes elaborados en su actividad industrial, los contratos y actos en general relativos a las representaciones, concesiones, publicidad, patentes, marcas, etc., tratamiento impositivo de sus negocios y una gama infinita de operaciones accesorias del comercio y de la industria jurídicamente reguladas.

El panorama de la actividad económica que acabamos de describir nos exhibe una concepción dinámica del patrimonio que, en la realización de los derechos subjetivos que lo forman, no puede dejar de seguir el ritmo de los procesos económicos a los que se aplican para el mejor aprovechamiento o utilidad de los bienes aptos para la satisfacción de las necesidades humanas.

Los derechos personales y reales han tenido a través de la reforma del Código Civil realizada en 1968, una adecuada modernización y adaptación a las exigencias de la vida ac-

tual conforme al impulso creciente y acelerado de aquella realidad económica que hemos descripto.

Considerada la obligación en la moderna proyección socioeconómica, su trámite no admite dilaciones. El vínculo se forma para extinguirse y no para perpetuarse. El crédito comporta una expectativa de transferencia de valores que debe producirse con el dinamismo de la actividad económica. El sistema de la mora automática incorporado por la reforma al Código Civil en el nuevo art. 509 es acorde con la dinámica de las relaciones modernas que impone la necesidad de que las relaciones jurídicas de orden patrimonial tengan un rápido trámite para que el acreedor reciba puntualmente los bienes y servicios prometidos, sin los procedimientos superfluos, complicados y onerosos que exige la interpelación para poder a su vez atender, con igual regularidad, las obligaciones que él ha contraído en el giro de su actividad. La mora automática impone por la fuerza del sistema, la conciencia de que las deudas deben pagarse cuando llega el momento de hacerlo, es decir a su vencimiento, contribuyendo a sanear las relaciones jurídicas obligacionales de la perniciosa costumbre de dejar las cosas para mañana, debilitando la confianza recíproca y estimulando la desidia y la mala fe.

Otra importante reforma introducida por la ley 17.711 es la incorporación al Código Civil, en el art. 1204, del pacto comisorio tácito o legal, estableciéndose en los contratos con prestaciones recíprocas, la facultad implícita de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.

En el régimen del Código Civil el principio legal establecido era que en el caso de no existir convención expresa que autorizara a una de las partes a resolver el contrato, ante el no cumplimiento de las obligaciones estipuladas, el cumplidor sólo tenía la facultad de demandar al que estaba en falta por el cumplimiento debido.

Este criterio tomado del Derecho Romano era anacrónico y antifuncional. La agilidad de los negocios, la fluidez del tráfico comercial exigen hoy día un procedimiento rá-

pido y expedito para terminar las relaciones contractuales que se tienen con un mal pagador, de allí que la solución que mejor se compadece con la concepción dinámica del patrimonio es la adoptada por la reforma de 1968.

El derecho moderno no se satisface hoy solamente con el dinamismo de la gestión patrimonial, sino que pretende que se preserven las relaciones económicas en el plano de lo equitativo y justo.

La justicia conmutativa que se propone que cada uno reciba un valor equivalente al que da en toda relación bilateral, comienza por establecer la ecuación económica igualitaria en el origen del contrato como una apreciación objetiva de la relación de cambio. Cuando esta relación se altera en su origen o en su ulterior desenvolvimiento, ese elemento objetivo se conjuga con una valoración ética de la conducta del beneficiado para destruir el vínculo que atente así contra la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Adviértese así cómo el derecho descalifica un vínculo jurídico económicamente desigual que conlleva el vicio de un comportamiento individual contrario a la moral y la justicia.

Si bien la Magistratura de nuestro país mediante una jurisprudencia plástica y funcional, había ya hecho aplicación de aquellos principios contenidos en la sabia norma moralizadora del art. 953 del Código de Vélez Sarsfield, sobre el objeto de los actos jurídicos, la reforma de 1968 introdujo en el art. 954 la lesión subjetiva para anular o modificar los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Igual fundamento trae la norma agregada al art. 656 al atribuir a los jueces la facultad de reducir las cláusulas penales, cuando su monto es desproporcionado en relación al valor de las prestaciones y configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. En el mismo marco de la economía y del derecho se introduce en el art. 1198 la teoría de la imprevisión para resolver los contratos o equilibrar sus efectos cuando por acontecimientos extraordinarios o imprevi-

sibles la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa.

Si los derechos personales o creditorios satisfacen el interés del acreedor cuando se extinguen por su cumplimiento, esto es por el pago de la prestación que constituye el objeto de la obligación, los derechos reales, por el contrario, se disfrutan desde que se constituyen, mediante el ejercicio de las facultades que comportan de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos. Si los derechos personales deben tener rápido trámite para alcanzar la solución del pago, los derechos reales, por el contrario, requieren para su goce la constitución y consolidación inmediata.

En materia de negocios inmobiliarios, la reforma ha favorecido la constitución del dominio sobre inmuebles amparando al adquirente con boleto de compra-venta. Por una parte el art. 1185 bis ha dado seguridad a los adquirentes de buena fe haciendo oponible el boleto al concurso o quiebra del vendedor, sustrayendo el bien vendido de la masa del concurso para perfeccionar el derecho del adquirente mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura. Por otra parte, el 2355 considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante el boleto de compra-venta, lo cual significa atribuir al adquirente en esas condiciones las defensas posesorias que organiza el Código Civil mediante el ejercicio de las pertinentes acciones. Estas defensas de la posesión extendidas también a las cosas muebles y aun a la simple tenencia, aseguran los derechos de los titulares sobre esos bienes creando un régimen de estabilidad y certidumbre en las relaciones económicas que lo tienen por objeto en la producción y el cambio. Al mismo resultado contribuye la adquisición del dominio por prescripción a favor de quien ha poseído con buena fe durante tres años una cosa mueble robada o perdida. El acortamiento de los plazos de la prescripción adquisitiva tiende también a favorecer la actividad económica mediante el saneamiento de los títulos, que se consolidan de esta manera en más breve término que el establecido en el Código Civil.

Esta breve revista de los derechos patrimoniales actualizados por la Reforma del Código Civil del año 1968 muestra sobradamente la estrecha relación que existe entre el derecho y la economía, pues en el ámbito del patrimonio es donde aquellos derechos subjetivos apreciados pecuniariamente se modelan en función de la realidad económica y ésta a su vez se disciplina y ordena dentro de una normativa jurídica que tiende a realizar la justicia conmutativa mediante la formación de las relaciones de cambio con el justo equilibrio que significa la igualdad entre las partes.

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Trabajo presentado por el académico Dr. Julio H. G. Olivera¹, en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988

¹ Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular de Teoría Económica, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

Introducción

Propósito de esta nota es considerar, desde el punto de vista específicamente económico, las normas de la Constitución relativas a la integración económica del país. Dichas normas han sido comentadas extensamente desde el ángulo propio del derecho constitucional. Las obras clásicas de Joaquín V. González, Juan A. González Calderón y Segundo V. Linares Quintana, así como otros tratados más recientes, contienen autorizadas explicaciones sobre el tema. Nos proponemos examinar aquí el mismo asunto a la luz de las categorías y principios del análisis económico.

Contemplado con esta óptica, es evidente que según las normas constitucionales el país entero representa un sistema integrado de economía nacional, un mercado único y común para todos sus habitantes, en el que los productos y bienes de capital pueden moverse libremente. Este modelo de integración económica incluye tres elementos principales: a) integración normativa; b) integración monetaria; c) integración fiscal. Trataremos de ellos en el orden indicado.

Integración normativa

Conforme a las disposiciones constitucionales, el régimen legal de las actividades económicas es idéntico en todo el territorio de la República. El marco jurídico uniforme resulta en particular del artículo 67 inciso 11, que encomienda al Congreso de la Nación dictar los códigos civil, comercial, pe-

nal y de minería así como el código del trabajo y de la seguridad social. El inciso 12 del artículo 67 autoriza al Congreso para dictar además leyes especiales sobre comercio exterior e interprovincial, mientras que el artículo 108 prohíbe a las provincias sancionar leyes de cualquier naturaleza sobre comercio.

La noción de comercio envuelve en realidad el conjunto de la actividad económica, pues en la organización económica moderna, basada sobre la división del trabajo y el intercambio, las operaciones económicas están siempre asociadas con operaciones mercantiles. No sólo es comercial el tráfico de mercancías sino la producción para el mercado, y no sólo son comerciales los negocios que tienen por objeto productos o bienes de producción sino también los que recaen sobre activos financieros. Este concepto amplio de comercio, prevaliente en el análisis económico, es asimismo el adoptado por la legislación mercantil (Código de Comercio, artículo 8).

Al tenor de la Constitución, y sin otras excepciones que el comercio exterior y el interprovincial, la legislación sobre comercio debe instrumentarse por medio de un código sistemático. Se asegura así la relativa estabilidad en el tiempo que es inherente a la forma codificada. Las actividades económicas están sujetas a la incertidumbre del mercado y al riesgo del cambio tecnológico. Cuanto mayor la estabilidad de las "reglas del juego", tanto menor el grado en que los agentes económicos quedan expuestos a una tercera fuente de inseguridad, más perjudicial a veces que las otras, derivada de alteraciones normativas bruscas e impredecibles.

Integración monetaria

Para la Constitución argentina todo el país representa un área monetaria única. El inciso 10 del artículo 67 atribuye al Congreso de la Nación la potestad de "hacer sellar moneda" y el inciso 5 de la misma norma lo autoriza para establecer un banco nacional "con facultad para emitir billetes". El artículo 108 priva a las provincias de la facultad de

emitir instrumentos monetarios. Por consiguiente, en todo el territorio de la República el poder cancelatorio o curso legal del dinero se rige de manera exclusiva por regulaciones de carácter federal.

La completa integración monetaria prescrita por la Constitución no obsta a que la administración monetaria pueda descentralizarse geográficamente. El propio artículo 67 prevé de modo explícito que el banco de emisión tenga sucursales en las provincias. La existencia de sucursales configura una forma primaria de descentralización territorial. En Francia, Australia y otros países con sistemas desarrollados de banca central, las sucursales del banco de emisión en el interior de los respectivos territorios sirven de nexos entre la autoridad monetaria central y las comunidades financieras locales. Aun la descentralización administrativa y hasta la descentralización patrimonial de la banca de emisión son de suyo compatibles con la integración monetaria.

El artículo 67, inciso 10, expresa además que es atribución del Congreso fijar el valor de las monedas extranjeras, o sea el tipo de cambio de la unidad monetaria nacional. Como en el caso de la integración normativa, encontramos aquí combinados el propósito de estabilidad y el esquema de integración: el medio circulante, único para todo el país, debe permanecer vinculado mediante una relación previsible a la economía monetaria del resto del mundo. Esto implica un tipo de cambio fijo respecto a alguna otra moneda o a una "canasta" de monedas, y excluye así el régimen de tipos de cambio fluctuantes, con intervención de la banca central (*dirty float*) o sin ella (*clean float*).

Integración fiscal

Con arreglo a la Constitución, el territorio de la República es una zona de libre comercio. Particular importancia tiene en este sentido el artículo 10, según el cual la circulación de mercancías está exenta de gravámenes en todo el territorio. El concepto de circulación, procedente de la

economía clásica, comprende la totalidad de las operaciones de mercado. Los artículos 11 y 12 completan el sistema, declarando libre de tributos el tránsito de productos y factores de producción en el interior del país.

Por virtud de estas normas, la exención impositiva incluye tanto la transferencia patrimonial (artículo 10) como la traslación física de los bienes (artículos 11 y 12). Únicamente el comercio exterior puede ser gravado. La facultad de imponer contribuciones al tráfico con otros países está reservada al Congreso federal (artículos 9 y 108). Sólo existen, por lo tanto, aduanas externas y éstas son necesariamente aduanas nacionales.

El mismo principio integrador se manifiesta en otra dirección significativa: la uniformidad territorial de los tributos. Esta característica se expresa respecto de los impuestos aduaneros en el artículo 67, inciso 1, según el cual los derechos de importación y los aforos correspondientes deben ser uniformes en toda la Nación. Una regla análoga se formula en el inciso 2 para las contribuciones directas, que deben ser "proporcionalmente iguales" en todo el país.

Conclusiones

La Constitución argentina establece un completo sistema de integración económica nacional, que puede sintetizarse así:

El comercio del país está sujeto a una regulación jurídica homogénea y se conduce mediante un único instrumento monetario vinculado de manera estable a las monedas de otros países. El tráfico interior está libre de gravámenes fiscales. Los tributos sobre el intercambio externo y los demás impuestos de carácter federal son uniformes en todo el territorio.

El contraste de este enunciado con la situación real es llamativo. Ninguna de sus cláusulas se aplica de hecho, ni aun aproximadamente. Como en otros aspectos de nuestra

ley fundamental, queda un largo camino por recorrer para la efectiva vigencia del modelo constitucional de integración económica.

Post scriptum

Un término clave en el régimen de integración económica establecido por la Constitución argentina es el de "circulación" que aparece en el artículo 10. El concepto económico de circulación fue introducido en la economía política durante la primera mitad del siglo pasado por las escuelas francesa e italiana. Las dos transcripciones siguientes revisten interés por sí mismas y por ser coetáneas de la Constitución:

"Tomado en su sentido más general, el término *circulación* abarca todos los fenómenos económicos relativos al movimiento de la riqueza cuando es transmitida de una persona a otra, sea que pase de las manos de un productor a las de otro productor, sea que pase de las manos del último productor a las del consumidor. En un sentido más limitado y más especial, la palabra *circulación* se aplica particularmente al movimiento del dinero y de los signos representativos de éste considerados como instrumento de intercambio" (Bertet Dupiney, en el *Dictionnaire universel théorique et pratique du commerce et de la navigation*, París, 1859, volumen primero, página 682).

"Puede haber circulación sin que haya movimiento material de objeto alguno, y puede darse traslación de un objeto sin que vaya acompañada por circulación" (Gerolamo Boccardo, *Dizionario della economia politica e del commercio*, Turín, 1857, volumen primero, página 520).

La distinción entre la circulación de los bienes y su desplazamiento físico, entre tráfico y tránsito, es indispensable para la interpretación diferencial de los artículos 10 y 11 de la Constitución, como hemos visto al tratar de los preceptos constitucionales sobre integración tributaria.

*Intervenciones del académico Dr. Federico Videla Escalada
en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires,
celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988*

*Intervención del académico Dr. Federico Videla Escalada,
en la sesión del 10 de noviembre de 1988*

Señor Presidente:

Distinguidos colegas:

Les pido que disculpen si estas palabras son demasiado deshilvanadas, ya que hablo aun bajo el terrible impacto que ha significado para mí la noticia del deceso del Dr. Ferrera, jurista y valor humano de alta jerarquía, por quien sentía profunda admiración y cordial afecto.

Se ha resuelto que esta reunión continúe, precisamente, en homenaje a su memoria y, con esa intención, intervengo para formular algunos breves comentarios referidos a puntos tratados por el Dr. Mosset Iturraspe en su brillante exposición.

Dada la vieja amistad que nos une, comienzo por decir que lo escuché con verdadera satisfacción. Recuerdo aun cuando, muy joven, hacía sus primeras armas en el terreno de las reuniones científicas en las Jornadas Rioplatenses en honor de Héctor Lafaille y Eduardo Couture, dos grandes maestros del Derecho.

El tiempo ha pasado y Jorge Mosset Iturraspe nos ha demostrado, una vez más, cuanto lo aprovechó para desarrollar y ampliar sus conocimientos y profundizar su criterio jurídico. Lo felicito de todo corazón.

Y ahora expongo mis breves reflexiones.

En primer término, he de referirme a la limitación cuantitativa en los casos de responsabilidad civil fundada en un factor objetivo de atribución de obligaciones resarcitorias.

Al respecto, estoy de acuerdo en que, básicamente, debe aplicarse el principio de la reparación integral de los daños, pero no creo que sea injustificado apartarse de él en algunos supuestos.

El fundamento de esta afirmación lo expuse en una ponencia que presenté a las VII Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires en 1979 y sólo habré de comentarlo sucintamente.

Con ese fin, creo oportuno recordar que el Derecho no sólo está informado por la Justicia, sino también por otra virtud cardinal muy valiosa, la Prudencia, y creo que ello provee una base sólida para admitir la vigencia de la responsabilidad cuantitativamente limitada.

En efecto, ésta permite el funcionamiento eficaz del seguro y garantiza, así, que la víctima del daño cuente con una indemnización razonable, aunque en ciertas ocasiones no sea integral.

Sin extenderme en el argumento, sólo he de invitar a reflexionar sobre las consecuencias que un hecho de características de extrema gravedad puede tener para los damnificados si no hay un sistema de garantía que lo cubra y las consecuencias económicas del hecho superan la capacidad patrimonial del responsable.

Es posible que éste quede sujeto a un proceso de liquidación forzosa de sus bienes y que aquellos nada perciban en concepto de reparación de sus perjuicios o que éstos sólo les sean cubiertos en una proporción exigua.

Creo que este razonamiento es válido y merece ser tenido en consideración, pero quiero agregar que también la Justicia provee un fundamento valedero al sistema.

Para apreciarlo, basta ponderar que el responsable puede haber obrado sin culpa de ninguna especie, que su conducta no es reprochable y, en tales condiciones, creo justificado

que no responda en la misma medida en que lo hace quien provocó un daño por su dolo o por su culpa o negligencia.

Estimo que en todo supuesto de responsabilidad hay dos sujetos involucrados: el damnificado y el responsable. Por eso, puede hablarse de teoría de la responsabilidad civil o teoría del resarcimiento, según a cual de ellas se apunte la atención.

No deseo extenderme y simplemente dejo planteadas estas breves consideraciones como materia de reflexión respecto a que también en la opción por una indemnización cuantitativamente limitada en los casos de responsabilidad objetiva, cabe aducir fundadamente razones de Justicia.

Y para finalizar, expondré unas pocas consideraciones sobre el valor socioeconómico del principio de la fuerza obligatoria de los contratos.

Es evidente que ese principio no es absoluto y que, en determinados períodos de la historia del Derecho, fue interpretado con amplitud excesiva.

Pero, actualmente parece, muchas veces, que se lo considera dotado de un fundamento exclusivamente individualista y hasta egoísta y creo que esta interpretación no es exacta.

En realidad, si los contratos carecieran de fuerza obligatoria, si se los pudiera revisar por cualquier cambio de circunstancias, aun las que no sean extraordinarias e imprevisibles, como las requeridas para la aplicación de la teoría de la imprevisión, cabe afirmar que habrían perdido toda utilidad y que las consecuencias desde el punto de vista de la vida en sociedad serían gravísimas.

Si se quita vigencia al principio de la fuerza obligatoria, no hay modo de hacer funcionar una relación de tipo económico con proyección en el tiempo ni pueden hacerse previsiones imprescindibles.

No cabe pensar en la realización de contratos vinculados con la realización de una actividad que ha de prolongarse, si el encadenamiento de las relaciones contractuales establecidas por las partes pudiere interrumpirse porque al-

guno de los protagonistas estimare que han cambiado en alguna medida las circunstancias que lo llevaron a perfeccionar el acuerdo de voluntades, efectuado concientemente.

Más aún, desde el punto de vista exclusivamente social, cabe afirmar, sin duda alguna, que esto no se soluciona mediante una sentencia que, tras el tiempo necesario para la substanciación del pertinente proceso, rechazare la pretensión de quien requirió la revisión del contrato y lo condenare a reparar los perjuicios causados por su conducta antijurídica.

Es posible que el otro contratante pueda ser indemnizado de los daños sufridos, pero es evidente que el bien común resultará perjudicado por el incumplimiento de los contratos y las consecuencias negativas de no haberse realizado los hechos que, si se hubieran concretado normalmente, habrían representado un factor de progreso para el cuerpo social.

En síntesis, considero que el principio de la fuerza obligatoria de los contratos no importa sólo en relación con los legítimos intereses de los sujetos del acto, sino que también posee un incontestable valor socio-económico, fundado en sólidas razones de bien común.

Muchas gracias, Señor Presidente y Señores Académicos, por su paciencia y su comprensión.

*Intervención del académico Dr. Federico Videla Escalada,
en la sesión del 12 de noviembre de 1988*

Deseo que mis primeras palabras sean de franca felicitación al Dr. Palmero, que nos ha regalado un magnífico relato, tan ameno como interesante y profundo.

Además, ha actuado con un grado de generosidad tan alto que me ha determinado, a pesar de no haber tenido la intención previa de intervenir en el tratamiento del tema de hoy, a hacer uso de la palabra.

Dijo el Dr. Palmero que solicitaba que se formularan todo tipo de comentarios que pudieren servir para agregar nuevos elementos en el tratamiento de la cuestión relativa a las uniones de empresas y, debido a esa invitación, me animo a exponer algunas experiencias realizadas en el ámbito de una disciplina jurídica muy modesta, el Derecho Aeronáutico.

Creo que en el campo de esta materia, el tema de la colaboración interempresaria ocupa un lugar de preeminente interés. Más aun, parece llegado el momento en que se hace necesario impulsar firmemente su desarrollo, como modo de satisfacer exigencias urgentes de la sociedad contemporánea.

La importancia del tema se ha agudizado últimamente a raíz de circunstancias que se han presentado de diverso modo y con consecuencias también diferentes en ámbitos geográficos y situaciones jurídicas dispares.

Es sabido que, aproximadamente diez años atrás, los Estados Unidos sancionaron una ley que dispuso la desregulación del transporte aéreo en el territorio bajo su jurisdicción y que la Comunidad Económica Europea ha desarrollado una intensa labor, como consecuencia de la cual el 1º de enero de 1993 se operará la liberalización del transporte aéreo en los países que la integran.

Estos dos acontecimientos han provocado una intensificación del proceso de colaboración interempresaria, proceso en el que se advierte la elaboración de soluciones jurídicas orientadas conforme a los criterios vigentes en los ordenamientos legales de tipo continental y anglosajón, tal como señaló el Dr. Palmero que ocurre en el orden general en el Derecho Comparado.

He usado concientemente el vocablo "intensificación", ya que en el ámbito del Derecho Aeronáutico, la colaboración interempresaria ha tenido manifestaciones muy diversas desde el comienzo mismo de la historia de la disciplina, manifestaciones que no comentaré sino que me reduciré a mencionar.

Más aun, en un libro especializado sobre el tema, el Profesor español Enrique Mapelli ha recordado que con gran generosidad las líneas aéreas se han prestado una amplia colaboración, que abarca una variada nómina de modos de hacerla efectiva y que llegan hasta la constitución de verdaderos entes internacionales.

Las fórmulas de colaboración tienen como instrumento al contrato y como finalidad la racionalización de la explotación de la actividad empresarial.

El paso más sencillo está representado por los contratos de "handling" o asistencia en tierra, que permiten el mejor aprovechamiento del personal y los elementos existentes en los aeropuertos y en niveles algo más complejos se sitúan los contratos de utilización de aeronaves, que inciden favorablemente en el empleo más racional de las máquinas que integran las flotas aéreas de las empresas que los celebran o los "pools", que consisten en la distribución entre ellas

de los ingresos obtenidos por dos o más líneas aéreas que operan en una misma ruta.

El medio más avanzado está representado por los consorcios o las sociedades plurinacionales, de los cuales existen ejemplos de gran relevancia, y que fueron previstos, con admirable sentido de anticipación en los artículos 77 a 79 del Convenio de Chicago de 1944.

Entre los primeros, cabe recordar a S.A.S., integrado por tres empresas escandinavas, una sueca, una noruega y una danesa, que últimamente ha adquirido gran notoriedad en nuestro país debido a su posible asociación con Aerolíneas Argentinas.

Los lineamientos del consorcio S.A.S. muestran rasgos de indefinición tales como, de acuerdo con lo expuesto por el Dr. Palmero, es común encontrar en las disposiciones del derecho norteamericano, proclive a las soluciones pragmáticas y con miras diferentes de las clásicas en la regulación de los aspectos institucionales.

Inclusive, en una primera etapa, se hizo mucho hincapié en que no se dotaba de personalidad jurídica al ente, posición con la que no concuerdo, ya que es cierto que las aeronaves continúan siendo de propiedad de las empresas asociadas y matriculadas en sus respectivos Estados, pero ceden al consorcio la calidad de explotador y los consiguientes derechos que corresponden a aquél.

Hay, por otra parte, una organización administrativa con un Consejo integrado por representantes de las líneas aéreas integrantes de la entidad, donde la línea aérea sueca cuenta con un mayor número de representantes, pero en una proporción tal que la suma de las otras dos constituye mayoría frente a ella.

En comparación con esta organización cabe recordar la interesante experiencia de Air Afrique, que refleja el modo de obrar del derecho europeo continental.

Se trata de una sociedad anónima de estructura clásica, con todos los elementos y órganos propios de ese tipo societario, integrado por los Estados que formaban parte del anti-

guo Imperio Francés y se mantuvieron siempre en buenas relaciones con su ex metrópoli y por una sociedad francesa que tomó a su cargo la prestación de asistencia técnica.

La sociedad fue creada en el Tratado de Yaoundé de 1961, donde también se creó un Comité de los Ministros de Transporte de los Estados firmantes.

En los estatutos, se declara que la sociedad tiene la nacionalidad de todos los Estados que la componen, e inclusive se preveía que sus aeronaves tendrían igual nacionalidad múltiple, pero esto no se adapta a las disposiciones del Convenio de Chicago y ha debido ser dejado de lado, al menos transitoriamente.

A estos instrumentos de colaboración, que abarcan, como puede apreciarse, un variado panorama, se han agregado en los últimos tiempos algunos otros.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, se han multiplicado las empresas en el ámbito del transporte interno y algunas líneas aéreas menores han sido adquiridas por otras de mayor poder económico.

En Europa, al mismo tiempo, se observa un creciente proceso de asociación entre los transportistas de la región y también con otros, como el recordado caso de la posible participación en Aerolíneas Argentinas de S.A.S. y, conforme a informaciones recientes, de otros transportistas aéreos —se habla de Alitalia— que tendrían interés en asociarse con la nombrada empresa nacional.

Poco tiempo atrás en una Conferencia Latinoamericana sobre transporte aéreo, en la que participaron importantes estudiosos europeos y americanos, se trató el tema e, inclusive, el Director del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Universidad de Leyden, Países Bajos, manifestó que, en su opinión, el futuro sería de los “megacarriers”, lo cual obligará a intensificar aun más el análisis de las uniones de empresas.

A estas manifestaciones de la colaboración interempresaria en el ámbito específico del transporte aéreo, cabe agregar

otras que han aparecido últimamente y que también plantean requerimientos en el mismo sentido.

Tal es el caso de los sistemas de reservas computarizadas. Por ejemplo, en las Jornadas del Centro de Estudios del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, celebradas en Madrid en febrero del corriente año, se trató de los sistemas europeos, el Amadeus y el Galileo, constituídos, ambos, por líneas aéreas de diferente nacionalidad, con la finalidad de aprovechar el avance técnico para un mejor funcionamiento y un más eficaz resultado comercial derivado del progreso en este importante sector de la actividad aerocomercial.

También se desarrolló una interesante exposición sobre la colaboración de empresas de cuatro nacionalidades, una española, una francesa, una alemana y una británica, cada una de las cuales tiene a su cargo la fabricación de ciertas partes del Airbus, aeronave altamente competitiva, inclusive con las más modernas de la producción americana.

En suma, la colaboración interempresaria ha encontrado un campo muy propicio en el Derecho Aeronáutico, especialmente en materia de transporte aéreo y exige a los estudiosos un análisis profundo de los aspectos jurídicos de las uniones de empresas, a las que tan brillantemente se refirió el Dr. Palmero.

Muchas gracias, Señor Presidente y queridos colegas por haberme permitido desarrollar esta modesta exposición en respuesta a la amable sugerencia del orador.

ECONOMÍA Y DERECHO PENAL

Trabajo presentado por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía, en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988

La misión fundamental del Derecho Penal es otorgar protección eficaz, mediante la amenaza de una pena adecuada, y en su caso mediante su aplicación si fracasa la prevención general, a determinados bienes que, en razón de la intervención de una rama del derecho, reciben la denominación de bienes jurídicos. Incumbe en el ámbito legislativo hacerse cargo de tal misión básicamente al Código Penal, pues así lo dispone el artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional, pero la forma muchas veces acelerada en que ocurren algunos cambios sociales obliga a los legisladores a recurrir a la sanción de leyes complementarias.

Una larga tradición impone a los Códigos Penales agrupar los hechos susceptibles de dañar o poner en peligro a los bienes jurídicos dignos de protección, mediante su designación específica. Y así lo hace el Código Penal argentino, el cual, si bien no tiene en cuenta al efecto a la economía de modo especial y directo, le dispensa indirectamente la debida protección, tanto en caso de un interés privado como en caso de un interés público.

Si se trata del primero, es la propiedad individual la que es protegida mediante la aplicación de la pena a los delitos de hurto, robo, estafa, defraudación, usura, quiebra fraudulenta y culpable, usurpación y daño.

Si se trata del segundo, reciben idéntica protección la libertad de trabajo al reprimir la concurrencia desleal, la administración pública al ser sancionada la malversación de caudales públicos, la fe pública al imponerse pena a varias

especies de falsedades y el comercio y la industria al ser reprimidos determinados fraudes, capítulo este último del Código Penal que al mencionar al comercio y a la industria significa que también protege, aunque indirectamente, a la economía pública, cuyas características y paulatino crecimiento han producido cambios significativos.

En ese aspecto cabe señalar, en primer término, que la protección de esa economía pública se ha venido operando mediante la promulgación de leyes complementarias del Código Penal, ya que éste sólo se hace cargo de los delitos de agiotaje, ofrecimiento fraudulento de fondos públicos o acciones de alguna persona ideal, balance falso y violación de estatutos por parte de funcionarios de alguna sociedad anónima o persona colectiva, erróneamente incluidos entre los delitos contra la fe pública porque, como lo estimó con razón nuestro ilustre académico Sebastián Soler, esos delitos nada tienen que ver con la verdad que emana, en principio, de los instrumentos públicos, sino que afectan como bienes jurídicos, según Soler, "la confianza, honestidad y buena fe en los negocios y las relaciones comerciales".

De dichas leyes complementarias cabe citar, sin agotar su número y omitiendo las anteriores a la sanción del Código Penal vigente, la 11.275 de identificación de mercaderías, la 16.478 que ratificó el decreto-ley 6673/63 sobre dibujos y modelos artesanales, la 19.359 sobre régimen penal cambiario, la 20.680 sobre abastecimiento, la 22.262 de defensa de la competencia, la 22.362 sobre marcas y designaciones, la 22.415 de represión del contrabando, la 22.802 sobre lealtad comercial y la 20.840 de seguridad nacional y penalidades para actividades subversivas, que cito en último término porque ha adquirido cierta preeminencia en su aplicación y que prevé lo que da en llamarse por parte de cierta doctrina y por algunas decisiones judiciales "subversión económica", alegándose para ello que determinados hechos en perjuicio de un "establecimiento o explotación" privados deben ser severamente reprimidos "si el hecho causare perjuicio a la economía nacional", ley ésta que, se-

gún Daniel Carrera, fue tratada por el Congreso "en forma apresurada y errónea" y "se ha sumado al caos que en nuestro orden jurídico hay en materia de subversión" (*Subversión económica y financiera*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1981, pág. 66).

Es ese el estado actual en punto a leyes complementarias de contenido penal en defensa de la economía pública, pero puede ampliarse en el futuro. Como lo señala Jorge de la Rúa, "como formas recientes de delitos económicos se han considerado los perjuicios ocasionados por el manejo irregular de computadoras, denominados generalmente 'delitos de la informática'" y agrega que "no han faltado por último posiciones que en el estudio de las formas delictivas económicas consideren los daños ecológicos como comprendidos en la materia" (*Los delitos económicos*, en "Doctrina Penal", año 3, N° 9, p. 11 y ss.). Respecto de los primeros, ellos obedecen actualmente al empleo cada vez más frecuente de las máquinas computadoras depositarias de información, lo que da ocasión a maniobras por parte de terceros tendientes a la ilícita obtención de tal información reservada por el dueño del correspondiente secreto, habiendo creado dichas maniobras la alternativa de considerarlas como un hurto o como una estafa, aunque ellas no recaen sobre ninguna persona sino sobre la misma máquina, que no es el sujeto pasivo del apoderamiento ni del ardid, por lo cual se piensa en la posibilidad o necesidad de crear una nueva figura de delito.

A lo expuesto cabe agregar que simultáneamente con esos nuevos delitos económicos ha surgido un nuevo delincuente económico designado, según la feliz expresión ideada por Sutherland, como delincuente de "cuello blanco". De ellos dijo Bielsa con referencia al delincuente financiero "que en general es individuo inteligente, avezado en los negocios y en las artimañas para eludir sanciones" (*Lineamientos de derecho penal fiscal*, en revista "La Ley", t. 28, p. 927 y ss.), conceptos con los cuales, aunque sin aludir concretamente al delincuente de esa especie sino a la delincuencia

de igual signo, pudo haber coincidido la Corte Suprema al decir en el caso del "Aserradero Clipper" que "este tipo de delincuencia económica, de difícil prevención y castigo, no sólo lesiona el patrimonio nacional, sino que también su influjo corruptor puede penetrar en las esferas de la administración pública" ("Fallos", t. 249, p. 221 y s.).

La situación descripta ha dado lugar lógicamente a la aparición de una nueva rama jurídica, el derecho penal económico, el cual, según Marc Ancel, "no es otra cosa en el fondo que el aspecto penal del dirigismo o planeamiento económico que, destaquémoslo bien, no es exclusivo de los países de estructura socialista", sumándose esa nueva rama jurídica a otras desprendidas de un tronco común, como, a título de ejemplo, el derecho administrativo, el derecho laboral, el derecho aeronáutico. Es claro que el derecho penal económico no ha adquirido una plena autonomía, pues sigue los principios básicos del derecho penal común, algunos de los cuales reconocen fundamento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, como los relativos al debido proceso, a la defensa en juicio y a la existencia necesaria de una ley previa, pero ha debido innovar en materia de sanciones al prever las que se pueden imponer a las personas jurídicas ajustadas naturalmente a su peculiar personalidad.

El aumento de leyes de contenido económico con sanciones de índole penal, por un lado, y por otro la presencia cada vez mayor como rama jurídica del derecho penal económico, tuvieron evidentemente influencia en el ámbito de los tribunales de justicia. En 1959, por obra de la ley 14.831, fueron reemplazados los antiguos jueces en los casos de agio y especulación por jueces en lo penal económico, que integraron entonces el nuevo fuero nacional en lo penal económico dividido en tribunales de primera y segunda instancia. La competencia de este nuevo fuero, incluido entre los tribunales previstos por el decreto-ley 1285/58, excedió la primitiva de los jueces de agio y especulación, y no sólo abarca las infracciones previstas en las leyes especiales mencionadas más arriba, sino también delitos previstos en el Có-

digo Penal, como los fraudes al comercio y a la industria y el libramiento de cheques sin provisión de fondos.

Pero ese fuero en lo penal económico no interviene siempre con exclusividad en la investigación y juzgamiento de los hechos ilícitos que caen bajo su competencia. En algunos casos son organismos de la órbita del Poder Ejecutivo los que tienen a su cargo esas importantes facultades en primera instancia, aunque sus decisiones pueden ser llevadas a conocimiento de los tribunales judiciales por la vía del recurso de apelación. Así sucede, por ejemplo, para citar los casos más graves, con la Administración Nacional de Aduanas respecto de algunas hipótesis de contrabando, con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en caso de monopolio y con el Banco Central de la República Argentina en supuestos de infracciones al régimen penal cambiario.

Nuevos delitos, nuevos delincuentes, nuevas sanciones, nueva rama jurídica, competencia sucesiva del poder administrador y de tribunales judiciales. He aquí el cuadro actual, a cuyo respecto no parece justificarse a primera vista ninguna objeción. Pero, si se profundiza el análisis, se advierte que si se extrema el dirigismo a que aludió Marc Ancel, al punto de otorgarse al poder administrador facultades excesivas, pueden resultar afectadas las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio.

A tal respecto cabría citar, a título de ejemplo, el caso en que una dependencia administrativa es afectada en su patrimonio y al mismo tiempo es juez de la infracción, pues no se está así en presencia de un juez imparcial, y el caso en que se considere que el hecho constituye simultáneamente una infracción administrativa y un delito penal, pues así se está en presencia de una violación al principio *non bis in idem*.

Y, desde otro punto de vista, también podría ser motivo de debate una excesiva penalización de la actividad económica, cuando sería mejor profundizar la prevención general y hacer más eficaz la actuación de los cuerpos de inspectores con que cuentan, por ejemplo, la Dirección Ge-

neral Impositiva, el Banco Central de la República Argentina y otros organismos estatales.

En ese sentido, Klaus Tiedemann, penalista alemán, considera que una reforma necesaria “debería adoptar la dirección de la desincriminación en el ámbito de los delitos económicos” y “al mismo tiempo crear nuevas disposiciones legales concentradas en pocas y verdaderamente graves infracciones” (“Doctrina Penal”, año 1, N^o O). Y Francesco Galgano, civilista italiano, en un artículo publicado en 1982 en la “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones” titulado *Criminalidad económica: el punto de vista del civilista*, piensa que la lucha contra la criminalidad económica no está tanto a cargo del derecho penal como en la legislación civil que es capaz “hoy de ofrecer al criminal económico mil recursos para sustraerse a la pena y aun antes que a ésta a la misma configuración de un delito”, pues “se deja que proliferen en plena legalidad las sociedades de cómodo y las sociedades sombra” y “luego confiar a moralizar la vida económica del país a golpes de mandatos de captura a los procuradores de la República”, diciendo finalmente con un énfasis que predomina en todo el artículo que “no se gobierna un país y menos aun la economía de éste con mandatos de captura”.

IV
HOMENAJES

HOMENAJE AL ACADÉMICO
Dr. MANUEL V. ORDÓÑEZ

*Palabras del académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolia,
en el acto del sepelio del académico Dr. Manuel V. Ordóñez,
el 15 de mayo de 1988*

Señoras y señores:

Dolorosa, en verdad, esta circunstancia.

En lo sucesivo no estará con nosotros un hombre justo, un amigo fiel, un colaborador inestimable.

Ha muerto Manuel V. Ordóñez, destacado miembro de número y Vicepresidente de la corporación que represento, y estamos aquí para expresar la pena que ese infausto acontecer suscita en quienes nos sentimos ligados a su persona por la hermandad intelectual y moral y el afecto entrañable.

No voy a recitar su curriculum. Habla mi corazón en las expresiones que siguen:

Caballero sin desaliños ni rencores, quien nos deja bregaba sin descanso por la realización de la justicia, por el imperio de la ley, por la dignidad de la conducta, por el arraigo de su fe, por la grandeza de su Patria.

Proclamaba a voces la primacía del derecho natural y el respeto de la decisión justa, inspirada en sus reglas inmutables.

Tenía el don de la palabra elocuente, del obrar generoso, de la actitud caritativa.

Era, sin duda, un hombre de bien, un caballero cristiano, una personalidad rectora.

Yo fui nada más y nada menos que su amigo y a menudo el beneficiario de su consejo esclarecedor.

Lo despido, pues, con profunda congoja. Y lo hago no sólo en nombre de la corporación que represento, sino también sintiéndome, en alguna medida, el intérprete de la multitud sana y anónima que respeta a los hombres de talento y de virtud, a los ciudadanos probos que honran a la Patria entrañablemente querida, a la mujer que se amó para siempre, a la prole engendrada con ternura y responsabilidad, a la casa acogedora, al libro fiel, a la palabra y al silencio oportunos que hacen la música del corazón y la fuerza invencible de los aparentemente débiles.

Sé lo bastante de su vida y de su obra como para decir estas palabras sin inhibiciones o reservas. Ellas recogen la sustancia del diálogo ameno, de la coincidencia oportuna, del vaticinio esperanzado.

El zumo de nuestra fructuosa proximidad es lo que vuelco aquí, dolorosamente, en estas frases deshilvanadas. Y aspiro a que nuestro diálogo habitual, sin reservas mentales, se renueve allí, en lo alto, donde por religión y por principio no reinan —no pueden reinar— el egoísmo, la perversidad, la blasfemia, el desamor en fin que todo lo desquicia.

Sea con él la paz y con nosotros la gracia de un recuerdo noble y deleitoso, de una aproximación cierta a la verdad, a la honradez, a la justicia, siempre que evoquemos su memoria.

Palabras del señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías, con motivo del fallecimiento del señor académico Dr. Manuel V. Ordóñez

La única tristeza que podía darnos Manuel V. Ordóñez a sus amigos era su ausencia. Porque su lugar sólo le corresponde a él: era esa tierna malicia que permeaba el interés de los temas, la agudeza de su comentario, la sugestión de toda su personalidad. La voz acompañaba sus estados de alma: podía insinuarse como un susurro o adquirir la gravedad de alguna pasajera indignación. Su gestualidad daba relieve al conversador, al disertante, al consejero, al abogado.

Fue ante todo un político cristiano ilustrado. Sus ideas eran simientes, su ademán el surco, la palabra su propuesta. Su fibra personal no alcanzaba a la imposición. Su espíritu de élite —no, quizás no fuera élite pero sí excelencia— era una atribución de su interlocutor. Él se sentía uno más pero consciente de la confianza que le discernían los otros.

Cualesquiera fueran sus complacencias con la vida, su conciencia pedía claridad y sabía alimentarse del Evangelio. Reflexionaba y sonreía, amonestaba y sonreía, quizás lloraba y sonreía...

Su amor a la libertad lo hacía liberal pero penetrado de misericordia. La caridad intelectual ante todo, el servicio de los pobres también. Continuaba una tradición: Ozanam, Félix Frías, Monseñor de Andrea. Pero toda tradición vive de una novedad que en algún momento ha triunfado.

Por eso evolucionaba con sensatez, burlando a los que temían que su alta edad lo hiciera hombre de otra época. De todas las épocas, más bien.

Muere con poca obra escrita. Pero cuánta riqueza entre foja y foja de su menester profesional y cuánta en sus conferencias en que uno vibraba con él. Su voz nacía de un humanismo cristiano, un señorío del hombre, una conciencia alerta, un rescate moral.

HOMENAJE AL ACADÉMICO
Dr. CARLOS JUAN ZAVALA RODRÍGUEZ

*Palabras del académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolia,
en la sesión privada del 14 de julio de 1988*

Hace corto lapso, con hondo pesar, la Mesa Directiva tomó conocimiento de la muerte de nuestro digno miembro de número, el Dr. Carlos Juan Zavala Rodríguez, a quien en una de sus últimas reuniones ordinarias la corporación le concedió licencia a su pedido, por razones de salud.

Se tomaron de inmediato las disposiciones de rigor en tales circunstancias, pero lamentablemente poco pudo concretarse porque la inhumación tuvo lugar con presteza en la provincia de San Luis de donde, como es sabido, el Dr. Zavala Rodríguez era oriundo, y hacia donde partieron sin demora sus afligidos deudos. Sólo se alcanzó a publicar nuestra participación de la noticia fúnebre y una breve gacetilla en los diarios y a expresar, desde luego, el pesar de la Academia en nota dirigida al domicilio del Dr. Zavala Rodríguez en esta Capital y luego al de uno de sus hijos, que reside en San Isidro, provincia de Buenos Aires.

Allí se dejó constancia de que en su primera sesión ordinaria el Cuerpo rendiría al muy estimado colega el homenaje debido, que en este acto es nuestro propósito concretar en primer término.

Todos conocemos bien la íntegra y noble personalidad del colega, descendiente de limpio linaje puntano, al que honró con su probidad y señorío. Personalmente pude estimarlo mucho antes de su ingreso a esta corporación, en aulas de la enseñanza media donde fuimos docentes y de la Facul-

tad de Derecho de la Universidad local, donde me precedió en la graduación y también compartimos la enseñanza en ramas distintas pero paralelas del Derecho Común.

No precisaré su actuación destacada como Encargado de Cursos, Profesor Adjunto, Profesor Titular, Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, ni tampoco en la Universidad Católica, donde también nos aproximaron fervientes vocaciones. Sólo quiero destacar su condición de docente lúcido e íntegro magistrado como Juez de Cámara (1955-1963) y como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo que dejó jubilándose en 1966, pero sin apartarse de la brega docente elevada y empeñosa.

Súmese a ello su nutrida labor como abogado de consulta y representante judicial de su provincia en asuntos capitales y, naturalmente, téngase en cuenta su labor escrita de alto mérito, de la que basta recordar estos títulos: *Código de Comercio Comentado*, *Tratado de Derecho Comercial Argentino*, *Asesoramiento Legal de Empresas*, *Publicidad Comercial*, *Empresas Comerciales*, y añadir un centenar de artículos, así como numerosas conferencias y participaciones en certámenes de alto vuelo, y se tendrá cabal noción de lo que el país, su tierra de origen, la cultura nacional y esta Academia pierden con su alejamiento definitivo.

Invito a los señores Académicos a ponerse de pie y guardar un minuto de silencio en su homenaje, en la inteligencia de que la adhesión al duelo que expresamos se hará conocer a su esposa e hijos en nota que reitere nuestra sincera y emocionada solidaridad.

HOMENAJE A
JUAN BAUTISTA ALBERDI

Palabras pronunciadas por el académico doctor Roberto Martínez Ruiz ante el mausoleo de Juan Bautista Alberdi el Día del Abogado, 29 de agosto de 1988, en el acto organizado por el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires rinde homenaje, una vez más, a Juan Bautista Alberdi, en ocasión de este nuevo aniversario de su nacimiento, fecha que nuestro Colegio ha consagrado como Día del Abogado.

Cabe pues reiterar aquí las razones que justifican esta evocación. Es que Alberdi fue uno de los juristas que mayor gravitación tuvo, con el aporte de su prédica y sus libros, para lograr la elaboración de las normas rectoras del orden jurídico republicano en el país, del estado de derecho que se pudo alcanzar después de tanto sacrificio y décadas de enfrentamientos sangrientos que caracterizaron la lucha que precedió a la organización constitucional.

La República tiene con Alberdi, por ello, una deuda de gratitud, a reconocer tan pronto se valore que las pautas que rigen y garantizan el ejercicio de los derechos enumerados en la parte dogmática de la Ley Suprema, significaron la formalización y garantía de los derechos civiles de todos los habitantes, del derecho de propiedad, la libertad de comerciar y ejercer industrias lícitas, y el generoso régimen de derechos de los extranjeros que se incorporaron a la Nación y contribuyeron a su crecimiento, hasta llegar a ser una atracción por mucho tiempo para el ingreso de decenas y hasta centenares de miles de inmigrantes año a año, que aquí formaron sus hogares, se adaptaron al país y contribuyeron a su desarrollo, adelanto y prosperidad, que hoy año-

ramos, ante la declinación que padecemos, por culpa en gran parte de no haberse seguido y respetado el espíritu de la Constitución Nacional en sus disposiciones rectoras, que tuvieron su fuente inmediata en la prédica de Alberdi.

De allí que sea oportuno insistir, ante este mausoleo, en que no habrá solución a los problemas que hoy nos agobian, si no se ajustan las directivas de conducción del país al cumplimiento de nuestra sabia Constitución, en su letra y en su espíritu, que es hoy lo imprescindible. En tanto, por el contrario, no se advierte la necesidad de su reforma, pues nuestra Carta Magna admite la razonable reglamentación de los derechos que consagra, lo que ha hecho posible, por ejemplo, que el cambio de los tiempos y nuevas exigencias de la vida social hayan llevado a admitir como legítima una vasta legislación protectora de los trabajadores que se concilia con las disposiciones que aseguran el ejercicio del derecho de propiedad, de comerciar y, en síntesis, de producir bienes necesarios para asegurar un adecuado nivel de las condiciones de vida.

Por algo, Roque Sáenz Peña, al ser proclamado candidato a la presidencia de la Nación, anunció que su programa sería la Constitución Nacional y su ministro Indalecio Gómez, en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley electoral, dijo:

“No es cierto que la Constitución tenga un sistema cerrado, cristalizado, determinado, contra el cual nosotros nada podamos sin reformarla. No es exacto pues que sea muralla de bronce contra la cual se estrellan todas las iniciativas, y lo cierto es que es obra previsor, obra de genio.”

Por su mayor trascendencia, aun cabe también señalar que las pautas del proyecto de Alberdi y su infatigable prédica han sido una de las fuentes de la enumeración de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, y son adecuado sustento para la vigencia efectiva de los derechos humanos que hoy se proclaman como exigencia

ineludible de los tiempos modernos y que entre nosotros tienen vigencia desde 1853.

Resulta especialmente recomendable, sobre todo a nuestros estudiantes universitarios y jóvenes abogados, la lectura del famoso discurso de Alberdi en la colación de grados de la Facultad de Derecho, del 24 de mayo de 1880, en el que a la concepción del estado omnipotente, opuso la doctrina cristiana que consagra el valor inviolable de la personalidad humana, de la libertad, base de la civilización y del progreso, que consiste tanto en verse libre de las imposiciones de un gobierno extranjero como de los excesos del propio, agregando que la sociedad sólo puede prosperar por la honestidad, el trabajo y la inteligencia, y censuró a los políticos cuando lanzaban al Estado en empresas ruinosas, arrojándose funciones de industrial y comerciante, en detrimento de sus funciones esenciales que son asegurar el orden y los derechos de los ciudadanos.

Le tocó vivir una época de agitación, turbulencia y pasiones enardecidas, pero ello no le impidió ver con esclarecedora clarividencia, la necesidad de organizar institucionalmente la República y nadie puede desconocer su aporte positivo a la transformación del país y para alcanzar el progreso cultural y material que llevó a la Argentina a ocupar un lugar de privilegio entre las naciones civilizadas del orbe.

Es notable comprobar la actualidad que, pasado con creces un centenario, mantienen las ideas rectoras de Alberdi con relación a las pautas que deben regir el orden económico en la República. En su *Sistema Económico y Rentístico* desarrolla las doctrinas que al respecto inspiran y por ende derivan de la Constitución. Como señala su eminente biógrafo, el doctor Jorge Mayer, allí refirma el principio de libertad en el manejo de las propiedades y los capitales, como única forma de combatir el desierto, la pobreza y el atraso, en oposición a la economía dirigida que había implantado España en el sistema colonial, con sus reglamentos, monopolios y privilegios, causa del estancamiento de la metrópoli y de América, la paralización de las industrias y pobla-

ciones y terminó derribando el imperio, sistema nefasto que reaparecía ya entonces bajo rótulo distinto, el del socialismo, inspirado por ciegos odios y amenazando el porvenir de los pueblos con desastres parecidos.

Pero no era por cierto un pensador dominado por el materialismo. Su prédica insistentemente destacaba la preeminencia de los valores espirituales, pues para la Constitución, decía, la riqueza no es el fin sino el medio más eficaz para cambiar la condición del hombre argentino, entonces sumido en la pobreza material, de la que lo liberaría el progreso, que necesitaba además el auxilio de las fuerzas espirituales.

Señores:

Los abogados tenemos un privilegio singular que impone también gran responsabilidad. Me refiero a que se nos ha otorgado un título profesional, al que se reserva el ejercicio de uno de los poderes de gobierno de la Nación, y se nos imponen los deberes auxiliares de la Justicia, para lograr la realización de uno de los excelsos valores que se trata de alcanzar en el orden social. Pero de tal honor resulta también la responsabilidad de que con nuestra actuación y con nuestra lucha se asegure la vigencia del estado de derecho, que en síntesis definitiva se expresa en la real supremacía de la ley sobre la voluntad autoritaria de quienes ejercen el Poder. Y resulta imposible enunciar esta aspiración republicana, sin evocar a Alberdi, que puede exponerse como paradigma de una vida signada por el afán del imperio de la ley que asegurara la paz, el orden y el progreso de la Nación.

Por eso honramos hoy con nuestro emocionado recuerdo a Juan Bautista Alberdi, pues aunque se haya apagado hace más de un siglo la luz que emanaba de su clara inteligencia, su nombre tendrá un lugar permanente entre los argentinos.

INDICE

I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

<i>La unidad del sistema resarcitorio dentro del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial. Las diferencias que subsistirán.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge H. Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 9 de junio de 1988	15
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla	17
La unidad del sistema resarcitorio dentro del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial. Las diferencias que subsistirán	19
<i>Las deudas dinerarias y de intereses en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de julio de 1988	43
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla	45
Las deudas dinerarias y de intereses en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial	47
<i>El terrorismo y el Derecho Marítimo. El caso del "Achille Lauro".</i> Trabajo sobre el cual el académico Dr. José Domingo Ray expuso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 15 de setiembre de 1988	75
<i>El nuevo régimen de ejecución de sentencias de condena contra el Estado Nacional.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Lino Enrique Palacio, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de octubre de 1988	103
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla	105
El nuevo régimen de ejecución de sentencias de condena contra el Estado Nacional	107
<i>Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 27 de octubre de 1988	127
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolla	129
Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos	131

<i>La casación nacional. Estado de la cuestión. (La creación de un Tribunal Intermedio.)</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Augusto Mario Morello, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de noviembre de 1988	161
Apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía	163
La casación nacional. Estado de la cuestión. (La creación de un Tribunal Intermedio)	165

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Los convenios sobre represión del terrorismo internacional.</i> Comunicación de los académicos Dres. José Domingo Ray, Federico Videla Escalada y Enrique Ramos Mejía a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de julio de 1988	191
Un nuevo documento internacional destinado a defender a la aviación civil de los ataques del terrorismo: el Protocolo de Montreal de 1988. Por el académico Dr. Federico Videla Escalada	193
El convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía	201

III. VII REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

Palabras pronunciadas por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía	213
<i>El sistema económico de la Constitución.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	219
<i>El equilibrio económico financiero del contrato administrativo.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	241
<i>Facultades normativas del Banco Central de la República Argentina. Los problemas de "sentido, alcance y límites" y de "compatibilidad" de las facultades del Poder Ejecutivo y de las provincias, en un Estado Federal.</i> Conferencia pronunciada por el académico correspondiente Dr. Jesús Abad Hernando, en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	263
<i>Economía y Derecho.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. José Domingo Ray en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	289
<i>El patrimonio como punto de convergencia del Derecho y la Economía.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge H. Bustamante Alsina en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y	

Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	309
<i>El modelo constitucional de integración económica.</i> Trabajo presentado por el académico Dr. Julio H. G. Olivera en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	329
Intervenciones del académico Dr. Federico Videla Escalada en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	337
<i>Economía y Derecho Penal.</i> Trabajo presentado por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía en la VII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 1988	349

IV. HOMENAJES

<i>Homenaje al académico Dr. Manuel V. Ordóñez</i>	359
Palabras del académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía, en el acto del sepelio del académico Dr. Manuel V. Ordóñez, el 15 de mayo de 1988	359
Palabras del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías, con motivo del fallecimiento del académico Dr. Manuel V. Ordóñez	363
<i>Homenaje al académico Dr. Carlos Juan Zavala Rodríguez.</i> Palabras del académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía, en la sesión privada del 14 de julio de 1988	365
<i>Homenaje a Juan Bautista Alberdi.</i> Palabras pronunciadas por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz ante el mausoleo de Juan Bautista Alberdi, el día del Abogado, el 29 de agosto de 1988, en el acto organizado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ..	369